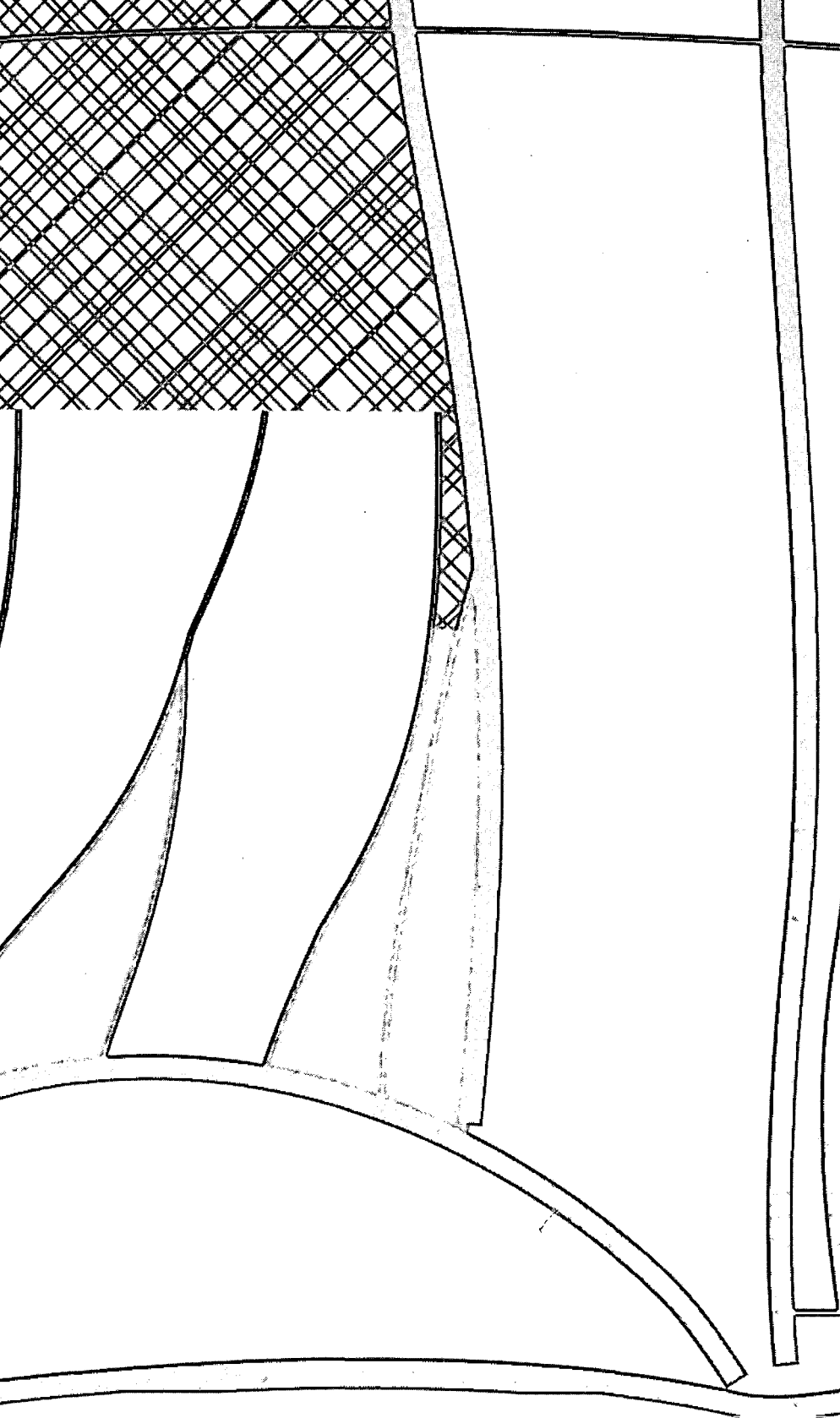
Direito Penal

# Tratado de Direito Penal allemão

## Vol. I

Franz von Liszt

9



*Senado Federal*
Senador Renan Calheiros, Presidente
Senador Tião Viana, 1° Vice-Presidente
Senador Antero Paes de Barros, 2° Vice-Presidente
Senador Efraim Moraes, 1° Secretário
Senador João Alberto Souza, 2° Secretário
Senador Paulo Octávio, 3° Secretário
Senador Eduardo Siqueira Campos, 4° Secretário
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Papaléo Paes, Suplente
Senador Alvaro Dias, Suplente
Senador Aelton Freitas, Suplente

*Superior Tribunal de Justiça*
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Presidente
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Nilson Vital Naves
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho, Diretor da Revista
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Ari Pargendler
Ministro José Augusto Delgado
Ministro Fernando Gonçalves, Coordenador-Geral da Justiça Federal
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
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
Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Ministro Arnaldo Esteves Lima

Direito Penal

# Tratado de Direito Penal allemão

**Vol. I**

Franz von Liszt

Obra fac-similar

Prefácio de
Edson Carvalho Vidigal

Brasília
Fevereiro/2006

*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

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO
Codigo 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 brazileiro (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)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO
Codigo Penal commentado, theorica e praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES
Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR
Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal

TOBIAS BARRETO
Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO
Menores e Loucos em Direito Criminal

*Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça*
Shyrlei Maria de Lima, Secretária-Geral
Francisco Orlando Costa Muniz, Assessor de Assuntos Parlamentares
Cinthia Barcelos Leitão Fischer Dias, Assessora Jurídica
Octávio Costa, Assessor Jurídico
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Assessora da Presidência
*Projeto Gráfico*
Taís Villela, Chefe do Núcleo de Programação Visual
Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual

Liszt, Franz von.
Tratado de direito penal allemão / Franz von Liszt ; prefácio de Edson Carvalho Vidigal ; [tradução José Hygino Duarte Pereira]. -- Ed. fac-sim. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006.
2 v. -- (Coleção história do direito brasileiro. Direito penal ;)

Tradução de: Lehrbuch des deutschen stranfrechts.

1. Direito penal, Alemanha. 2. Direito penal, história. I. Título. II. Série.

CDDir 341.50943

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 Tribunal Superior 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 Códi-

go 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 brazileira)*, 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 allemão, 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.

- *Annotações 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 *Annotações* 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.
- *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*, 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".
- *Codigo 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.

- *Codigo 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 brazileiro (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)*, 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.
- *Codigo 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 evénéments, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."

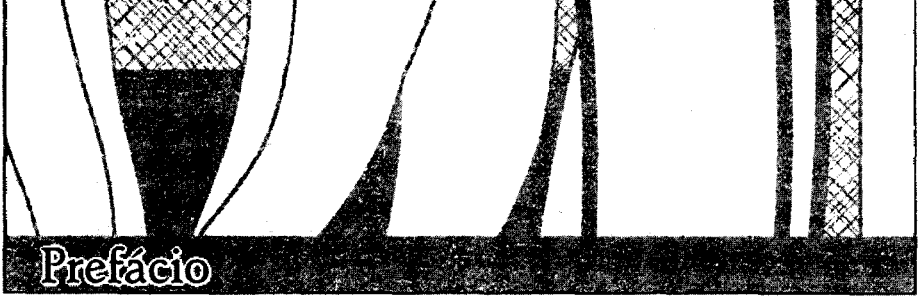
Ministro Nilson Naves

# 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




Ao trazer a lume o clássico de Franz von Liszt na coleção *História do Direito Brasileiro,* o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça parecem, à primeira vista, ter incorrido em curiosa extravagância. O que faz um professor alemão, catedrático da Universidade de Berlim, em companhia de ilustres autores pátrios da magnitude de José de Alencar, Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua e Tobias Barreto, entre outros?

Não, não houve qualquer impropriedade. O *Tratado de Direito Penal allemão,* de Franz von Liszt, publicado em 1881, é livro essencial que ultrapassou em muito as fronteiras da Alemanha. A exemplo da preciosa contribuição de seu primo e homônimo húngaro para a música clássica, a obra do jurista nascido em Viena elevou-se a patrimônio universal. Liszt dedicou a vida ao estudo dos delitos e das penas, e o presente livro é mostra de seu legado jurídico.

A leitura do *Tratado de Direito Penal* confirma a forte influência dos doutrinadores alemães na consolidação do Direito Penal brasileiro. Na introdução, minuciosa e didática, Liszt desce a detalhes da história do Direito Penal. Cita as fontes do Direito romano, mostra a evolução do Direito germânico e ressalta o sopro liberal dos filósofos e da Revolução Francesa. Identifica, enfim, raízes que são comuns a nós, brasileiros.

O primeiro volume aborda em profundidade a teoria geral do delito. Na exposição, clara e objetiva, ganha destaque a visão crítica de Liszt sobre o trabalho de outros notáveis contemporâneos. Os conceitos do crime e da pena são desenvolvidos com rigor e maestria, sob influência marcante da teoria causalista.

Em franca oposição ao *uomo delinquente* e à preconceituosa antropometria criminal de Lombroso, assoma na visão moderna de Liszt o predomínio das causas sociais do delito. A criminalidade é determinada

pelas circunstâncias sociais e econômicas; nunca por fatores anatômicos e fisiológicos. As sociedades geram os criminosos que elas merecem. E, para evitar os delitos, é preciso determinar e atacar suas causas sociais.

Além da competente exposição doutrinária, Liszt permite-nos conhecer personagens que marcaram o Direito Penal, como os juristas saxônicos do século XVII. Um deles, Benedikt Carpsov, "distinto pela sua capacidade científica, grande instrução e larga experiência, imprimiu durante um século o cunho do seu espírito sobre a justiça criminal da Alemanha". O rigor de Carpsov fez história: com seu voto, concorreu para 20 mil sentenças de morte.

O segundo volume traz os crimes em espécies. A exemplo do ordenamento dos tipos penais no Direito brasileiro, aborda, inicialmente, os crimes contra o corpo e a vida, passa pelos crimes contra os bens incorpóreos (por ex., os delitos contra a honra), até chegar aos crimes contra os direitos reais e, finalmente, no livro segundo, aos crimes contra o Estado e contra a administração pública. Alguns tipos mantêm-se em plena eficácia, enquanto outros, como o duelo, caíram em desuso.

Em seu magnífico prefácio, o tradutor, José Hygino Duarte Pereira (1847-1901), ministro do Supremo Tribunal Federal, ressalta que o *Tratado de Direito Penal*, publicado pela primeira vez em 1881, ganhou sete edições até 1895, "sempre aperfeiçoadas pelo autor de modo a acompanhar o progresso da ciência e a pôr o livro ao corrente da literatura e da jurisprudência".

A tradução de José Hygino merece comentário à parte. Graças à iniciativa do ilustríssimo ministro, a portentosa obra clássica tornou-se acessível aos estudiosos brasileiros. Por sinal, a versão para a língua portuguesa foi autorizada pelo próprio Franz von Liszt.

Jurista e político, José Hygino (foi senador, por Pernambuco, no Congresso Constituinte de 1891) é motivo de orgulho para o Direito brasileiro. Seu prefácio enriquece o livro de Liszt. Nas críticas que faz ao tipo antropológico criado por Lombroso, encerra toda e qualquer polêmica: "Há uma forte proporção de criminosos em que tais caracteres

não se notam, e, por outro lado, esses caracteres podem aparecer e de fato aparecem também em indivíduos que são honestos ou que pelo menos nunca delinqüiram."

Há que destacar também a preocupação de José Hygino com as causas sociais do delito, quando ele praticamente endossa as idéias de von Liszt. "Remediai as circunstâncias econômicas desfavoráveis e salvareis ao mesmo tempo o futuro das novas gerações", afirma, no prefácio, o honrado homem público, que se destacou tanto no Império quanto nos primórdios da República. No limiar do século 21, nada mais pertinente e atual do que a opinião do ministro José Hygino.

Seria sinal de presunção e atrevimento alongar-me nesta introdução. Mais do que isso, seria temerária, de minha parte, qualquer tentativa de ombrear-me com o talento e a cultura jurídica de José Hygino Duarte Pereira. Sua apresentação, de dezembro de 1898, é antológica – e sua tradução também.

Encerro por aqui meus comentários, certo de que o Direito brasileiro sai engrandecido com a reedição da obra do alemão Franz von Liszt.

Ministro *Edson Vidigal*
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

# TRATADO

DE

# Direito Penal Allemão

# TRATADO

DE

# Direito Penal Allemão

PELO


## Dr. Franz von Liszt

professor da Universidade de Halle


TRADUZIDO DA ULTIMA EDIÇÃO E COMMENTADO

PELO


## Dr. José Hygino Duarte Pereira

ex-professor da Faculdade de Direito do Recife
ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal


UNICA TRADUCÇÃO AUTORISADA PELO AUTOR

---

**TOMO I**

---


Rio de Janeiro
F. BRIGUIET & C. — Editores
16 e 18 Rua Nova do Ouvidor 16 e 18

1899

7422-98

# INDICE GERAL

## (1.° volume)

PREFACIO DO TRADUCTOR..... XXIX

## INTRODUCÇÃO

§ 1. — *Conceito do direito penal e objecto do tratado.* — I. O direito penal como poder publico de punir juridicamente limitado. — II. A politica criminal. — III. As fontes do direito penal. 1

### I. — Historia do direito penal

§ 2. — *Introducção á historia geral.* — I. Direito comparado e politica criminal. — II. O caracter social da pena primitiva. — III. A pena publica. — IV. A idéa finalistica na pena..... 4

§ 3. — *O direito penal dos Romanos.* — I. O periodo antigo. — II. O periodo do processo perante as commissões. — III. O periodo imperial..... 9

§ 4. — *O direito penal da Allemanha na edade média.* — Secção 1.ª A edade média anterior (até o seculo XIII). — I. Caracter primitivo. — II. O systema da composição. — III. A pena publica. — IV. A decadencia da monarchia franca. — Secção 2.ª A edade média posterior (do seculo XIII até o XVI)..... 18

§ 5. — *A ordenança de Carlos V sobre a justiça criminal.* — I. Os juristas italianos da edade média. — II. A litteratura juridica e popular da Allemanha. — III. Legislações allemães e especialmente os trabalhos de Schwarzenberg. — IV. Historia da Carolina. — V. Sua importancia..... 33

§ 6. — *O direito penal commum da Allemanha.* — I. A legislação até o meiado do seculo XVIII. — II. A sciencia. — III. A administração da justiça. — IV. A legislação desde 1750.....

§ 7. — *O periodo philosophico.* — I. O movimento litterario. — II. Admissão das novas idéas na legislação..... 55

§ 8. — *A legislação penal do seculo XIX.* — I. O codigo penal francez. — II. Os codigos territoriaes da Allemanha. — III. Situação em 1870. — IV. As legislações estrangeiras modernas. 61

§ 9. — *A sciencia do direito penal do seculo XIX na Allemanha* (até 1890). — I. O periodo do florescimento da sciencia. — II. As theorias sobre o direito penal. — III. O periodo do declinio. 71

§ 10. — *Origem e desenvolvimento do codigo penal do Imperio da Allemanha.* — I. Tentativas mallogradas. — II. O codigo penal da Federação da Allemanha do Norte. — III. O codigo penal do Imperio. — IV. Modificações posteriores..... 76

§ 11. — As demais leis penaes do Imperio..... 84

## II. — Lineamentos de politica criminal

§ 12. — *O direito penal como protecção de interesses.* — I. Bem juridico e norma. — II. A coacção juridica. — III. Os effeitos da pena em geral. — IV. Os tres fins da pena. — V. Caracter secundario do direito penal..... 93

§ 13. — *As causas da criminalidade e os diversos generos desta.* — I. Conceito da Criminologia. — II. Criminalidade aguda e chronica. — III. O typo do criminoso — IV. A concepção sociologica do crime..... 104

§ 14. — *As exigencias da politica criminal.* — I. Principio fundamental. — II. Applicação. — III. Limitações da idéa finalistica..... 112

§ 15. — *Justificação da pena finalistica ante os adversarios.* — I. O fundamento juridico da pena está na sua necessidade. — II. O problema do livre arbitrio. — III. A justiça da pena. — IV. Tentativa de uma conciliação entre as doutrinas antagonicas.... 120

## III. — As fontes do direito penal imperial

§ 16. — *Enumeração das fontes.* — I. O direito estatuido como unica fonte do direito penal. — II. Lei, ordenança, tratado. — III. — Definição da lei, erros de redacção e erros typographicos. — IV. — As leis que servem de fontes. — V. Leis em branco..... 132

§ 17. — *Litteratura do direito penal imperial e das sciencias auxiliares.* — I. Edições dos textos. — II. Exposições systematicas. — III. Commentarios. — IV. Monographias sobre principios geraes. — V. Revistas. — VI. Collecções de arestos. — VII. Casos criminaes. — VIII. Sciencias auxiliares..... 138

§ 18. — *Imperio da lei penal em relação ao tempo* (direito novo e direito antigo). — I. Começo e fim do imperio da lei. — II. Effeito retroactivo das leis penaes. — III. Applicação da lei mais branda..... 142

§ 19. — *Imperio da lei penal quanto á materia* (direito imperial e direito estadual). — I. Principio. — II. Materias não reguladas por lei imperial. — III. Outras limitações á legislação estadual. — IV. Leis estaduaes transitorias..... 147

§ 20. — *Imperio da lei penal quanto ao espaço* (sob o ponto de vista doutrinario). — I. Conceito do denominado *direito penal internacional.* — II. O direito penal como protecção de interesses. — III e IV. Crimes commettidos em paiz estrangeiro. — V. Systema da justiça universal..... 155

§ 21. — Continuação. *O ponto de vista da legislação penal da Allemanha.* — I. Principio geral. — II. O que se entende por paiz no sentido do direito penal. — III. Contravenções commettidas em paiz estrangeiro. — IV. Crimes e delictos commettidos em paiz estrangeiro. — V. Disposições especiaes..... 160

§ 22. — Continuação. *A assistencia internacional.* — I. A extradicção como acto da assistencia internacional. — II. Os tratados allemães de extradicção. O direito de asylo dos criminosos politicos e a clausula belga relativa ao regicidio..... 169

§ 23. — *Imperio da lei penal quanto ás pessoas.* — I. Immunidades de direito publico. — II. Immunidades de direito internacional. — III. Os militares..... 176

§ 24. — *O direito penal em tempo de paz e em tempo de guerra.* — I. O art. 4.º da lei de introducção do codigo penal imperial. — II. O codigo penal militar. — III. O art. 36 da lei sobre a imprensa..... 180

# PARTE GERAL

## LIVRO PRIMEIRO

### Do crime

§ 25. — *Conceito e divisão.* — I. Caracteres necessarios e fórmas. — II. Divisão dos crimes. Historia. — III. A divisão tripartida do direito vigente. — IV. Corollarios..... 183

#### CAPITULO I

#### Caracteres do conceito do crime

##### I. — *O crime como acção*

§ 26. — *O sujeito do crime.* — I. A capacidade criminal dos animaes. — II. Crimes do corpo collectivo..... 189

§ 27. — *A idéa da acção em geral.* — I. As circumstancias constitutivas do crime. — II. A acção. — III. O resultado. — IV. — Voluntariedade..... 193

§ 28. — *Da commissão.* — I. O movimento causal. — II. Causação. — III. Limitações e excepções. — IV. Historia da questão. — V. Exposição das opiniões..... 197

§ 29. — *Da omissão.* — I. Conceito da omissão. — II. A omissão contraria ao direito. — III. A causalidade com relação á omissão..... 206

§ 30. — *Tempo e logar da acção.* — I. A commissão. — II. A omissão. — Applicações especiaes..... 213

##### II. — *O crime como acção illegal*

§ 31. — *A illegalidade como caracteristico da idéa.* — I. Offender e pôr em perigo bens juridicos; delictos de desobediencia. — II. Suppressão da illegalidade. — III. Desenvolvimento historico... 219

§ 32. — *A legitima defesa.* — I. Historia. — II. Os caracteres da idéa. — III. Excesso da legitima defesa..... 225

§ 33. — *A extrema necessidade.* — I. Historia. — II. Definição. — III. O direito vigente..... 233

§ 34. — Os demais casos em que é excluida a illegalidade. — I. Dever funccional. — II. Autorisação especial. — III. Exercicio de uma profissão legalmente reconhecida. — IV. Consentimento do offendido. — V. Offender a si mesmo. — VI. Resenhas fieis dos debates parlamentares..... 242

III. — *Do crime como acção culposa*

§ 35. — *Conceito e requisitos da culpa.* — I. Culpa como responsabilidade pelo resultado. — II. Historia da idéa de culpa. — III. O injusto sem culpa..... 249

§ 36. — *Da imputabilidade.* — I. A imputabilidade como estado normal. — II. A idéa da imputabilidade no Cod. penal imperial. — III. *Actiones liberæ in causa.* — IV. Sem imputabilidade não ha crime nem cumplicidade..... 256

§ 37. — *Dos casos de não imputabilidade.* — I. Falta de desenvolvimento mental: desenvolvimento ainda não concluido ou tolhido. — II. Falta da saude mental. — III. Estados de inconsciencia..... 262

§ 38. — *Do dolo.* — I. Definição. — II. Dolo e intenção. — III. Dolo indeterminado. — IV. Consciencia da illegalidade..... 270

§ 39. — Continuação. — *Do erro.* — I. Conceito e influencia sobre o dolo. — II. Referencia do erro ao resultado. — III. Erro de facto e erro de direito. — IV. *Aberratio ictus* e *error in persona*.. 279

§ 40. — Continuação. — *A consciencia da illegalidade.* — I. — Principio. — II. Excepções. — III. Corollarios..... 284

§ 41. — *Da culpa stricto sensu.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Influencia do erro. — IV. Os delictos culposos segundo a legislação imperial. — V. Culpa em relação ás diversas circumstancias do crime. — VI. Gráo de culpa..... 289

§ 42. — *Da responsabilidade nos delictos de imprensa.* — I. Inapplicabilidade dos principios geraes. — II. O redactor responsavel como auctor. — III. A culpa nos delictos de imprensa..... 294

IV. — *O crime como injusto punivel*

§ 43. — *O injusto e o crime.* — I. O injusto civil e o criminal. — II. Causas que excluem ou extinguem a pena. — III. Condições de punibilidade em sentido estricto. — IV. Requisitos processuaes..... 301

§ 44. — *Da queixa do offendido.* — I. Historia e estado da legislação. — II. — *De lege ferenda:* os dois grupos dos crimes em que cabe a queixa. — III. A queixa segundo o direito vigente.. 311

§ 45. — *A idéa da tentativa em geral.* — I. A tentativa acabada e não acabada. — II. Historia da idéa de tentativa.— III. Especies da tentativa. — IV. O direito vigente. — V. Impossibilidade de tentativa..... 321

§ 46. — *Actos preparatorios e execução.* — I. Actos de tentativa proximos e remotos. — II. Actos preparatorios segundo o Cod. penal. — III. Criminalidade excepcional de actos preparatorios ..... 331

§ 47. — *Da tentativa impossivel.* — I. Historia da questão. II. Punibilidade do crime frustrado..... 335

§ 48. — *Da desistencia da tentativa.* — I. Sua importancia. — II. Desistencia da tentativa acabada e não acabada. — III. Voluntariedade da desistencia. — IV. Desistencia como causa extinctiva de pena..... 342

CAPITULO II

**Da autoria e da cumplicidade**

§ 49. — *Historia e estado da questão.* — I. Historia. — II. — As diversas fórmas possiveis. — III. Favorecimento, conspiração e associação de malfeitores. — IV. Cumplicidade necessaria.. 348

§ 50. — *Da autoria.* — I. Definição. — II. Autoria mediata. — III. Co-autoria. — IV. Autoria collateral..... 355

§ 51. — *Da cumplicidade.* — I. Instigação. — II. Cumplicidade por assistencia..... 363

§ 52. — Continuação.— *Corollarios.* — I. Cumplicidade dolosa para uma acção dolosa. — II. Criminalidade da acção principal. — III. — Natureza accessoria da cumplicidade. — IV. Tomar parte por diversos modos no mesmo crime. — V. Limitações do principio.. 368

§ 53. — Continuação. — *Influencia de certas relações pessoaes.* — I. Consequencias da natureza accessoria da cumplicidade. — II. O art. 50 do Cod. penal. — III. Outros casos..... 376

CAPITULO III

**O crime uno e a pluralidade de crimes**

§ 54. — *A acção una e a pluralidade de acções.* — I. Principio. — II e III. Os casos de unidade da acção..... 380

§ 55. — *Da pluralidade de acções que constituem um só crime.* — I. Conceito. — II. Applicações. — III. Delicto collectivo. 385

§ 56. — *Como o direito trata o crime sob o ponto de vista de sua unidade.* — I. A verdadeira concepção. — II. O não duvidoso concurso de leis. — III. O concurso idéal apparente..... 390

§ 57. — *Da pluralidade de crimes.* — I. A reincidencia. — II. Concurso de varios crimes..... 396

## LIVRO SEGUNDO

## Das penas

### I

§ 58. — *O conceito da pena.* — I. Caracteres. — II. Penas disciplinares e penas processuaes. — III. Penas de ordem. Penas segundo as leis sobre a responsabilidade ministerial. — IV. Penas policiaes..... 399

### II. — Dos diversos generos de pena

§ 59. — *Do systema penal da legislação imperial* — I. Penas principaes e accessorias. Penas subsequentes. — II. Systema penal.. 408

§ 60. — *Da pena de morte.* — I. Historia. — II. Crimes a que se applica. — III. Execução..... 410

§ 61. — *As penas restrictivas da liberdade.* Historia. — I. As casas de correcção antigas. — II. Começo da reforma. — III. Luta dos systemas na America do Norte. — IV. Triumpha a prisão cellular. — V. O systema irlandez e a libertação condicional. — VI. Estado actual..... 416

§ 62. — *As penas de prisão da legislação imperial.* — I. Especies. — II. Distincção. — III. Prisão cellular. — IV. Libertação condicional. — V. Criminosos adolescentes..... 422

§ 63. — *Da multa.* — I. Applicabilidade. — II. Cod. penal. — III. Leis accessorias..... 426

§ 64. — *Da reprehensão.* — I. Applicabilidade. — II. Execução 429

§ 65. — *Das penas accessorias concernentes á liberdade.* — I. Vigilancia policial. — II. Sujeição á disposição da policia. — III. Expulsão..... 430

§ 66. — *Das penas accessorias concernentes á honra.* — I. Conceito. — II. Perda dos direitos civicos. — III. Perda de alguns direitos civicos. — IV. Processo posterior..... 435

APPENSO

§ 67. — *Da composição ou multa privada.* — I. Applicabilidade. — II. Natureza da multa privada..... 439

III. — A medida da pena na lei e na sentença

§ 68. — *Da graduação judiciaria da pena.* — I. Comminações absolutas e relativas. — II. Escala penal do direito vigente. — III. Graduação da pena. — IV. Modificação. — V. Conversão e computação..... 443

§ 69. — *Modificação da pena.* — I. Aggravação, especialmente no caso de reincidencia..... 447

§ 70. — Continuação. *Attenuação.* — I. Causas geraes da attenuação: adolescencia, tentativa, cumplicidade. — II. Causas especiaes. Circumstancias attenuantes..... 450

§ 71. — *Da conversão.* — I. Da conversão da multa em prisão. — II. Conversão de uma pena de prisão em outra. — III. Conversão do confisco em multa..... 454

§ 72. — *Da computação na pena incorrida.* — I. Computação da prisão preventiva. — II. Computação da pena executada no estrangeiro. — III. Retorsão ou compensação..... 457

§ 73. — *Da pena applicavel no concurso de infracções* (concurso real). — I. Necessidade de modificar-se o principio da accumulação de penas. — II. Pena collectiva. — III e IV. Limitações. — V. Disposições especiaes das leis accessorias..... 459

IV. — Da extincção do direito do Estado á pena

§ 74. — *Das circumstancias extinctivas de pena em geral.* — I. Definição. — II. Morte do criminoso. — III. Arrependimento efficaz. 465

§ 75. — *Da graça.* — I. Definição, historia e fim. — II. Effeitos. Especies. — III. A quem compete a attribuição de agraciar. — IV. Concurso entre diversos chefes de Estado..... 468

§ 76. — *Da prescripção em geral.* — I. Fundamento da prescripção. — II. Effeitos. — III. Historia..... 475

§ 77. — *Da prescripção da acção.* — I. Prasos. — II. Começo da prescripção. — III. Interrupção. — IV. Suspensão. — V. Effeito.. 479

§ 78. — *Da prescripção da execução.* — I. Prasos. — II. Começo da prescripção. — III. Interrupção. — IV. Prescripção das penas accessorias..... 484

## (2.° volume)

## PARTE ESPECIAL

§ 79. — *Exame do systema.* — I. Bem juridico. — II. Bens do individuo. — III. Bens da collectividade..... 1

### LIVRO PRIMEIRO

### Crimes contra os bens do individuo

CAPITULO I

#### Crimes contra o corpo e a vida

I. — *Do homicidio*

§ 80. — *Conceito e especies.* — I. Objecto do homicidio. - II. Suicidio. — III. A acção. — IV. Especies de homicidio.....

§ 81. — *Do homicidio commum doloso.* — Historia. — I. Direito romano. — II. Edade média allemã. — III. A Carolina. — IV. O direito commum. — V. A nova legislação. — VI. A premeditação como caracteristico..... 10

§ 82. — *Do homicidio commum doloso* (direito vigente). — I. Assassinato e homicidio simples. — II. Attenuação da pena. — III. Casos graves..... 14

§ 83. — *Do infanticidio.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Objecto. — IV. Sujeito. — V. Penas..... 17

§ 84. — *Do homicidio a pedido da victima.* — I. Historia. — II. Direito vigente. — III. Penas..... 21

§ 85. — *Do homicidio culposo.* — I. Historia. — II. Direito vigente..... 23

II. — *Da offensa physica*

§ 86. — *Historia e conceito.* — I. Historia. — II. Conceito. — III. Consentimento do offendido..... 25

§ 87. — *Especies da offensa physica.* — I. A offensa physica dolosa e leve. — II. Dolosa e perigosa. — III. Dolosa e grave. — IV. Seguindo-se a morte do offendido. — V. Offensa physica culposa..... 31

§ 88. — *Processo e punição.* — I. Quando é necessaria a queixa. — II. A quem cabe dar queixa. — III. Multas privadas. — IV. Retorsão ..... 36

III. — *Periclitação da vida*

§ 89. — *Da exposição e abandono.*—I. Historia. — II. Definição. — III. Penas ..... 38

§ 90. — *Do envenenamento.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Penas ..... 42

§ 91. — *Do aborto.*—I. Historia.—II. Definição. — II. Especies ..... 46

§ 92. — *Da rixa.* — I. Historia. — II. O art. 227, 1.º al. do cod. penal. — III. O 2.º al. do mesmo art ..... 52

§ 93. — *Do duello.* — I. Historia e classificação. — II. Definição. — III. Desafio. — IV. Penas ..... 55

CAPITULO II

**Crimes e delictos contra os bens incorporeos**

I. — *Delictos contra a honra*

§ 94. — *Historia e conceito da injuria.* — I. A injuria no direito romano e no direito allemão. — II. Conceito da honra. — III. A acção. — IV. A illegalidade ..... 67

§ 95. — *Das especies de injuria.* — I. A injuria propriamente dita. — II. A maledicencia ou diffamação. — III. A calumnia. — IV. A periclitação do credito. — V. Injuria ao morto. 80

§ 96. — *Do processo e punição da injuria.* — I. Prova da verdade. — II. Queixa. — III. Retorsão. — IV. Satisfação privada ..... 87

II. — *Crimes e delictos contra a liberdade individual*

§ 97. — *Conceito dos crimes contra a liberdade individual.* — I. A liberdade individual. — II. As especies de offensa. — III. O titular do bem. — IV. Violencia, ameaça, artificio ..... 97

§ 98. — *Historia dos crimes contra a liberdade.* — I. *Crimen vis.* — II. O *Allg. Landrecht* prussiano. — III. Campanha contra o trafico de escravos ..... 97

§ 99. — *Do constrangimento.* — I. Definição. — II. Illegalidade do constrangimento. — III. Tentativa e consummação. — IV. O art. 153 da lei sobre a industria..... 101

§ 100. — *Da sequestração da liberdade.* — I. Definição. — II. Caracteres. — III. Penas..... 105

§ 101. — *Do rapto de homem.* — I. Idéa geral. — II. O rapto de homem em sentido proprio. — III. O rapto de menor.... 107

## III. — *Crimes e delictos contra a liberdade sexual e o sentimento moral*

§ 102. — *Considerações geraes.* — I. O bem protegido. — II. Definição da acção impudica. — III. Exame historico..... 111

§ 103. — *Do rapto de mulher.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Especies..... 103

§ 104. — *Do constrangimento para fins libidinosos* (e especialmente do estupro). — I. Historia. — II. Os casos mencionados no cod. penal..... 122

§ 105. — *Libidinagem com offensa de certas relações de dependencia.* — I. Definição. — II. Especies..... 129

§ 106. — *Seducção para a copula.* — I. Captação para a copula por meio de engano. — II. Seducção de uma menor honesta..... 130

§ 107. — *Do lenocinio.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Especies..... 132

§ 108. — *Causar escandalo publico e distribuir escriptos obscenos.* — I. Causar escandalo publico. — II. Divulgação de escriptos obscenos. — III. Communicação dos debates judiciarios..... 139

§ 109. — *Libidinagem contra a natureza.* — I. Historia. — II. O direito vigente..... 142

§ 110. — *Do incesto.* — I. Definição. — II. Historia. — III. O direito vigente..... 142

## IV. — *Crimes e delictos contra os direitos de familia*

§ 111. — *Offensa do estado civil.* — I. Definição. — II. Suppressão do estado civil. — III. O art. 68 da lei sobre o registro do estado civil..... 148

§ 112. — *Crimes e delictos relativos á celebração do casamento.* — I. Burla matrimonial. — II. Crimes de responsabilidade. — III. Disposição do projecto do cod. civil..... 155

§ 113. — *Da polygamia.* — I. Historia. — II. Definição... 155

§ 114. — *Do adulterio.* — I. Historia. — II. Definição... 158

V. — *Delictos contra a liberdade de religião e o sentimento religioso*

§ 115. — *Historia e conceito.* — I. Historia dos crimes contra a religião. — II. O objecto da protecção do direito penal. — III. Exclusão da legislação estadual..... 164

§ 116. — *Dos delictos contra a religião.* — I. Blasphemia. — II. Ultrajar uma sociedade religiosa. — III. Desacato. — IV. Perturbação do culto. — V. Perturbação da paz das sepulturas..... 169

VI. — *Violação do domicilio e violação de segredos alheios*

§ 117. — *Da violação do domicilio.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Especies..... 175

§ 118. — *Da violação de segredos alheios.* — I. Considerações geraes. — II. Violação do segredo epistolar. — III. Revelação de segredos alheios..... 180

VII. — *Crimes e delictos contra a paz juridica*

§ 119. *Considerações geraes.* — I. Conceito da paz juridica. — II. Historia..... 187

§ 120. — *Da ameaça.* — I. Em que consiste. — II. O direito vigente..... 189

§ 121. — *As demais perturbações da paz.* — I. A coacção publica. — II. Violação da paz publica. — III. O facto de reunir armas e forças militares. — IV. Excitar as classes sociaes á luta. — V. Abuso do pulpito..... 191

CAPITULO III

**Delictos contra os direitos de autor (direitos individuaes)**

§ 122. — *Da violação dos direitos de autor em materia litteraria.* — I. Conceito e historia. — II. Contrafacção propriamente dita. — III. As demais violações dos direitos de autor..... 197

§ 123. — *As outras violações do direito de autor.* — I a III. Obras das artes figurativas, photographias, modelos de gosto. — IV. Patente de invenção. — V. Modelos de utilidade..... 205

CAPITULO IV

**Crimes contra os direitos reaes**

§ 124. — *Do furto.* — Historia. — I. Direito romano. — II. A edade média allemã. — III. Os italianos. — IV. A Carolina. — V. O direito commum e a legislação territorial..... ..... 215

§ 125. — *Conceito do furto.* — I. Definição. — II. Cousa alheia movel. — III. Custodia. — IV. Tirada. — V. Intenção de apropriação. — VI. Tentativa e consummação. — VII. O offendido. 220

§ 126. — *Das especies do furto.* — I. Furto simples. — II. Furto qualificado. — III. Furto em reincidencia. — IV. Furto equiparado ao roubo. — V. Furto domestico e entre parentes..... 233

§ 127. — *Casos analogos ao furto.* — I. Furto do uso. — II. Furto da posse. — III. Furto rural e florestal. — IV. Apropriação de munições. — V e VI. O art. 370, §§ 1.º e 2.º, do Cod. penal. — VII. Furto de comestiveis. — VIII. Furto de forragens... 242

§ 128. — *Do roubo.* — I. Historia. — II. Definição. — III. Especies. — IV. Pena accessoria..... 249

§ 129. — *Do desvio ou apropriação indebita.* — I. Historia. — II. Conceito. — III. Especies..... 255

§ 130. — *Do damno real.* — I. Historia. — II. Conceito. — III. Especies..... ..... 260

II. — *Violação de direitos de occupação*

§ 131. — I. Violação do direito de caça. — II. Violação do direito de occupar peixes e carangueijos. — III. Violação do direito de mineração..... 275

III. — *Crimes e delictos contra os direitos de credito (direitos pessoaes)*

§ 132. — *Não implemento do contracto.* — I. Historia. — II. O direito vigente..... 276

§ 133. — *Da infidelidade.* — I. Historia. — II. O art. 266 do Cod. penal. — III. Leis concernentes ás caixas de soccorro e ao seguro. — IV. Lei concernente ás companhias anonymas e ás sociedades em commandita por acções. — V. Infidelidade do procurador judicial... 278

§ 134. — *Da bancarota.* — I. Historia. — II. Conceito..... 284
§ 135. — *Das especies de bancarota.* — I. A bancarota simples. — II. A bancarota qualificada..... 290
§ 136. — *Delictos analogos á bancarota.* — I. O favorecimento de algum dos credores. — II. Actos de cumplicidade como crimes *sui generis.* III. Venda do voto. — IV. Não requerer a abertura da fallencia..... 293
§ 137. — *Frustrar a execução*..... 296

IV. — *Crimes e delictos contra o patrimonio em geral*

§ 138. — *Da burla.* — I. Historia. — II. Conceito..... 298
§ 139. — *Especies da burla.* — I. Burla simples. — II. Burla em segunda reincidencia. — III. Burla concernente ao seguro..... 309
§ 140. — *Da extorsão.* — I. Historia. — II. Conceito. — III. Especies..... 311
§ 141. — *Exploração criminosa.* — I. Considerações geraes. — II. Exploração de menores..... 314
§ 142. — Continuação. *Da usura.* — I. Historia. — II. Usura concernente ao credito. — III. Usura em negocio. — IV. Commina-ções penaes que se relacionam com a lei sobre a usura..... 317
§ 143. — *Periclitação do patrimonio, jogo de azar.* — I. Conceito. — II. Especies..... 324
§ 144. — *Loteria.* — I. Historia e classificação. — II. O art. 286 do Cod. penal. — III. Papeis a premio. — IV. Pagamentos por conta..... 328
§ 145. — *Perigo occasionado por contrabando*..... 333
§ 146. — *Receptação real.* — I. Historia. — II. Conceito. — III. Especies..... 334

CAPITULO V

**Crimes que se caracterisam pelo meio empregado para o commettimento**

I. — *Os crimes de perigo commum da legislação imperial*

§ 147. — *Considerações geraes.* — I. Terminologia do Cod. penal. — II. Caracter do grupo. — III. Definição do perigo commum..... 343

§ 148. — *Incendio e inundação.* — I e II. Conceito e especies do crime de incendio. — III. Inundação..... 346

§ 149. — *Crimes e delictos contra as vias ferreas e telegraphos.* — I. Pôr em perigo o transporte por via-ferrea. — II. Comprometter o serviço de um telegrapho. — III. Penas accessorias. — IV. Protecção do cabo submarino..... 354

§ 150. — *Crimes e delictos relativos a construcções hydraulicas, perigo da navegação etc.* — I. Damnificar construcções hydraulicas. — II. Signaes destinados á segurança da navegação. — III. Fazer sossobrar ou dar á costa uma embarcação..... 359

§ 151. — *Crimes e delictos relativos a enfermidades contagiosas.* — I. Infracção das medidas destinadas a prevenir a introducção de enfermidades contagiosas. — II. Infracção das medidas destinadas a prevenir a introducção de epizootias..... 362

§ 152. — *Envenenamento de fontes e de objectos de uso.* — I. Historia e classificação. — II. O direito vigente..... 363

§ 153. — *Inexecução de contractos de fornecimento.* — I. Historia. — II. Conceito..... 365

§ 154. — *Violação das regras da arte das construcções*..... 367

II. — *Do abuso de materias explosivas*

§ 155. — I. A lei de 9 de Junho de 1884, em geral. — II. Os crimes que qualifica. — III. Penas accessorias e medidas objectivas..... 368

III. — *Da falsificação de mercadorias*

§ 156. — I. Classificação. — II. Historia. — III. Lei sobre os viveres. — IV. Lei sobre o commercio de objectos que contêm chumbo e zinco. — V. Tintas prejudiciaes á saude. — VI. Lei sobre o commercio dos succedaneos da manteiga. — VII. Lei sobre o commercio de vinhos. — VIII. Lei sobre o exame das armas de fogo portateis..... 373

IV. — *Crimes e delictos relativos á moeda*

§ 157. — *Historia e classificação.* — I. Historia dos crimes de moeda falsa. — II. Classificação..... 382

§ 158. — *Especies.* — I. A falsificação propriamente dita. — II. A burla monetaria. — III. O art. 148 do Cod. penal. — IV. Bilhonagem. — V. Actos preparatorios. — VI. Contravenções que se relacionam com os crimes de moeda falsa. — VII. Protecção dos bilhetes do Thesouro..... 386

V. — *Crimes e delictos concernentes a documentos*

§ 159. — *Considerações geraes.* — I. Historia e classificação. — II. Definição do documento..... 394

§ 160. — *Da falsificação de documento propriamente dita.* — I. A acção. — II. A intenção. — III. Especies. — IV. Consummação. — V. Penas..... 399

§ 161. — *A falsa attestação* (falsificação intellectual de documentos). — I. Idéa da falsificação intellectual de documentos. — II. O direito vigente..... 406

§ 162. — *Os demais crimes concernentes a documentos.* — I. Subtracção de documentos. — II. Arrancamento de marco. — III. Delictos concernentes ao sello e ás estampilhas do correio e dos telegraphos. — IV. Protecção das marcas de seguro. — V. Papeis concernentes á identidade das pessoas. — VI. Attestações concernentes á saude..... 408

## LIVRO SEGUNDO

## Crimes e delictos contra os bens juridicos da collectividade

### CAPITULO I

### Crimes contra o Estado

§ 163. — *Exame synthetico.* — I. Considerações geraes. — II. Historia. Alta traição, traição contra o paiz e crime de lesa magestade.— III. Crimes contra os direitos civicos. — IV. Attentados contra Estados estrangeiros..... 417

§ 164. — *Da alta traição.* — I. Definição. — II. Especies. — III. Actos preparatorios. — IV. Sequestração do patrimonio.... 423

§ 165. — *Traição contra o paiz.* — I. Conceito geral. — II. Traição militar. — III. Traição diplomatica. — IV. Sequestração dos bens. — V. Traição de guerra. — VI. Lei de 5 de Abril de 1888..... 432

§ 166. — *Espionagem e revelação de segredos militares.* — I. Definição do segredo militar. — II. Espionagem. — III. Revelação de segredos militares. — IV. Outros crimes. — V. Crimes commettidos no estrangeiro..... 439

§ 167. — *Da injuria ao soberano.* — I. Conceito. — II. Vias de facto. — III. Injuria simples..... 443

§ 168. — *Crimes e delictos relativos aos direitos politicos dos cidadãos.* — I. Assembléas legislativas. — II. Direito de voto..... 449

§ 169. — *Crimes e delictos contra Estados estrangeiros.* — I. Exame. — II. Actos que o Cod. penal qualifica..... 453

## Capitulo II

## Crimes e delictos contra o poder publico

§ 170. — *Intervenção violenta em actos officiaes.* — I. Considerações geraes. — II. Resistencia. — III. Aggressão. — IV. Constrangimento. — V. Sedição. — VI. Ajuntamento illicito..... 457

§ 171. — *Violencias contra coiteiros ou guarda-florestas.* — I. Conceito. — II. Especies. — III. Penas..... 466

§ 172. — *Da soltura de presos.* — I. Conceito e classificação. II. Historia. — III. Especies..... 468

§ 173. — *Provocações delictuosas.* — I. Conceito e classificação. — II. Provocações qualificadas pelo Codigo penal. — III. Outras provocações puniveis. — IV. Artigo-Duchesne..... 472

§ 174. — *Menoscabo do poder publico.* — I. Diffamação. — II. Usurpação de cargos publicos. — III. Suppressão de documentos officiaes. — IV. Arrancar editaes. — V. Destruir symbolos publicos de autoridade. — VI. Violação de sellos. — VII. Violação do embargo. 480

## Capitulo III

## Crimes e delictos contra a administração publica

§ 175. — *Considerações geraes.* — I. Missão do Estado. — II. Protecção pelas leis penaes. — III. Classificação dos delictos que pertencem a este grupo..... 487

### I. — *Crimes de responsabilidade*

§ 176. — *Historia e conceito.* — I. Conceito dos crimes de responsabilidade. — II. Historia. — III. Conceito do funccionario publico. — IV. Divisão..... 491

§ 177. — *Dos crimes de responsabilidade.* — I. Corrupção.— II. Violação dolosa do direito. — III. Infracções concernentes á celebração do casamento. — IV. Abuso de poder. — V. Em materia de processo penal. — VI. Crimes concernentes a documentos. — VII. Peculato. — VIII. Concussão. — IX. Crimes dos diplomatas. X. Crimes dos empregados do correio ou dos telegraphos. — XI. Infidelidade do procurador judicial. — XII. Connivencia do superior hyerarchico..... 495

II. — *Depoimento falso*

(OS DIVERSOS CRIMES CONCERNENTES AO JURAMENTO)

§ 178. — *Historia e classificação.* — I. Historia. — II. Classificação..... 509

§ 179. — *O direito vigente.* — I. Especies. — II. Penas..... 514

III. — *Crimes contra a administração da justiça*

§ 180. — *Da denuncia falsa.* — I. Classificação. — II. Historia. — III. Direito vigente..... 528

§ 181. — *Favorecimento e receptação* (pessoal). — I. Historia. II. Conceito e especies. — III. O favorecimento segundo o direito vigente. — IV. Favorecimento qualificado..... 532

§ 182. — *Os outros delictos contra a administração da justiça.* — I. Violação do juramento. - II. Publicação do acto de accusação. III. Violação do dever de concorrer para a administração da justiça. — IV. Deixar de denunciar certos crimes. — V. Comminações antiquadas..... 543

§ 183.—IV. *Crimes e delictos contra a administração de negocios militares.* — I. Alliciamento. — II. Seduzir para a deserção. — III. Inhabilitar-se para o serviço militar. — IV. Induzir em erro para subtrahir-se á obrigação do serviço militar. — V. Emigração para o mesmo fim. — VI. Induzir allemães a emigrar, enganando-os. — VII. Infracções das disposições sobre contribuições de guerra. — VIII. Infracções da lei sobre as limitações da propriedade immovel no raio das fortalezas. — IX. Infracções da lei sobre portos militares. — X. Levantar ou publicar planos de obras de fortificação. — XI. Publicações sobre o movimento de tropas. — XII. Não implemento de contracto para fornecimento. — XIII. Emprego dos pombos-correios em tempo de guerra..... 547

§ 184. — V. *Delictos relativos á policia da imprensa.* — I. Violação da obrigação de fazer as declarações necessarias. — II. Violação da obrigação de fazer entrega de um exemplar. — III. Violação da obrigação de inserir avisos officiaes nos periodicos ou,—IV, de inserir rectificações a pedido dos interessados. — V. Distribuição de periodicos estrangeiros. — VI. Distribuição ou reimpressão de impressos sequestrados ..... 556

§ 185.—VI. *Transgressões relativas ao direito de associação.* — I. Historia. — II. O direito vigente..... 559

§ 186. — VII. *Acções puniveis contra a policia de segurança.*— I. Considerações geraes. — II. Disposições do Codigo penal..... 562

§ 187. — VIII. *Acções puniveis contra a policia sanitaria.*—I a II. Infracções das disposições concernentes á prevenção de epidemias, ou a prevenção de epizootias.— III. Infracção da lei sobre a vaccina.— IV. Infracções da lei concernente á phyloxera.— V. Outras infracções. 565

§ 188. — IX. *Acções puniveis contra a policia dos costumes.* — I. Vagabundagem e mendicidade. — II. Ociosidade e embriaguez. — III. Commercio de aguardente no alto mar. — IV. Prostituição. — V. Torturar animaes. — VI. Desordem grave.— VII. Não observancia da hora policial.— VIII. Guarda dos domingos e dias de festa. 567

§ 189. — X. *Acções puniveis contra as moedas e os bancos do Imperio.* — I. Moedas. — II. Bancos ..... 579

## XI. — Acções puniveis contra a policia industrial

§ 190. — *Infracção da lei sobre a industria.* — I. Factos que a lei qualifica. — II. Penas. — III. Disposições geraes..... 582

§ 191. — *Acções puniveis concernentes ás sociedades anonymas.* — I. Infidelidade. — II. Falsas informações scientemente dadas. — III. Occultação da situação patrimonial da sociedade. — IV. O facto de não eleger-se o conselho fiscal e de não denunciar-se a fallencia. — V. Enganar o publico. — VI. Venda de voto. — VII. Falseamento eleitoral..... 587

§ 192. — *Os outros casos.* — Infracções : 1.° da lei sobre as caixas de soccorro inscriptas ; 2.° da lei sobre sociedades cooperativas de industria e economia ; 3.° da lei sobre sociedades de responsabilidade limitada ; 4.° da lei sobre o fabrico de phosphoros ; 5.° da lei sobre o seguro dos operarios contra enfermidades ; 6.° da lei sobre o seguro contra accidentes ; 7.° da lei sobre o seguro contra a velhice e a invalidez..... 593

§ 193. — XII. *Acções puniveis relativas á policia dos pesos e medidas e á policia concernente ao quilate dos metaes.* — I. Infracções da lei sobre pesos e medidas. — II. Infracções da lei concernente á indicação da capacidade dos vasos para liquidos. — III. Infracções da lei sobre a arqueação dos navios. — IV. Infracções da lei sobre o titulo das obras de ourivesaria..... 601

§ 194. — XIII. *Acções puniveis relativas aos correios, telegraphos e vias-ferreas.* — I. Infracções das disposições sobre o serviço das linhas ferreas.—II. Violações das prerogativas dos correios —III. Levantar ou explorar um estabelecimento telegraphico, infringindo as disposições da lei..... 603

§ 195. — XIV. *Acções puniveis relativas á navegação.* — Violações das prescripções da lei sobre a nacionalidade dos navios mercantes. — II. Violações da lei sobre o registro e a denominação dos navios mercantes. — III. Violações da lei sobre as declarações que devem ser feitas nos consulados allemães. — IV. Arqueação de navios. — V. O art. 145 do C. penal e as ordenanças imperiaes. — VI. Violação da obrigação de receber a bordo homens do mar. — VII. Infracções da lei sobre naufragios. — VIII. Protecção do cabo submarino. — IX. Violações da lei sobre gente do mar. — X. Protecção da cabotagem..... 605

**XV. — Acções puniveis relativas ás rendas do Imperio**

§ 196. — *Considerações geraes.* — I. Divisão dos crimes. — II. Os casos typicos. — III. Peculiaridade das disposições contidas nas leis fiscaes e aduaneiras..... 612

§ 197. — *Violação do dever relativo ao pagamento de taxas.* — I. Defraudações postaes. — II. Defraudações qualificadas. — III. Utilisar-se de sellos desvalorisados para a franquia do telegramma..... 617

§ 198. — *Infracções relativas a direitos aduaneiros.* — I. Lei sobre a união aduaneira. — II. Segurança das fronteiras da união aduaneira. — III. Infracções da lei de 23 de Junho de 1882. — IV. Infracções das leis aduaneiras austro-hungaras..... 619

§ 199. *Infracções relativas a impostos.* — I. Imposto sobre o sal. — II. Imposto sobre o fumo. — III. Imposto sobre cervejarias. — IV e V. Impostos sobre o alcool. — IV. Imposto sobre o assucar..... 623

§ 200. — *Acções puniveis relativas ás leis sobre o sello.* — I. Infracções qualificadas pelo C. penal. — II. Lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra. — III. Sello das cartas de jogar. — IV. Sello de papeis de credito. — V. Imposto de estatistica..... 628

## XVI. — Dos crimes militares

§ 201. — *Disposições geraes.* — I. Historia do direito penal militar. — II. Definição dos crimes militares. — III. Imperio do C. penal militar quanto ás pessoas. — IV. Imperio quanto ao espaço. — V. Systema penal. — VI. Modificações das disposições geraes do C. penal civil..... 632

§ 202. — *Dos crimes e delictos militares.* — I. Traição militar. — II. Comprometter as forças militares em campanha. — III. Deserção. — IV. Inutilisar-se e simular defeitos. — V. Cobardia. — VI. Crimes e delictos contra os deveres da sobordinação militar. — VII. Abuso de poder. — VIII. Acções illegaes commettidas em campanha contra as pessoas ou a propriedade. — IX. Outros actos illegaes contra a propriedade. — X. Violação de deveres do serviço no exercicio de funcções especiaes. — XI. Outros actos contra a disciplina militar..... 639

# ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| G A..... | Archiv für Strafrecht (Archivo do direito penal, revista). |
| G S..... | Gerichtssaal (sala de audiencia, revista). |
| Grünhut.. | Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht (Revista do direito publico e privado). |
| H G..... | v. Holzendorff und v. Jagemann: Handbuch des Gefängniswesens, 1885 (Tratado sobre as prisões por v. Holzendorff e v. Jagemann). |
| H H..... | v. Holzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts, 1877 (Tratado do direito penal allemão de Holzendorff). |
| H R..... | v. Holzendorff: Rechtslexikon (Lexicon juridico de Holzendorff). |
| H St..... | Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Diccionario portatil das sciencias politicas). |
| H V..... | Handbuch des Völkerrechts, herausgegeben von v. Holzendorff, 1885-1889 (Tratado de direito internacional, publicado por v. Holzendorff). |
| I K V. | Internationale Kriminalistische Vereinigung (União internacional de direito penal). |
| N G ..... | Stenglein: Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reichs, 1893 (Leis accessorias do Imperio Allemão, publicadas por Stenglein). |
| Ot..... | Entscheidungen des Berliner Obertribunals (Sentenças do Tribunal superior de Berlim). |
| R..... | Entscheidungen des Reichsgerichts (Sentenças do Tribunal do Imperio). |
| St G..... | Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Dartstellung, 1894 (Legislação penal comparada). |

W V..... Wörterbuch des Verwaltungsrechts, herausgegeben von v. Stengel, 1889-1890 (Diccionario de direito administrativo, por v. Stengel).

Z..... Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft (Revista geral das siencias penaes).

# PREFACIO DO TRADUCTOR

O livro do eminente professor Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cuja traducção apresentamos ao publico, fez época na Allemanha, não só como exposição systematica do direito vigente, senão tambem e principalmente porque imprimio uma nova direcção á sciencia do Direito Penal com adoptar os methodos e as idéas fundamentaes da escola positiva.

O autor dedicou, desde a sua mocidade, os dotes superiores do seu espirito e toda a sua actividade, tão fecunda quanto incansavel, ao estudo deste ramo do direito. Não é sómente um theorico nem sómente um pratico, mas um *technico* no sentido rigoroso desta expressão, e ao mesmo tempo um propagandista. Na sua cadeira de professor, na imprensa periodica, em numerosas obras didacticas, nos congressos da União Internacional de Direito Penal, elle tem prestado á nova concepção, neste periodico critico de transição, o valioso concurso do seu profundo saber e do seu fino senso juridico.

Nasceu a 2 de Março de 1851 em Vienna. Cursou as universidades de Göttingen e Heidelberg. Habilitou-se em 1875 como *Privat-docent* de direito penal na universidade de Graz. Em 1879 foi admittido como professor de direito penal e de processo civil na universidade de Giessen e em 1882 na de Marburg; d'ahi passou em 1889 para a de Halle, como professor de direito penal e de direito internacional. Disputado, como Savigny, pelas universidades da Allemanha, não pôde aceitar os convites das de Bonn, Jena e Vienna.

Juntamente com Dochow (substituido depois de sua morte por Lilienthal), fundou em 1881 a *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft* para servir de orgão

á nova direcção scientifica em opposição ao espirito e ás idéas capitaes da escola classica, que então preponderava, ou antes dominava exclusivamente na Allemanha. Com os professores van Hamel de Amsterdam e Prins de Bruxellas, promoveu a fundação da União Internacional de Direito Penal, destinada, segundo rezam os seus estatutos, a estudar a criminalidade e a repressão tanto no ponto de vista social como no ponto de vista juridico e a trabalhar pela adopção desta concepção e de suas consequencias na sciencia e na legislação penaes.

A seus esforços se deve a fundação de um *Kriminalistisches Seminar* com riquissima bibliotheca, em 1888, em Marburg, donde passou para Halle. Instituto destinado a estudos especiaes sobre o direito penal, a sua influencia benefica se revela pelos seus numerosos trabalhos publicados periodicamente em fasciculos e que já formam grossos volumes (1).

Extensa é a lista de suas obras (2). O seu tratado de Direito Penal, publicado pela primeira vez em 1881, teve 7 edições até 1895, sempre aperfeiçoadas pelo autor de modo a acompanhar o progresso da sciencia e a pôr o livro ao corrente da litteratura e da jurisprudencia.

---

(1) Denominam-se na Allemanha *juristische Seminare* estabelecimentos annexos ás faculdades de direito e destinados a estudos e exercicios praticos. Os dois primeiros appareceram em 1853 e 1856 nas faculdades de Halle e Greifswald, creados por iniciativa do romanista Windscheid e do germanista Beseler. Presentemente todas as faculdades da Allemanha, com excepção da de Göttingen, têm estabelecimentos desta natureza. Possuem bibliothecas mais ou menos completas, cujas obras podem ser consultadas no logar. A direcção compete ao decano da faculdade ou a uma commissão por elle nomeada. Servem a todos os ramos da sciencia. Recentemente têm sido instituidos seminarios especiaes, technicos e apropriados para a formação de futuros professores. E' deste genero o *Kriminalistische Seminar*, creado por v. Liszt. Ver *Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten.*

(2) *Meineid und falsches Zeugnis*, Vienna, 1876; *Die falsche Aussage vor Gericht*, Graz, 1877; *Lehrbuch des österreichischen Pressrechts*, Leipzig, 1878; *Das deutsche Reichspressrecht*, Berlin, 1880; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881 - 1895; *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg, 1882; *Die Reform des juristischen Studiums in Preussen*, Berlin, 1886; *Der italienische Strafgesetzentwurf*, Freiburg, 1888; *Das Grenzgebiet zwischen Privatrecht und Strafrecht, Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines bürgerlichen Gezetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin, 1889; *Strafrechtsfälle zum akademischen Gebrauch*, 5ª ediç., Jena, 1895; *Das Strafrecht der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung* no primeiro volume do *Strafrecht der Staaten Europas*, Berlin, 1891.

O Codigo Penal allemão, promulgado em 1851, unificou a legislação penal em toda a Allemanha e, como todas as grandes codificações, fez florescer este ramo da sciencia juridica, que anteriormente estava quasi que abandonado aos *praticos*. Desembaraçados das peias do particularismo, os jurisconsultos «dogmaticos» entregaram-se com ardor ao trabalho de systematisar o direito penal nacional. Cumpria-lhes, como na Allemanha se diz, *construir o direito*, isto é, fazer a exegese dos artigos do Codigo, inferir de suas disposições as idéas e principios superiores, coordenal-os em um systema organico, e dar assim regras geraes e fundamentaes á pratica judiciaria. Achava-se dest'arte o caminho para a intelligencia entre a theoria e a pratica até então divorciadas, entregue esta ás suas proprias inspirações, ao passo que aquella se transviava em especulações metaphysicas.

Desse trabalho os criminalistas allemães desempenharam-se com maestria; as obras de Berner, H. von Meyer, Hälschner, v. Wächter, Köstlin, Binding, Merkel e tantos outros são modelos de *construcção juridica*, em que a analyse fina e ás vezes subtil faz lembrar o jurisconsulto romano. O tratado das *Normas* de Binding, por exemplo, é uma obra monumental de perspicacia, de profundeza, que apresenta syntheses elaboradas pela mais delicada analyse dos factos juridicos, mas em que a logica e as idéas abstractas vão até perder de vista a vida real.

O Tratado do autor, como estudo didactico do direito positivo, possue os predicados que assignalam os trabalhos congeneres dos seus compatriotas: exposição clara do direito vigente posto em relação com os resultados do desenvolvimento historico, inducção e coordenação dos principios fundamentaes, exame critico das opiniões notaveis que se tenham manifestado na litteratura e dos arestos dos tribunaes sobre pontos de doutrina. Ainda sob este ponto de vista, além de ter dado o devido valor ás chamadas *leis accessorias*, comprehendendo-as no quadro do direito penal, de todos se distingue pela classificação das materias da parte especial, que é a mais logica e perfeita até ao presente conhecida.

Partindo desta concepção que o crime não é offensa de um direito subjectivo, segundo a doutrina corrente desde Feuerbach, mas offensa ou compromisso de um interesse juridico, o autor achou neste o principio superior de que o direito penal, e pensamos que qualquer outro ramo do direito, precisa para as suas classificações.

A originalidade e o alto valor do livro, porém, está

nos *Lineamentos de Politica Criminal*, onde o autor condensa a sua philosophia, expõe os principios directores e os methodos da nova sciencia, pronuncia-se sobre as questões as mais palpitantes da criminalogia e indica as reformas a fazer na legislação penal em traços largos. Essa reacção contra o classismo é que dá a nota especial do Tratado e assignalou o seu apparecimento como *epoche-machende*.

Toda escola que se circumscreve ao estudo do direito positivo corre o perigo de cahir em rigidez e de sacrificar interesses vitaes ao rigor logico de idéas abstractas. «Positiva, logica, racional em seu começo, vem facilmente a soffrer os defeitos de suas virtudes; o doutrinarismo, o quietismo, a estreiteza de vistas a torna estranha á vida, ao progresso, ao convivio das nações». (3)

Na Allemanha, como em toda parte, era este o perigo a que estavam expostos os classicos; os seus methodos exgotaram-se, estava acabado o edificio magestoso de suas idéas, ao passo que os resultados praticos do systema penal em vigor accusavam o vicio e a insufficiencia dos meios empregados na luta contra a criminalidade. O illustre e incançavel Holzendorff, como antes delle Mittermaier, foi um dos poucos que tentaram abrir novos caminhos pelo estudo do direito comparado.

*Kein Recht hat das Recht immer Recht zu sein.* A escola classica allemã, na qual todos os systemas metaphysicos estavam representados (4), tinha completado o seu cyclo.

O primeiro signal de opposição ás idéas dominantes foi dado pela *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*. F. von Liszt, seu fundador, filiara-se á escola do utilitarismo social inaugurada por von Ihering, cuja intuição se resume nesta formula: *Interessenschutz ist das Wesen des Rechts; der Zweckgedanke die das Recht erzeugende Kraft*. Este pensamento fundamental, applicado ao direito penal, impellio v. Liszt a abandonar toda theoria metaphysica, a considerar a penalidade sob o ponto de vista exclusivamente teleologico e, acompanhando o movimento de expansão das sciencias naturaes, a utilisar-se dos seus methodos no estudo da criminalidade e dos meios repressivos.

---

(3) *Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten*, art. *Strafrecht*, por v. Liszt.

(4) Ver o *Handbuch des deutschen Strafrechts* de Holzendorff, 1º vol., e o tratado com o mesmo titulo do Dr. L. v. Bar, 1º vol.

Eis como elle mesmo caracterisa a direcção que quiz dar ao direito penal naquella revista e depois no seu Tratado: «As novas exigencias resultam dos defeitos da sciencia exclusivamente dogmatica. Como esta, a nova orientação dedica se tambem á formação de idéas juridicas no terreno do direito vigente; em opposição á escola de Lombroso, mantem, como baluarte da liberdade individual, o principio *nullum crimen sine lege*. A formação de idéas juridicas, porém, é sómente uma parte do trabalho a executar. A escola positiva vê na pena um meio para a protecção da sociedade contra o crime e o considera como um phenomeno pathologico social; quer uma luta vigorosa e conscia de seu fim contra a criminalidade estudada nas suas causas sociaes e a correspondente transformação da legislação penal; põe ao lado do direito penal, não como simples sciencia auxiliar, mas como sciencia irmã, a politica criminal.

«Esta nova direcção, continúa elle, que na União Internacional de Direito Penal encontra a sua expressão e ao mesmo tempo o seu centro, já conta presentemente como directores e membros os professores allemães em numero predominante, e tem rapidamente angariado os jovens praticos prussianos em numero sempre crescente. O combate ainda se trava aqui e acolá, mas já não é mais duvidoso de que lado será o triumpho».

Assim o autor, por um lado, apartou-se da escola lombrosiana, antes anthropologica do que sociologica, para seguir de preferencia as tendencias da escola franceza fundada por Lacassagne e a que corresponde a denominada *terza scuola*; e, por outro lado, mantém na sciencia dogmatica ou positiva do direito penal o methodo technico-juridico, ligando dest'arte a sciencia do passado á do futuro por uma transformação evolutiva, longe de separal-as por uma solução de continuidade.

A' gloriosa escola classica iniciada na Allemanha no começo deste seculo pela grande figura de Feuerbach, que Alimena com razão designa como um dos mais insignes criminalistas do mundo, escola que constituio a sciencia do direito penal e que inspirou todos os codigos modernos, ninguem d'entre os seus adversarios presta maior homenagem do que v. Liszt. «O direito penal nos ensina, disse elle no Congresso de Anthropologia criminal de Bruxellas, que a sociedade não póde punir senão o individuo que se fez culpado de um facto qualificado crime pela lei penal. O codigo penal protege a liberdade individual! Foi a revolução franceza que nos deu esta for-

mula. Pois bem ! Creio que si essa escola classica do direito penal, que estuda não a criminologia, não a criminalidade, mas os artigos do codigo penal, que nos dá a definição dos delictos e crimes, viesse a desapparecer, teriamos sacrificado a liberdade individual aos interesses da sociedade».

Acompanhemos o autor nos pontos principaes de sua theoria positiva e teleologica.

***

A mais vasta classificação das sciencias é a que as distingue em especulativas e praticas.

As sciencias especulativas investigam o curso da natureza, as relações necessarias dos phenomenos, sem outro intuito que não seja dar-nos a conhecer as leis do universo. As suas formulas abstractas são a expressão das leis naturaes ; as suas theses são theoremas. Ellas nos dizem o que é ; expõem a verdade experimental scientificamente demonstrada.

As outras, pelo contrario, propõem-se a fins praticos. Inquirem, não o que é, mas o que deve ser ou o como se ha de fazer. Considerando o fim que visam como um effeito a produzir, procuram o conjuncto de circumstancias, as condições de que depende o effeito desejado e nos indicam os meios a empregar para obtel-o. As suas formulas são regras, normas e preceitos ; expressam-se pelo modo imperativo.

Não têm por objecto o conhecimento dos factos e das suas leis, a verdade theorica, e sim a acção, a conducta, a vontade humana, em tanto quanto esta se dirige a um fim. A *finalidade* é o pensamento que as domina. Mas suppõem o conhecimento dos factos, pois que tiram as suas regras da experiencia, e por consequencia, quando a experiencia não é meramente empirica, dos theoremas de uma ou mais sciencias especulativas.

As sciencias praticas têm pois uma base scientifica : é nos theoremas das sciencias especulativas que se encontram os fundamentos de suas regras. « Uma sciencia pratica, diz Stuart Mill, se compõe das regras e de todas as proposições theoricas que as justificam, e, portanto, têm necessidade de um corpo de verdades scientificas, que constituam os seus primeiros principios».

E' intuitivo que estas duas ordens de sciencias — especulativas e praticas — não podem tratar os seus objectos segundo os mesmos methodos. Como as primeiras,

procuram a verdade objectiva, o unico methodo de que se podem servir é a observação dos factos e das suas relações causaes. Como as segundas, porém, têm de valorisar as leis naturaes para fins praticos, como têm de dar-nos uma theoria, não do verdadeiro, mas do justo, do conveniente, do adequado ou do correcto, o methodo objectivo por si só não lhes basta, precisam de methodos subjectivos; é a razão pratica que engendra as suas regras (5).

A' nova escola positiva do direito penal cumpria, antes de tudo, determinar o caracter e os diversos pontos de vista das sciencias que se occupam com o crime e o criminoso, bem como as relações que ellas mantém entre si.

Segundo v. Liszt, essas sciencias concernentes á repressão do crime são o direito penal, a politica criminal e a criminologia.

O *direito penal* é sciencia essencialmente juridica e, portanto, *systematica*. Si o direito em geral tem por objecto a personalidade humana, e por fim a protecção de interesses, dos bens da vida nas relações entre pessoas, o objecto especial do direito penal é a responsabilidade dos que violam as normas sanccionadas pela lei penal. Baseado nas disposições da lei positiva que ligam ao crime como facto a pena como consequencia, a sua missão é a analyse da materia juridica de modo a formar um systema organico que condense as idéas, os principios e as regras superiores, applicaveis á infinita variedade dos casos concretos. O seu methodo não póde ser outro senão o technico-juridico.

Ao lado do direito penal figura a *politica criminal* (6).

Quem diz politica diz investigação dos meios adequados á consecução de fins do Estado. E' esta a idéa fundamental que Mohl põe em evidencia nesta clara, simples e precisa definição: « a politica é a sciencia que estuda os meios adoptaveis para conseguirem-se fins politicos ».

A politica criminal vem a ser a sciencia chamada a

---

(5) Ver a dissertação que publicámos no *Direito*, Janeiro, 1893.

(6) A expressão Politica criminal já se encontra no Tratado de Feuerbach, 14ª edic., p. 23.

A *Politica criminal* só se occupa com a repressão do crime e portanto só tem que ver com o delinquente individualmente considerado. A' *Politica social* é que toca supprimir ou limitar as condições sociaes do crime por meios preventivos. Ver o Tratado do autor, 1º vol., p. 112.

apreciar o direito existente sob o ponto de vista da sua correlação com o fim do direito penal, — a repressão do crime, e a indicar, d'entre os meios disponiveis, os mais adequados para a consecução desse fim. E' a sciencia da legislação penal apreciada quer quanto aos resultados do seu desenvolvimento historico, quer quanto ás reformas que nella devem ser introduzidas. « Incumbe á politica criminal, diz v. Liszt, dar-nos o criterio para apreciarmos o valor do direito que deve vigorar ; cabe-lhe ensinar-nos tambem a entendel-c á luz de considerações tiradas dos fins a que elle se dirige e a applical-o em casos singulares de conformidade com esses fins ». Esta sciencia *critica*, que deve saber alliar o espirito de conservação ao de innovação para poder ligar o passado ao futuro, tem o seu logar marcado ao lado do direito penal dogmatico ; ambos nos apresentam as duas faces de um só todo !

Mas — acima dissemos — toda sciencia pratica e critica, para achar os meios de que depende o effeito desejado e as regras conducentes a seus fins, precisa conhecer as leis naturaes dos phenomenos e por isso tem de interrogar as sciencias especulativas. A politica criminal precisa pois, especialmente, de uma *criminologia* que investigue os factores do crime.

A criminologia é a « sciencia do crime » (causal, naturalistica), e divide-se em *biologia criminal* e em *sociologia criminal*. Ao passo que a primeira descreve o crime como phenomeno que se produz na vida do individuo e estuda o *penchant au crime* na sua conformação e nas suas condições individuaes, a segunda tem por objecto descrever o crime como phenomeno que se produz na vida social e o estuda na sua conformação e nas suas condições sociaes.

« Mas semelhante distincção, accrescenta o autor, só é admissivel, satisfazendo se estes dois requisitos. 1º Deve-se ter clara consciencia de que o objecto da indagação é um só, e que apenas o methodo é que differe : alli emprega-se a observação individual systematica, e aqui a systematica observação de massas (a estatistica), pois o crime, como phenomeno social pathologico, compõe-se de um certo numero de crimes individuaes, e cada um destes é apenas um elemento de um facto social ; 2º, não se deve esquecer que sómente com a união dos dois methodos, de modo a verificar-se e a completar os resultados de cada um delles pelos do outro, pode-se chegar ao conhecimento do crime ».

Como sciencias praticas, o direito penal e a politica criminal são sciencias do jurisconsulto (7). « O creal as, desenvolvel-as e transmittil-as, é missão do jurisconsulto criminalista, e não do medico, do sociologo ou do estatistico ». A criminologia, pelo contrario, como sciencia especulativa, pertence ao sabio investigador dos phenomenos e dos seus factores. Si o sabio, em vez de dizer o que é, pretendesse dizer-nos o que deve ser, e a dar-nos regras, ou si o pratico, em vez de formular preceitos, se intromettesse a investigar o curso dos phenomenos, um e outro abandonariam os seus methodos e o terreno dos seus estudos com prejuizo da divisão do trabalho, ao que seguir-se-hiam a incompetencia e o dilletantismo.

« O direito penal e a politica criminal, pondera o autor, são dous ramos do mesmo tronco, duas partes do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se fructificam ; sem esta relação de mutua dependencia, desnaturam-se e é inevitavel a decadencia do direito penal. Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da technica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocinio logico-juridico, a politica criminal degenera em um racionalismo esteril a fluctuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado, o direito penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho á vida, si não fôr penetrado e guiado pela convicção de que o crime não é sómente uma idéa, mas um facto do mundo dos sentidos, um facto gravissimo na vida assim do individuo como da sociedade ; que a pena não existe por amor della mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objectivo na protecção de interesses ».

---

(7) Nos seus estudos de *Criminologia* e *Direito*, o Dr. Clovis Bevilacqua insurge-se contra a pretensão de que o legista deva esperar a solução das questões criminologicas obsequiosamente offececida pelos cultores das sciencias sociaes. Com razão pondera que ainda quando todas as sciencias naturaes projectassem toda a luz sobre o phenomeno do crime, faltaria alguma cousa para bem o comprehendermos : « o *fim pratico* que determinou a necessidade das indagações sobre a origem, a natureza, as formas e o alcance do phenomeno criminologico, se não desnublaria ; será preciso que, depois de todas essas sciencias, e aproveitando certamente os dados por ellas fornecidos, fale o direito ». Tem tambem razão quando diz que o direito é arte, sciencia e philosophia. Faltou todavia ao illustre professor accentuar a distincção essencial entre a politica criminal e a criminologia especulativa.

Para que uma e outra se voltem para os factos e não se percam no racionalismo ou no formalismo, é da sciencia especulativa que devem receber a força vivificadora.

Bem diversa desta concepção é a da escola lombrosiana que apenas conhece a anthropologia e a sociologia criminaes, sem aliás determinar clara e precisamente os seus objectos e os seus limites.

Segundo Ferri, a anthropologia criminal é a sciencia que «estuda o homem criminoso em sua constituição organica e psychica e na sua vida de relação com o meio physico e social, como a anthropologia faz a respeito do homem em geral e das differentes raças humanas» (8).

A denominação de anthropologia criminal dada ao estudo biologico dos factores do crime nunca teria sido lembrada, si não se partisse da falsa supposição de que o criminoso é uma variedade do *genus homo*. Demonstrada a falsidade desta supposição, aquelle estudo não pode ser considerado como um ramo da anthropologia geral e nada justifica que se continue a designal-o como sciencia anthropologica, a menos que se dê á palavra anthropologia um sentido tão amplo que comprehenda toda indagação scientifica concernente ao homem (9).

A' parte a impropriedade da denominação, vê-se da definição de Ferri que a anthropologia criminal estuda tambem o criminoso na sua vida de relação com o meio physico e social e, portanto, além das causas biologicas, as physicas e sociaes da criminalidade. A anthropologia criminal é tambem sociologica criminal especulativa.

Como porém a anthropologia criminal é, em primeira linha, estudo biologico do criminoso e tende a considerar o crime como uma fatalidade do organismo, só de passagem e *per accidens* se occupará com os factores sociaes, que assim ficam no segundo plano, quando deveriam occupar o primeiro. A sociologia criminal especulativa fica absorvida na biologia criminal e a ella subordinada.

Por outro lado, si toca á anthropologia criminal estudar o criminoso na sua vida de relação com o meio social, que resta para o que Ferri denomina *sociologia criminal?* Elle nos explica:

«A investigação technica dos caracteres *bio-psychicos*

---

(8) *La Sociologie Criminelle*, p. 28.

(9) Ver o relatorio de Topinard nos *Actes du deuxième Congrès International d'Anthropologie Criminelle*, p. 496.

(do criminoso) é obra caracteristica da nova sciencia da anthropologia criminal. Ora, esses dados, que para o anthropologo não são senão o ponto de chegada, para o sociologo criminalista, são o ponto de partida para as suas conclusões juridicas e sociaes. A anthropologia criminal é para a sociologia criminal, por sua funcção scientifica, o que as sciencias biologicas de descripção e experimentação são para a clinica.

« O sociologo criminalista, continua elle, não têm o dever de fazer pessoalmente as investigações de anthropologia criminal, como o clinico não tem o dever de ser um physiologista ou um anatomista..... Só tem o dever de pôr na base de suas indagações juridicas e sociaes os dados da anthropologia criminal quanto ao lado *biologico* do crime e os da estatistica quanto ás influencias do meio physico e social, em vez de fazer sómente syllogismos juridicos abstractos » (10).

Isto é, a sociologia criminal de Ferri é uma mera politica criminal, uma sciencia pratica com a estreita base de dados *biologicos* e *estatisticos* (11).

Nada obstante, o circulo dessa sciencia é vastissimo, pois comprehende não só os meios repressivos como os meios preventivos da criminalidade, figurando no numero destes, sob o titulo de *sostitutivi penali*, todas as medidas e institutos sociaes que possam concorrer para a diminuição ou suppressão de crimes, embora não tenham a criminalidade por objectivo. A sua sociologia criminal penetra em todos os departamentos e recantos da economia social, como mostra a enumeração por elle feita dos *sostitutivi penali* (12).

Esta concepção decorre de um dos principios fundamentaes da escola lombrosiana. A pena é um meio de defesa social que não se distingue por caracter especifico de qualquer outro. Os meios repressivos são remedios theurapeuticos, os eliminativos são operações cirurgicas que com os meios hygienicos constituem um systema inteiro pelo qual a sociedade civil pode prover á necessidade immanente de sua defesa.

Com isto o direito penal perde a sua autonomia e passa a ser um simples capitulo da politica ou sociologia criminal, como si pudesse deixar de haver uma sciencia

(10) *La Sociologie Criminelle*, pag. 29.

(11) A estatistica é um methodo e não uma sciencia.

(12) Vêr a *Sociologie Criminelle*, pags. 215 a 259.

juridica autonomica com o seu methodo technico-juridico, onde existem relações da pessoa humana reguladas pela lei.

Para que o direito penal perdesse a sua autonomia, fôra necessario ir mais longe, muito mais longe do ponto a que chegou o illustre auctor da *Sociologia Criminale*. Fóra mister supprimir não só a lei penal com as suas qualificações de crimes e comminações de penas, como tambem o processo criminal com os seus meios de defesa e o seu systema de provas para substituir tudo pelo arbitrio administrativo.

Ora, emquanto a liberdade individual fôr tambem um interesse da collectividade, sem o qual os outros não têm valor, nada faz desejavel uma reforma tão radical.

Só ha um modo de pôr termo aos syllogismos abstractos do jurista, é supprimir o direito.

***

«Não sei bem o que restará de Lombroso, dizia Tarde espirituosamente no congresso de anthropologia criminal de Bruxellas. Eu o comparo ao café que não nutre, mas que excita e impede que, pelo menos, se morra de inanição. Lombroso foi um tonico poderoso, e é a este titulo que lhe presto homenagem.»

Assim como a Gall e a Spurzheim, apezar do descredito em que cahio a theoria da localisação das faculdades mentaes nas circumvoluções do cerebro com as correspondentes bossas craneanas, não se nega o merecimento de terem sido os fundadores da physiologia do cerebro e do estudo do craneo, não se pode contestar á brilhante escola lombrosiana, representada por espiritos *d'élite*, a gloria de ter dado o mais vigoroso impulso á sciencia do direito penal, tirando-a da immobilidade, abrindo-lhe realmente novos horisontes, com fazer sentir que a insufficiencia dos meios repressivos e preventivos da criminalidade, como systema de defeza social, é devida sobretudo ao não conhecimento do criminoso.

Até então haviam sido estudadas as figuras criminaes; os criminalistas as analysaram *ex professo* em todos os seus elementos juridicos; a questão de saber porém — quaes são os factores da criminalidade e quaes os meios apropriados para combatel-a — não tinha sido submettida a um exame scientifico. O crime fôra posto no primeiro plano; deixára-se ficar o criminoso na penumbra. Depois dos trabalhos de Lombroso, surgio uma nova sciencia destinada a estudar os factores do

crime e, como diz v. Liszt, o pensamento fundamental da politica criminal ficou sendo este: «o objecto da punição não é o crime, mas o criminoso, não é a idéa, mas o homem.»

E' a este pensamento que por toda parte vae obedecendo o movimento reformador da legislação penal; a elle se prendem os institutos mais recentes e de que se esperam os melhores resultados praticos; a libertação provisoria, a sentença condicional, a deportação dos reincidentes, as prisões-asylos, o patronato dos réos libertados, a educação dos menores moralmente abandonados.

Erros e exaggeros acompanham quasi sempre as novas intuições.

A existencia de um typo anthropologico do delinquente não era essencial á nova doutrina. Supposta a não existencia de tal typo, não deixaria por isso de ser verdade que a criminalidade, como phenomeno pathologico com factores biologicos e sociaes, podia e devia ser objecto de uma sciencia experimental. Lombroso porém fez do typo do *uomo delinquente* o ponto central de sua theoria, e deste erro inicial vieram todos os outros como consequencias.

A *terza scuola*, «experimental por seu methodo, mas critica por suas idéas», representada na Italia por Alimena, na Allemanha por v. Liszt, na França por Tarde e Lacassagne, na Russia por Drill e Foinitiski, veio como reacção contra o exclusivismo da escola lombrosiana e repelle o typo do homem criminoso ([13]).

Esse typo Lombroso o compoz com uma serie, cada vez mais numerosa, de caracteres atavicos, atypicos e pathologicos que apparecem, ora isolados, ora reunidos em maior ou menor numero, especialmente no denominado criminoso nato. «Lombroso, dizem Houzé e Warnots, tomou indistinctamente dados anatomicos, physiologicos e teratologicos, e com todos esses elementos disparatados formou o *famoso arlequim* conhecido sob o nome de criminoso nato. Mas, mesmo reunindo todos esses caracteres, não chegou a encontral-os senão quarenta vezes sobre cem delinquentes. Como pode-se encontrar o typo que representa uma série na minoria daquelles que a formam?» ([14]) « Que dir-se-hia, pergunta tambem Topinard,

([13]) Vêr o Direito Penal da Italia por Alimena na *Législation Pénale Comparée*, 1° vol.

([14]) Relatorio dos Drs. Émile Houzé e Léo Warnots nos *Actes du troisième Congrès d'Anthropologie Criminelle*, pag. 121.

de um typo de raça que se designasse como brachycephala e na qual os dolicocephalos apparecessem na proporção de 60 %? » (15).

Assim, segundo os resultados a que chegou a escola lombrosiana, ha uma forte proporção de criminosos em que taes caracteres não se notam, e, por outro lado, esses caracteres podem apparecer e de facto apparecem tambem em individuos que são honestos ou que pelo menos nunca delinquiram.

Importa isto dizer que na série interminavel das atypias, dos atavismos, das taras hereditarias, dos estygmas de degeneração, não ha um só signal que seja especifico do criminoso.

O Dr. A. Baer nos dá este testemunho: « não ha particularidade caracteristica no todo do homem, de cuja existencia possamos concluir com alguma certeza que quem a apresenta deva ser um criminoso. Muitos criminosos — nós o temos frequentemente observado — e mesmo muitos criminosos pervertidos, ás vezes reincidentes, individuos dados a crimes desde a sua juventude não apresentam anomalias na sua conformação corporea e mental, ao passo que outros individuos com accentuados signaes de anomalias morphologicas nunca manifestaram tendencia para a vida criminosa » (16).

A concepção de Lombroso, predominante na primeira edição do seu *uomo delinquente*, foi considerar o criminoso nato como um atavico, um representante do homem primitivo, um *revenant* das éras prehistoricas. O reapparecimento um tanto dramatico do homem prehistorico com toda a sua impulsividade, egoismo brutal e instinctos sanguinarios no seio das nossas sociedades civilisadas, causou no grande publico, em uma época em que o transformismo, o evolucionismo e a hereditariedade estavam em

---

(15) *Révue d'anthropologie*, Novembro, 1887.

Segundo Topinard, o typo do criminoso de Lombroso não é um typo, mas uma congerie artificial de anomalias sem nenhuma base. Dentre essas anomalias ha algumas absolutamente normaes, como o indice cephalico, a saliencia da arcada superciliaria, etc., e outras indifferentes, como a asymetria da face e a plagiocephalia moderada.

Benedikt disse no congresso de Roma e repetio no de Paris, applaudido por Moleschott, que « não é justo nem exato pretender que se deva sempre achar alguma cousa anormal no individuo criminoso. Não é justo nem exato, porque o facto psychologicoé em parte o producto de *phenomenos moleculares*, e a sciencia está ainda muito longe de uma *anatomia das moleculas* e de uma *physiologia molecular*. »

(16) *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*, p. 394.

moda, a mesma viva impressão que nos fins do seculo passado produzira a descoberta das bossas craneanas com a significação que lhes dava Gall.

A hypothese do atavismo era porém indemonstravel. Que resta das raças primitivas destruidas, amalgamadas, absorvidas por outras que soffreram eguaes vicissitudes? Não seria um facto miraculoso que, após tantos milhares de seculos, de cruzamento e superposição de raças e sob a influencia de causas physicas e sociaes que tendem antes a dispersar do que a concentrar o typo ancestral, o homem das cavernas e da edade de pedra resurgisse no homem moderno?

« As raças, pondera Topinard, estão em movimento perpetuo, fazendo-se e desfazendo-se, e se succedem no tempo por camadas que se differenciam e passam insensivelmente dos typos prehistoricos aos actuaes. Assim, quando vejo hoje um craneo que apresenta uma fronte fugitiva, por exemplo, ao passo que a média da raça tem uma fronte média, digo que isto é uma simples variação accidental e individual e não uma reminiscencia por atavismo do nosso archi-antepassado do Neanderthal. Para mim é uma semelhança fortuita; a raça de Neanderthal está desde muito extincta na totalidade ou pelo menos desappareceu afogada na onda das raças numerosas que lhe succederam antes mesmo que bruxoleasse a primeira luz da historia » (17).

O proprio Lombroso se contradisse, apresentando depois o criminoso como um louco e por ultimo como um epileptico. O homem primitivo não era um louco nem um epileptico, mas um ser normal (18). « Como duas cousas eguaes a uma terceira são eguaes entre si, affirmava elle no congresso anthropologico de Roma, é fóra de duvida que a criminalidade innata e a loucura moral não são mais do que variantes da epilepsia; são, como diria Griesinger, estados epileptoides » (19).

Longe de estar fóra de duvida, essa identidade da criminalidade e da loucura moral é vivamente contestada, pois que vivamente contestada tem sido a existencia de uma loucura moral, permanecendo integras as funcções psychicas.

---

(17) Relatorio apresentado ao Congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, *Actes*, p. 489.

(18) Ver Tarde, *La Criminalité comparée*.

(19) *Actes du prémier Congrès d'Anthropologie Criminelle*.

Ha uma loucura moral, isto é, uma enfermidade psychica, que se caracterise sómente pela perversidade, que consista sómente na pratica de actos máos, sem que as faculdades de idéação ou quaesquer outras soffram perturbação ?

« A exacta observação dos individuos de que se trata, responde o Dr. A. Baer, os factos que estão no dominio da sciencia, as experiencias feitas tanto sobre criminosos como sobre loucos repellem esta doutrina do modo o mais decisivo. Neste sentido as opiniões de technicos notaveis têm augmentado nestes ultimos tempos progressivamente, e as autoridades as mais competentes manifestam o desejo de que se bana da psychiatria a denominação *moral insanity*, a qual, mais do que nenhuma outra denominação de enfermidade, é propria para gerar a confusão e induzir em erro ».

« Um homem moralmente defeituoso, assegura o Dr. Baer, nunca poderá ser considerado louco, si, além da tendencia delictuosa e da pratica do acto criminoso, não apresentar signal de uma psychose ; não ha louco que, dada a integridade de todas as funcções psychicas, se caracterise sómente por actos criminosos ; esses taes não são senão delinquentes » (20).

Na verdade, si a psychiatria já abandonou desde muito a idéa das monomanias, não poderia admittir a loucura moral, conservada a lucidez da intelligencia e a integridade de todas as funcções psychicas, sem voltar áquella idéa incompativel com a unidade do *eu*.

Para salvar a hypothese da identidade da criminalidade innata e da loucura moral, é necessario considerar como synonymas as palavras alienação e anomalia psychica. Mas contra esta synonymia protesta o proprio Garofalo. « Neste caso, pondera elle, não haveria mais differença entre os estados physiologicos e os estados pathologicos, poisque todo desvio atypico, toda irregularidade do corpo, toda a excentricidade de caracter, toda particularidade de temperamento, tornar-se-hia uma fórma nosologica... Ora, não ha quasi individuo que não apresente alguma irregularidade no physico ou no moral ; o estado de saude tornar-se-hia idéal ; a palavra não teria significação pratica. Entretanto ha um estado de saude physica e de saude intellectual ; ha ainda uma zona intermediaria entre esses estados e os

(20) *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*, p. 284.

de enfermidade, o que faz que ainda não se nos tenha dado uma definição perfeita da alienação; isto não impede que em cada caso se possa distinguir um louco de um homem normal» (21).

Quanto á identidade do criminoso e do epileptico, surgem objecções que bem monstram quanto a these de Lombroso faz violencia aos factos. Porque todos os epilepticos não são criminosos, e porque muitos criminosos não apresentam signal algum de uma nevrose? Dizer que neste ultimo caso ha *epilepsia larvada* é sustentar uma hypothese por outra não menos duvidosa, e procurar refugio em regiões onde a sciencia ainda não fez a luz.

Demais a loucura e a epilepsia são enfermidades e podem dar-se em todos os tempos e em todos os logares, ao passo que os crimes são acções humanas de valor social e portanto relativo: variam de povo para povo e no mesmo povo em diversos momentos do seu desenvolvimento, conforme as suas condições de existencia, os seus costumes, as suas intuições e civilisação. A natureza não faz e desfaz typos de criminosos ao sabor das leis penaes!

Mas as observações continuadas com tanto afan pelo incansavel psychiatra de Turim não foram baldadas, conduziram pelo contrario a um resultado positivo, que é a verdade experimental, o facto demonstrado com que enriqueceu a sciencia. Todos os exames feitos na Italia e nos demais paizes da Europa pelos observadores das opiniões as mais diversas coincidem em confirmar que entre os criminosos apparecem frequentemente atypias, defeitos de conformação no craneo, na face e em diversos orgãos, os chamados signaes de degeneração, bem como que esses defeitos somaticos se encontram reunidos em maior ou menor numero e em differentes combinações ainda mais frequentemente nos criminosos por indole.

Certo, fóra dos casos accentuadamente pathologicos, essas anomalias não autorisam a inferir que aquelles em quem se manifestam possuam certas qualidades intellectuaes ou defeitos moraes. Tambem ellas apparecem frequentemente nos loucos; e assim como entre taes estygmas e a loucura não ha relação necessaria, poisque ha loucos que não os têm e individuos que os têm e não são loucos, egualmente não ha relação necessaria, e por uma razão identica, entre a degeneração e o crime.

---

(21) *Criminologie*, p. 92.

Mas, por outro lado, si é verdade que no mundo dos criminosos apparecem frequentemente individuos marcados por taras hereditarias e anomalias somaticas, este facto autorisa a concluir que a degeneração, assim como predispõe para a loucura ou a imbecilidade, tambem predispõe para o crime sob a influencia de um meio social deleterio. E' que os neurasthenicos, irritadiços, apaixonados, não tendo bastante força de resistencia, não estão tão bem apparelhados para o *struggle for life* quanto os individuos dotados de um systema nervoso normal.

Neste sentido deve-se admitir que a degeneração hereditaria ou adquirida é um dos factores biologicos do crime.

« A me pare, diz com razão Alimena, che la degenerazione — come causa predisponente, che ora non fa resistere all'impulso, ora produce l'irritabilità, ora impedisce la vita tranquilla e il lavoro onesto — sia il fattore piú tristamente fecundo dei delitti, e non solo dei delitti straordinari e terribili, ma anche di quei delitti piccoli, volgari e frequenti, che, per la società, sono come le gocce d'aqua che bucano la pietra » (22).

A politica criminal e social, a pratica judiciaria e a sciencia penitenciaria não podem mais perder este facto de vista!

Vejamos agora quaes são as idéas do autor do Tratado sobre este ponto de tanta magnitude.

Segundo a opinião de v. Liszt, não pode haver um typo anthropologico unico do *homo delinquens*.

O delinquente de occasião é um homem como os outros. Estará alguem isento de ceder a uma forte tentação? Não se pode pois suppor que em taes delinquentes existam atypias.

Nos delinquentes que o são por indole, si a tendencia ao crime foi adquirida, certamente as vicissitudes da vida hão de ter impresso vestigios no corpo como n'alma. Nestes casos é possivel haver um *typo profissional*, comquanto não o possamos determinar com certesa scientifica.

Si a tendencia ao crime é innata, como a causa do delicto existe quasi exclusivamente na individualidade do delinquente, esta deve distinguir-se da individualidade da media dos homens por indicios atypicos. Mas as investigações da anthropologia criminal, com quanto revelassem numerosas atypias, não puderam encontrar o typo procurado.

---

(22) *Dell'Imputabilità*, 1º vol., pag. 234.

Após um exame scientifico imparcial, essas numerosas atypias nos apparecem sob uma outra luz.

«Não as encontramos sómente nos delinquentes, senão tambem nos simples de espirito, nos loucos, nos epilepticos, nos aventureiros e até nos individuos intellectualmente prendados, posto que talvez em uma só direcção. São ainda relativamente numerosas em mais de um dos povos que se chamam «primitivos», chegados na verdade ao ponto de desenvolvimento do velho que cae em caducidade...

«Quem examina os factos sem opinião preconcebida não póde duvidar um momento de que se trata, em todos esses casos, de degeneração hereditaria. Ao mesmo tempo desapparece o typo do delinquente nato: está comprehendido na noção do homem degenerado hereditariamente e por isso mesmo affectado de atypias. Desapparece tambem a tendencia innata ao crime: está comprehendida na noção de neurasthenia, de enfraquecimento da força de resistencia do systema nervoso central, que é a essencia da degeneração hereditaria sob o ponto de vista psycho-physiologico.»

A sua conclusão é que, entre os delinquentes por natureza, ha relativamente um grande numero de degenerados, sobretudo de individuos marcados pela hereditariedade.

Este resultado é, ao seu ver, de uma importancia pratica immediata para o legislador, como adiante veremos (23).

***

Completando a theoria de Lombroso que, pela natureza de seus estudos, poz em relevo os factores organicos do crime, sem ligar egual importancia aos factores sociaes, Ferri fez vêr que o crime é a resultante do concurso simultaneo e indivisivel, quer das condições biologicas do criminoso, quer das condições do meio, onde nasce, vive e opera. «Considerando, diz-nos elle, que as acções humanas, honestas ou deshonestas, sociaes ou anti-sociaes, são sempre o producto do organismo physio-psychico e da atmosphera physica e social, que o envolve, distingo os factores anthropologicos ou individuaes do crime, os factores physicos e os factores sociaes» (24).

---

(23) Relatorio apresentado ao Congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, pag. 91.

(24) *La Sociologie Criminelle*, pag. 150.

Qual destas tres ordens do condições é a que prepondera ou tende a preponderar na producção dos crimes?

Em sua opinião, o valor de cada uma destas tres causas naturaes do crime é relativo, poisque cada uma dellas exerce maior ou menor influencia na determinação de um crime dado em tal ou tal momento da vida individual e social (25).

Com isto o illustre autor da *Sociologia Criminale* não resolveu o problema nem poz a escola a que pertence a salvo da arguição de não ligar ás causas sociaes do crime a importancia que lhe deve ser dada.

A influencia social não é somente a que se exerce em tal ou tal momento da vida individual e social ; é o conjuncto das influencias provenientes do meio que actuam não só sobre toda a vida do individuo desde o seu nascimento, como ainda que actuaram sobre os seus antepassados, em tanto quanto determinaram a degeneração transmittida á nova geração.

Não se trata de uma questão concreta, isto é, relativa a um crime dado em um momento dado da vida social, caso em que se póde ligar um valor relativo aos diversos factores do delicto e até reconhecer a preponderancia do factor biologico, como acontece com os criminosos por indole, quando o *penchant au crime* está inveterado. Trata-se sim de uma questão abstracta, isto é, relativa á criminalidade em geral. Sob este ponto de vista a resposta não é duvidosa : são os factores sociaes que preponderam.

Tomemos os criminosos por indole innata ou adquirida, os quaes de ordinario saem das baixas camadas populares. A hereditariedade de paes exgotados, alcoolicos, degenerados, a má alimentação que na infancia é só por si causa de anomalias na conformação do craneo e de diversos estados de degeneração, a ausencia da educação moral, a influencia deleteria, pelo contrario, do exemplo domestico, as más companhias, a miseria economica e tantas outras relações sociaes são proprias a impellir o individuo para o caminho do crime ; não só fortalecem as tendencias criminosas como as criam.

Os mesmos factores physicos ou cosmicos não escapam aos effeitos de causas sociaes. Basta considerar que nas mesmas regiões e sob a influencia do mesmo clima, das

(25) Op. cit., pag. 157 ; *Actes du deuxième Congrès d'Anthropologie Criminelle* pag. 42.

mesmas estações, etc., os povos passam da barbaria para a civilisação, e no curso do seu desenvolvimento, assim como variam enormemente as suas condições de existencia, idéas e costumes, variam tambem as causas da criminalidade. As estatisticas accusam que nos paizes da Europa em geral a criminalidade diminue do sul para o norte no sentido directo da marcha da civilisação.

Concluamos pois com Alimena: «na evolução humana os factores sociaes tendem a tornar-se sempre mais predominantes, e, portanto, tambem nos crimes» (26).

Um dos traços caracteristicos da *terza scuola* é justamente esta affirmação do predominio do factor social na determinação da criminalidade. Nesta parte a differença das intuições das duas escolas tem um enorme alcance social. Para uma, o crime é uma fatalidade organica; para a outra, com modificar-se o meio social pode-se supprimir ou enfraquecer a influencia dos factores biologicos. «Ao fatalismo immobilisante da theoria anthropometrica, diz Lacassagne, oppomos a iniciativa social. Si o meio social é tudo, e si elle é tão defeituoso que favoreça a expansão das naturezas viciosas ou criminosas, sobre esse meio e suas condições de funccionamento é que devem versar as reformas. *Les sociétés ont les criminels qu'elles méritent*» (27).

São estas as idéas de v. Liszt.

Ao seu ver, só é possivel lutar contra o delicto por uma acção positiva sobre os factores que o fazem nascer.

Esta acção pode ser dirigida, em primeiro logar, contra as circumstancias exteriores, sob cuja influencia o delinquente se achava no momento da perpetração do facto, isto é, contra as causas sociaes do delicto. Determinar essas causas com precisão não é missão da anthropologia criminal, e sim da sociologia, cujo methodo mais importante, sem ser exclusivo, é a estatistica criminal. Si esta nos mostra que entre as causas do delicto figuram principalmente circumstancias economicas desfavoraveis, toca á politica social indicar os remedios mais apropriados.

A acção sobre os factores do delicto pode ser dirigida, em segundo logar, contra a individualidade em parte innata e em parte adquirida do delinquente. Aqui considera-se o crime não como manifestação da vida social,

---

(26) *Dell'Imputabilità*, 1º v., p. 267.

(27) *Actes du prémier Congrès d'Anthropologie Criminelle*, p. 167.

mas como manifestação na vida do individuo. A determinação dessas causas individuaes do crime, assim como a investigação das circumstancias que levaram o seu autor a commettel-o, tambem saem em parte do dominio da anthropologia criminal. Com effeito, a individualidade do delinquente, no momento do crime, é por sua vez determinada pelo passado que talvez operou nessa individualidade mudanças decisivas. Como as relações sociaes e sobretudo economicas são de capital importancia para a conformação da vida, a politica social, que tem por fim melhorar as relações economicas, terá ainda, sob este ponto de vista, o maior valor para combater o crime.

A influencia das circumstancias sociaes e economicas, porém, sobre a vida dos individuos começa muito tempo antes do seu nascimento. A miseria economica dos paes e o seu cortejo, o exgotamento, a enfermidade, a embriaguez, prejudicam o germen antes que seja fructo. O recem-nascido traz ás vezes, ao vir ao mundo, como unica herança paterna, o fardo da neurasthenia. Remediae as circumstancias economicas desfavoraveis e salvareis ao mesmo tempo o futuro das novas gerações.

E', pois, evidente que as circumstancias sociaes e especialmente economicas determinam a marcha da criminalidade sob um triplice ponto de vista.

Desenvolvendo estas idéas no congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, exemplificava:

« Eis ahi uma joven de dezoito annos. Furtou. Podemos dizer que esse furto, considerado isoladamente, é o resultado de um factor biologico e de um factor social. Si olharmos porém de mais perto, e si perguntarmos a nós mesmos donde provem esse factor biologico, essa tendencia accentuada ao crime, esse desequilibrio das funcções mentaes, essa falta absoluta de senso moral, si examinarmos esses differentes pontos, talvez acharemos que a educação dessa moça foi descurada por seus paes ou ainda que ella não os conheceu.

« Não pensaes que a sociedade que pune esse crime de furto, nada fez para prevenil-o?

« Não acreditaes que essa rapariga, mal alimentada desde o nascimento, dissoluta antes da maturidade, de uma intelligencia não desenvolvida, de uma vontade indisciplinada, que presentemente é ladra incorrigivel, prostituta, dada ao alcoolismo, foi impellida ao crime pelo factor social, pelo meio social em que tem vivido?

« E' preciso ir ainda um pouco mais longe. Supponhamos que essa joven criminosa é uma degenerada hereditaria, que nasceu de paes exgotados pelos seus males. Está destinada ao crime, a hereditariedade a estygmatisa desde antes do seu nascimento.

« E ahi está o que eu chamo a triplice funcção do factor social. Elle determina o mal no momento da perpretação do facto delictuoso, determina a individualidade do criminoso, determina a individualidade de seus paes » (28).

D'ahi segue se que a sociedade não é somente o caldo em que se desenvolve o microbio, segundo uma imagem infeliz de Lacassagne ; ella não só fecunda o microbio, como o produz.

« A anthropologia criminal, conclue v. Liszt, deve ser modesta. As suas averiguações anatomicas e physiologicas têm uma importancia restricta ; só podem ter a pretensão de valer como verdades scientificas em face de uma ordem social dada. O homem que examinaes teria procedido de outro modo, no momento do facto, em circumstancias diversas ; teria sido outro, si outras influencias houvessem actuado em sua vida ; viria ao mundo diverso do que é, si outras circumstancias houvessem dirigido a vida de seus paes » (29).

A mais importante applicação da anthropologia criminal consistirá pois em subordinal-a de um modo consciente á sociologia criminal.

***

O autor, como Düring (30), E. v. Hartmann (31), Post (32), Kohler (33), interroga a historia da pena para pôr em evidencia a idéa finalistica que determinou a creação da justiça criminal.

---

(28) *Actes du deuxième Congrès d'Anthropologie Criminelle*, ps. 91-96.

(29) *Actes du deuxième Congrès d'Anthropologie Criminelle*, p. 332.

(30) *Kursus der Philosophie*, ps. 219-243.

(31) *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, ps. 196-212.

(32) *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz.*

(33) *Zur Lehre von der Blutrache.*

A importancia dessa indagação historica está em que por toda parte e em todas as formas sociaes e phases da civilisação se encontra a pena ou um subrogado da pena, e por toda parte o seu desenvolvimento se apresenta com o mesmo caracter. Não só as sociedades humanas não se puderam subtrahir á necessidade imperiosa de reagir contra o culpado, como no processo dessa reacção foram actuadas por idéas e sentimentos no fundo identicos.

Micklosich diz: « Houve no desenvolvimento da humanidade um periodo comparavel á infancia e á juventude do individuo, no qual o espirito humano, com genio inconscientemente creador, poz os fundamentos da nossa vida espiritual; periodo em que originaram-se a linguagem, a poesia e a religião, e em que não havia intelligencia nem vontade individuaes, e sim era a familia ou parentela quem pensava e queria. Foi nesse periodo que teve origem a *vingança do sangue*» (34).

O sentimento da vingança, oriundo do instincto de conservação, tem a maxima energia nas sociedades primitivas. Si, na phrase de Bain, «the knowledge that we have wounded, crushed, rendered miserable the offender, is a source of genuine delight» (35), em parte alguma o desejo da vingança pode ser mais vivaz do que entre homens rudes, para os quaes o valor pessoal é a primeira das virtudes (36).

Mas — é isto o que sobretudo cumpre notar — a vingança tem caracter *pessoal*, ao passo que a vingança do sangue tem caracter *social*.

E' o grupo, a familia ou parentela a que pertence o offendido quem se vinga, não contra o offensor simplesmente, mas contra o grupo de que este faz parte. *A vingança do sangue é reacção social contra acções anti-sociaes.* A explicação deste facto está em que na infancia das sociedades o individuo nada é fóra do seu grupo; a

---

(34) *Die Blutrache bei den Slaven.*

(35) *The Emotions and the Will*, p. 176. *Anger, in the human type, is the pleasure of repaying pain for pain.*

(36) «Il faut, pour vivre, dans toute société primitive, pouvoir mordre qui vous a mordu, frapper qui vous a frappé. De nos jours encore, quand un enfant, même en jouant, a reçu un coup qu'il n'a pu rendre, il est mécontent; il a le sentiment d'une infériorité; au contraire, lorsqu'il a rendu le coup, il est satisfait, il ne se sent plus inférieur, inégal dans la lutte pour la vie.» Guyau, *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, p. 204.

renuncia á vingança seria uma especie de suicidio para o individuo e conseguintemente para a familia (37).

A vingança do sangue torna-se assim um dever. Levada pelo sentimento de sua solidariedade, a familia do offendido levanta a bandeira da *vendetta* contra a do offensor. « Accende-se entre as duas uma guerra, em que cada membro de uma familia se apresenta como inimigo dos membros da outra, assim como na guerra entre dois Estados cada soldado de uma das partes belligerantes é inimigo dos soldados da outra parte » (38).

Dest'arte a vingança do sangue foi a precursora da pena. Na sua forma primitiva e grosseira ella nos apresenta a primeira manifestação da consciencia do direito : o que o grupo vinga não é somente a dôr causada, o sangue derramado, senão tambem a offensa feita á *pessoa* de um dos seus membros, e nessa retribuição sagrada do mal pelo mal se encontra a tradicional associação de idéas que ainda hoje persiste na concepção vulgar da justiça. Vinga-se, *quia peccatum est et ne peccetur* (39).

A vingança porém é apaixonada, brutal e desenfreiada ; tende a tomar proporções cada vez maiores e conduz á destruição de grupos inteiros. A *necessidade da paz interna*, que já tinha suscitado a lei do talião — o olho por olho, o dente por dente — como moderação e medida, fez surgir o systema da composição, e tal foi a segunda phase na reacção social contra o delicto, phase

---

(37) « La vengeance personelle était un droit, la vengeance du sang était un devoir. L'une était la réparation d'un tort fait à soi-même ; l'autre l'expiation de la lésion faite à autrui, d'une lésion, que ne pouvait plus venger celui-là même, qui l'avait soufferte. » Du Bois, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, p. 53.

(38) Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1º vol., p. 226.

(39) « A principio, diz H. Spencer, só o temor das represalias manteve um certo respeito das pessoas e dos bens de outrem ; a idéa de justiça era a de uma compensação de injustiças : olho por olho e dente por dente. Esta idéa perdura durante todo o periodo dos primeiros estadios da civilisação. Depois que a parte lesada cessou de fazer a si mesma uma justiça assim comprehendida, ella persiste ainda na pretenção de fazel-a impôr pela autoridade constituida. O que se reclama do dispensador da justiça é o castigo e a imposição de um damno pelo menos egual ao damno soffrido ou, na falta deste, uma compensação equivalente a esse damno... E' apenas necessario explicar como a concepção definitiva da justiça tende gradualmente a desprender-se dessa concepção grosseira. » *Justice*, § 29.

tão universal quanto a primeira. De ordinario a reconciliação se operava por intermedio da autoridade que se apresentava como arbitro entre as partes contendoras. A principio facultativa, a composição tornou-se obrigatoria; foram tarifadas as offensas e as *coimas* correspondentes, recebendo a communhão tambem o preço da sua intervenção.

Veio o *Estado*, ultima forma do desenvolvimento da vida collectiva, e as suas instituições incompativeis com a estructura e as instituições das tribus, dos aggregados de caracter gentilicio, não podiam deixar de acarretar a ruina destas ultimas. Os institutos da vingança do sangue e da composição foram dos que resistiram com maior tenacidade, mas, feridos de irremediavel declinio, porque tinham perdido toda a sua razão de ser, tambem os levou a força oriunda das novas circumstancias e relações sociaes. O poder publico, que começou por ser arbitro, acabou por fazer-se juiz; só elle tem o direito de punir por amor da paz interna, *pax regis*, e a pena individualisou-se, recahindo afinal somente sobre o culpado.

Assim a historia do desenvolvimento da pena mostra que o esforço inconsciente para a manutenção da paz, da *ordem juridica*, se converteu em esforço consciente; o acto a principio instinctivo e descomedido se converteu em acto voluntario, racional e ponderado. Nesse desenvolvimento do inconsciente para o consciente é que consistio o progresso. Pune-se *ne peccetur* (40).

Certamente a historia da pena não nos dá senão uma explicação historica; mas é evidente que dessa explicação decorre a justificação da pena. O Estado tem o direito de coagir os individuos por ameaça e execução de penas a proceder de modo que os seus actos não violem as condições de existencia social, porque tem o direito de conservar-se e a pena — a historia o

(40) Um outro progresso é assignalado por v. Ihering: « *A historia da pena*, diz elle, *é uma abolição constante*. No inicio do direito, a noção da pena reina soberanamente; manifesta-se em cada parte do direito, penetrando mais ou menos profundamente todas as relações juridicas. Mais tarde, o campo de acção da pena se restringe e a noção se apura; é o que denota o progresso do direito... Esta conclusão nos revela um dos factos mais interessantes, que a historia do direito póde apresentar para a educação dos povos: o progresso realisado pelo homem que, tendo partido da paixão selvagem, da vingança cega, acaba por chegar á moderação, ao imperio sobre si mesmo, á justiça. » *(Das Schuldmoment im röm. Privatr.)*

attesta — é meio imprescindivel para a manutenção da ordem juridica. Esse direito é ao mesmo tempo um dever. Para a communhão politica não é a propria conservação o seu dever primario?

TRIBUNAL FED... RECURSOS

Justificada a pena sob o ponto de vista do Estado, tambem o está sob o ponto de vista do individuo, sem que para isto seja necessario suppor uma sujeição voluntaria á pena por parte deste.

Embalde Kant objecta que o homem é fim para si mesmo e não pode ser empregado como meio para um fim de utilidade social. Este principio absoluto só poderia ser verdadeiro, si o homem vivesse isolado; mas elle vive em sociedade, faz parte de um todo organico, e a primeira condição para a existencia de um organismo é a subordinação e o concurso das partes aos fins do todo.

O Estado faz do cidadão meio para seus fins, quando o obriga a tomar armas para a defesa da patria, ou a servir cargos publicos, ou a dar o seu testemunho em juizo, ou a pagar o imposto, etc. Si nestes e em muitos outros casos é licito fazer do homem meio para a consecução de fins da vida social, tambem o é punir o delinquente, já que a pena é meio de prevenção e de educação moral e della depende a manutenção da ordem juridica. Esta conclusão é irrecusavel, si não se preferir á defesa do direito a anarchia, o cahos e a dissolução como consequencias ultimas.

E' esta a theoria teleologica que v. Liszt ennuncia clara e precisamente nesta formula: «a justificação da pena finalistica está na necessidade della para a manutenção da ordem juridica e consequentemente para a conservação do Estado; a pena é justa, quando e em tanto quanto é necessaria para esse fim».

Eis ahi por que nunca foi possivel em these traçar a linha divisoria entre o injusto punivel e o não punivel. «A linha divisoria, diz v. Liszt, muda conforme os tempos e os logares; cada povo a traça differentemente; cada phase na historia do desenvolvimento da humanidade cria novos crimes e faz desapparecer os antigos. Mas a observação attenta descortina no fluxo dos phenomenos o pensamento fundamental, a idéa commum e permanente. E' justamente no assignalamento do injusto criminal que se manifesta a concepção politico-criminal, é na pena que se revela o pensamento finalistico mais ou menos claramente reconhecido e proseguido de um modo mais ou menos consequente. Como meio a empregar na

luta do Estado contra o crime, a pena é infligida onde ella parece ao Estado necessaria, e somente onde parece que o é. E ainda quando a direcção scientifica dominante mostra-se sem intelligencia em relação á concepção politico-criminal, ahi mesmo o poder dos factos vae exercendo sobre ella desde annos a sua influencia». D'onde se segue que crime é «o ataque dirigido contra interesses protegidos pelo direito, e especialmente perigoso, a juizo do legislador, para a ordem juridica existente» (41).

A esta theoria tão singela, que para justificar institutos humanos se colloca no ponto de vista das cousas humanas, sem ter a pretensão de penetrar no mundo do transcendental e do intelligivel (?), se contrapõem, em diametral opposição, as theorias absolutas, que na Allemanha tiveram dois notabilissimos representantes, Kant e Hegel.

Segundo o philosopho de Kœnigsberg, a lei penal é um categorico imperativo. A pena não póde em caso algum ser infligida como meio para promover um outro bem da sociedade civil ou do criminoso mesmo; deve sel-o sómente porque o criminoso delinquio. «Ainda quando a sociedade civil se dissolvesse por accôrdo de todos os seus membros, o ultimo assassino que se achasse em prisão

---

(41) No seguinte trecho do seu *Schuldmoment im röm. Privatr.* v. Ihering põe em todo o relevo a relatividade da pena: «De todas as noções do direito, a da pena é a mais importante no ponto de vista da historia da civilisação. Ella é o reflexo do pensamento e do sentimento do povo em uma epocha determinada; dá o nivel exacto de sua moralidade e, semelhante a uma cera molle, recebe e guarda fielmente o cunho de todas as phases do desenvolvimento moral da nação. Seculos inteiros passaram sobre as outras noções do direito sem deixar vestigios: as noções fundamentaes dos direitos reaes de Roma, a propriedade, a posse, as servidões, permaneceram, pouco mais ou menos, o que erão ha dois mil annos. Em vão as interrogariamos sobre as variações que soffreram, no intervallo, os povos que ellas regeram.

«Essas noções representam, por assim dizer, o arcabouço, a ossatura do organismo do direito, que não soffre mais mudanças, desde que chegou ao seu pleno desenvolvimento. Mas é no direito criminal que se encontra o centro onde vão ter os nervos mais vivazes, as veias mais delicadas desse organismo; cada impressão, cada sensação, nelle se traduz exteriormente e de um modo visivel. O direito criminal é a face do direito a reflectir a individualidade inteira do povo, o seu pensamento, os seus sentimentos, o seu caracter, as suas paixões, o seu gráo de civilisação ou de barbaria, toda a sua alma, em uma palavra, é o povo mesmo. A historia do direito criminal dos povos é um fragmento da psychologia da humanidade».

deveria ser primeiro executado, para que cada um soffra aquillo que pelos seus actos merece e a culpa do sangue derramado não recaia sobre o povo, que não fez effectiva a punição, pois que pode ser considerado como cumplice nessa publica offensa á justiça» (42).

E por que, pergunta-se, o mal ha de ser retribuido com o mal? Outro é o categorico imperativo da moral christã que manda perdoar! O vosso categorico imprerativo só têm duas explicações possiveis, ou é um brado de odio e de vingança, e neste caso retrogradamos para as epochas primitivas e anteriores ao apparecimento da pena, ou é um mysterioso preceito do decalogo divino, cujo executor não pode ser o homem. Em todo caso nenhum legislador seria bastante louco para instituir um systema penal, erigir prisões, organisar a justiça criminal e a policia judiciaria, si a isto não o compellisse algum imperioso interesse humano, isto é, si a pena não produzisse effeito para prevenir o crime e emendar o criminoso.

Da pura idéa da retribuição decorre logicamente o talião como medida da pena. A tentativa de Kant para o fim de fundar o systema penal sobre este principio teve completo mallogro, e não podia deixar de ser assim, poisque a gravidade moral do delicto e a pena são quantidades incommensuraveis.

A doutrina de Hegel exerceu maior influencia do que a de Kant. Na nota 4 á pag. 75 do primeiro volume do seu *Tratado*, v. Liszt a resume luminosamente. «A offensa feita ao direito tem na verdade uma existencia exterior, mas em si é nulla.» A manifestação d'essa nullidade é a pena. O crime é a negação do direito, e a pena «é a cessação do crime, que de outro modo valeria» (43).

E' um admiravel problema psychologico, observa Paulsen, que esse mero jogo de palavras parecesse a muitos dos contemporaneos de Hegel uma solução da questão (44). Pode-se apagar o passado e reduzir a nada o acontecido? O assassinato fica annullado pela execução do assassino, como si não tivesse sido praticado? Haverá agua bastante no oceano para lavar a mancha do sangue derramado? Quereis significar que o acontecido não devia ter acontecido? Mas por amor dessa explicação ficam justificados factos, como o enforcar, o decapitar, o metter em prisão e o

(42) *Rechtslehre*, § 49.
(43) *Naturrecht*, § 90.
(44) *Systhem der Ethik*, 1º vol., pag. 122.

deportar? Ou quereis simplesmente dizer que o direito deve ser restabelecido? Mas neste caso ahi está um fim humano, que se resolve na manutenção da ordem juridica, e vós abandonaes a vossa theoria, com descer das alturas do absoluto para a esphera do relativo e do condicionado, que é a das cousas terrestres.

Entretanto as theorias absolutas, apezar de toda a sua insufficiencia disfarçada por nebulosidades e um *hochtonende pathos*, e as theorias eccleticas, illogicas como conciliação de principios antagonicos, têm um profundo fundamento que explica a sua sobrevivencia e o não terem perdido todo o credito sobre os espiritos. Esse fundamento é a consciencia popular, em que persiste vivo o categorico imperativo da retribuição do mal pelo mal. Para as massas populares a justiça penal assenta sobre uma associação de idéas, que denuncia a sua procedencia das eras da *blutrache* e da lei do talião.

A theoria teleologica nada tem que ver com o *punitur quia peccatum*, mas sómente com o *punitur ne peccetur*; não se propõe a fazer *expiar* o crime, a retribuir o mal pelo mal, não quer apagar o passado, e só justifica a pena como medida necessaria e efficaz sob o ponto de vista da defesa social. Guyau nos dá o ideal da justiça penal nesta fórmula scientifica: « o maximo de defesa social com o minimo de soffrimento individual» (45).

Para construir um systema penal sobre esta base, a nova theoria encontrará sem duvida na consciencia popular — poisque nella a pena tem repercussão — a força resultante de todas as idéas moraes accumuladas e transmittidas como um patrimonio commum, mas encontrará tambem ás vezes obstaculos oppostos a que certas reformas sejam levadas até ás suas ultimas consequencias.

Segundo Guyau, a noção de uma justiça distributiva, consistente em proporcionar o bem ao bem, o mal ao mal, é um instincto que no meio em parte artificial da sociedade humana, se modifica a pouco e pouco, e dia virá em que perderá mesmo o apoio pratico que lhe presta ainda hoje a opinião popular (46).

Sem determo-nos na apreciação desta prophecia, é certo que aquella concepção existe, e tanto basta para mostrar quanto é melindrosa e complexa a missão que incumbe ao legislador criminal.

---

(45) *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, pag. 211

(46) Op. cit., pag. 208.

D'ahi esta sensata ponderação de v. Liszt:

« O legislador ha de ter em conta as intuições juridicas que dominam n'alma popular, os juizos moraes tradicionaes como um poderoso e valioso factor. Deve abster-se de romper bruscamente com essas intuições, sem todavia esquecer jamais que é chamado e está em condições de dirigil-as e gradualmente formal-as. »

***

Tem-se feito varios ensaios de classificação dos criminosos sob o ponto de vista da biologia criminal.

A principal e a mais conhecida é a de Ferri que distingue cinco categorias de delinquentes: os criminosos alienados, os criminosos natos, os criminosos por habito adquirido, os criminosos de occasião e os criminosos por paixão (47).

Como o primeiro grupo não tem importancia para a criminologia ou o direito penal, mas somente para a psychiatria, e os criminosos por paixão podem pertencer a qualquer uma das outras categorias, vê-se que a classificação de Ferri não assenta sobre um principio superior e fundamental. Em ultima analyse os seus grupos se reduzem a dois: os criminosos de occasião e os criminosos por habito.

A mesma critica provocam as classificações de Colagani, Benedikt, Marro. Todas denunciam a falta de um principio superior; o mesmo criminoso pode pertencer a diversas categorias.

Foi Wahlberg quem assignalou a distincção dos criminosos em dois grupos, os criminosos de occasião ou por habito. Esta classificação já classica é aceita por v. Liszt; mas elle a corrige, quer quanto ao modo de caracterisar os dois grupos, quer quanto ás denominações.

Na primeira categoria entram os delinquentes que, no momento do facto, succumbem a poderosas influencias exteriores. *As circumstancias exteriores que dão occasião ao delicto preponderam.* A inesperada miseria economica e os males que della resultam para a familia, um lucro attractivo e uma occasião favoravel (furto), a vergonha (infanti-

(47) *La sociologie criminelle*, p. 98. Ver a exposição dessas classificações na *Nova Escola Penal* do Dr. Viveiros de Castro.

cidio), uma injuria cruel (homicidio da esposa adultera), a excitação proveniente do abuso do alcool, podem levar ao crime individuos até então honestos (criminalidade aguda).

Sem duvida, a individualidade do agente deve tornal o susceptivel de uma influencia exterior, pois somente quando essa relação existe é que taes causas podem provocar o crime. Mas a individualidade do delinquente de occasião não se distingue essencialmente da da media dos homens.

« O crime — e é esta a circumstancia decisiva — não se produz como consequencia de uma tendencia criminosa desenvolvida e arraigada. E' um episodio na vida do agente. Apenas commettido, affigura-se-lhe como uma cousa extranha e inexplicavel. Eis porque o delinquente se arrepende e na maior parte dos casos confessa. Eis porque tambem, ás mais das vezes, elle dá a segurança de que o acto ficará isolado; com effeito, as mesmas circumstancias exteriores raramente se reproduzem. E ainda quando se reproduzissem, a lembrança do acto e de suas consequencias daria ao delinquente solicitado de novo a força de resistir á sua tendencia criminosa » (48).

O segundo grupo compõe-se dos delinquentes, *cuja individualidade*, pelo contrario, *prepondera sobre as circumstancias exteriores* (criminalidade chronica). Não é a occasião que faz o ladrão, é o ladrão que cria e provoca a occasião, as circumstancias exteriores, si ellas não se apresentam por si mesmas; e, dada uma occasião externa futil, « o crime resalta, digamos assim, da indole, das disposições arraigadas do delinquente e nos revela a sua natureza intima: rudeza brutal, crueldade destituida de toda sensibilidade, estupido fanatismo, descuidosa leviandade, invencivel repugnancia ao trabalho, desregrada sensualidade levam o agente por numerosas phases de transição a situações indubitavelmente psychopathicas. »

Por isso mesmo o delinquente nada vê de estranho no acto que pratica; o que nelle vê é o mais profundo do seu eu e não se arrepende. Eis tambem porque devemos esperar a repetição do acto, caso a individualidade do delinquente não soffra uma influencia que a mude (49).

Assim um desvio occasional da ordem juridica e a

(48) *Actes du deuxième Congrès d'Anthropologie Criminelle*, ps. 91-96.

(49) *Actes*, *l. c.*

revolta convertida em segunda natureza, uma perturbação passageira das representações que refreiam os máos impulsos com o consequente enfraquecimento da força de resistencia contra tentações vindas de fora ou a tendencia ao crime mais ou menos profundamente arraigada, são as duas linhas extremas entre as quaes se acham todas as gradações da natureza psychica do criminoso, tal como se manifesta no momento do facto e pelo facto mesmo.

A denominação — criminosos de occasião — dada aos do primeiro grupo é equivoca e fôra melhor evital-a. Não é criminoso de occasião quem furta, fere, attenta contra o pudor, insulta o adversario, falta ao cuidado que a profissão exige em qualquer occasião ou na primeira que se lhe offerece. O autor a substituiria pela denominação — criminosos momentaneos (*Augenblicksverbrecher*).

Quanto á denominação dada aos delinquentes do segundo grupo, essa é falsa e induz em erro. O *penchant au crime* liga-se estreitamente ao habito, mas não se confunde com elle. Sem duvida pode originar-se de uma repetição habitual do acto, mas pode existir no momento do primeiro commettimento e ainda antes delle. Em um e outro caso o crime é a expressão fiel, a imagem reflectida da individualidade. Assim os criminosos de profissão, os que exercem o crime como um officio que os alimenta muitas vezes melhor do que o trabalho honesto, nem sempre o fazem por um habito inveterado, e sim por uma opposição consciente á ordem juridica, a qual tem origem na propria indole. A denominação apropriada aos delinquentes desta classe é a de delinquentes por natureza, por indole (*Zustandverbrecher*).

Os delinquentes por natureza se subdistinguem em corrigiveis e incorrigiveis, conforme o seu estado fôr ou não susceptivel de cura.

A profunda differença entre os delinquentes momentaneos e os delinquentes por natureza, resultado fecundo dos estudos da criminologia, é fundamental e deve ser utilisada pela legislação penal.

«Nesta classificação dos delinquentes, diz o autor, temos achado a base procurada para todo o systema da Politica criminal.

«Si a missão da Politica criminal é defender a ordem juridica contra a criminalidade, a medida da pena deve ser determinada pela attitude do delinquente em face da ordem juridica e consequentemente pelo seu caracter

juridico (ou mais exactamente *social*), e o maior ou menor perigo que d'ahi resulta para o direito» (50).

O autor se colloca pois, quanto ao criterio para a medida da pena, sob a bandeira da escola italiana — *a temibilitá* do delinquente.

Cumpre porém distinguir entre a *temibilitá* subjectiva e a *temibilitá* objectiva, distincção que, comquanto o autor não tenha feito explicitamente, decorre de sua doutrina.

A pena que o juiz mede foi primeiramente fixada pelo legislador. Aquelle tem de fazer *in concreto* a operação que este fizera *in abstracto*. O legislador estabelece para cada norma ou grupo de normas a sua sancção penal; o juiz decreta uma pena qualitativa e quantitativamente determinada para cada delicto dado.

A questão do criterio para a medida da pena pede que consideremos os effeitos da pena, como comminação e como execução.

«Advertindo e intimidando, diz o autor, a comminação da pena accrescenta-se aos preceitos imperativos e prohibitivos da ordem juridica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella põe em perspectiva, como consequencia do acto injuridico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendencias criminosas».

---

(50) *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, Z., 4, 16.

O autor relaciona esta classificação dos criminosos com uma classificação psychologica dos crimes em oito grupos, tendo por base, não os motivos ou instinctos (base de ordinario preferida), mas *as qualidades psychicas dos delinquentes*.

Esta ultima classificação, o autor confessa, não se presta a ser immediatamente utilisada pela Politica Crminal, já porque nenhuma das qualidades enumeradas conduz necessariamente ao crime, já porque cada grupo não é susceptivel de uma unica apreciação moral; pelo que não se pode determinar a medida da pena segundo a inclusão do facto em um ou outro dos grupos. Certo é porém que a qualidade do criminoso caracteristica de cada grupo pode ser ou o resultado de circumstancias exteriores momentaneas e passageiras ou a expressão de um estado permanente.

Toca á psychologia criminal dar-nos uma descripção completa da criminalidade, de que a classificação do autor é um simples ensaio. «A investigação biologica da criminalidade exige mais, diz o autor, qué se descubram as causas physiologicas das qualidades psychicas dos criminosos. Mas essa investigação causal só pode ser tentada com bom resultado, quando pela psychologia descriptiva os factos a indagar forem coordenados e systematicamente expostos».

Si o fim da comminação penal é lançar n'alma dos que vacillam entre o proceder honesto e o crime um determinante que refreie os máos impulsos, o criterio do legislador não pode ser outro senão a *temibilitá* objectiva, e esta é dada pelo valor que a ordem juridica liga ao bem lesado, o maior ou menor perigo que resulta do acto criminoso, a maior ou menor facilidade em pratical-o e outras circumstancias sociaes, em face das quaes calculará, segundo o seu juizo esclarecido pela experiencia, o mal a infligir que possa servir do *motivo sensivel* (Beccaria), *contraspinta* (Romagnosi) ou *coacção psychologica* (Feuerbach) contra a tendencia criminosa, deixando ao juiz, já pela escolha das penas alternativas e facultativas e já pela largueza da escala penal, ensanchas para medir a pena *in concreto*.

E' porém na execução penal que a pena desenvolve toda a sua força peculiar. Varios são os seus effeitos e tanto mais valiosos quanto podem ser isolados ou combinados.

Além de actuar sobre os membros da collectividade em geral e sobre o offendido, a quem proporciona satisfação, restabelecendo a confiança no direito, actúa especialmente sobre o delinquente mesmo.

Sob este ultimo ponto de vista, a pena pode ter por fim :

*a*) intimidar simplesmente o delinquente (prevenção especial), avigorando-lhe as representações enfraquecidas que refreiam os máos instinctos ;

*b*) emendal-o, com modificar-lhe o caracter ;

*c*) reduzil-o á inocuidade, segregando-o da sociedade, quando se tenha tornado inutil pela sua incompatibilidade com a vida social.

De accordo com esta triplice funcção, as penas se podem distinguir, segundo a classificação suggerida por Seuffert ([51]) e aceita pelo autor, em

*a*) penas de intimidação applicaveis aos delinquentes de occasião, como reprimenda, multa, prisão cellular ;

*b*) penas de correcção applicaveis aos delinquentes susceptiveis de emenda (casa de correcção, multas, penas concernentes a direitos civicos) ;

*c*) penas de segurança applicaveis aos incorrigiveis

([51]) Ver as theses de Seuffert no *Bulletin de l'Union internacional de Droit Penal*, 4, 6, p. 588.

(deportação, prisão perpetua ou por tempo indeterminado) ([52]).

A sentença condicional, ou melhor a suspensão da execução sob a condição de que o condemnado não commetta novo delicto dentro de um certo lapso de tempo é um meio de prevenção efficaz para os delinquentes de occasião.

A sentença indeterminada, isto é, a não determinação da duração da prisão na sentença de condemnação para ser feita ulteriormente, depois de estudo e exame do caracter do delinquente, não podendo todavia a prisão ir além do maximo estabelecido pela lei, tem applicação aos delinquentes por indole que forem corrigiveis.

Para os incorregiveis, pelo contrario, a sentença indeterminada será indefinida ; tão sómente dever-se-ha repetir periodicamente a deliberação da autoridade incumbida da execução sobre saber si o réo pode ou não ser posto em liberdade.

Como se vê, todo o systema da execução penal, segundo as idéas do autor, assenta sobre a classificação dos delinquentes e é na *temibilitá* subjectiva destes que o juiz encontra o criterio para a medida da pena.

Como na pratica judiciaria se ha de distinguir, dentre os delinquentes por indole os corrigiveis dos incorrigiveis? E' este o *punctum saliens*, a questão pratica de capital importancia que tem sido discutida nos congressos de anthropologia criminal.

Não havendo um só typo ou diversos typos do *homo delinquens*, não existindo relação directa entre atypias e tendencias criminosas, não podendo o juiz percrustar o intimo do accusado de modo a descobrir todos os recessos de sua alma e verificar si sua anomalia psychica é ou não susceptivel de cura, não pode haver para a pratica judiciaria outros incorrigiveis senão aquelles que de facto

---

([52]) *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik* ; ver as actas do 5º congresso do grupo allemão no cit. *Bulletin de l'Union*.

O autor considera susceptiveis de emenda aquelles cuja tendencia criminosa em via de desenvolvimento e não completamente arraigada deriva do amor ao gozo e da repugnancia ao trabalho, e portanto os criminosos que exploram o crime como profissão. Por emenda entende a educação para o trabalho regular e honesto.

Suscita a questão de saber si a sensualidade, a paixão, a irreflexão, a ambição, o fanatismo, etc., podem ser extirpados por alguns annos da prisão com trabalho ou casa de correcção, ou si somente podem ser paralysados pelo temor da pena.

não se tenham corrigido ([53]). Assim a reincidencia vêm a ser o indicio da incorrigibilidade.

Tal é, com effeito, a opinião mais generalisada entre os criminalistas da escola positiva, entendendo uns que o legislador deve adoptar o systema da aggravação progressiva da pena á proporção que o individuo fizer prova de maior tenacidade (Prins), e outros que, depois de um certo numero de reincidencias, a pena se torne perpetua ou indefinida (Alimena).

O illustre professor v. Hamel em um notavel relatorio apresentado no congresso de anthropologia criminal de Bruxellas admitte, todavia, duas excepções á regra que faz depender a incorrigibilidade da reincidencia: 1º quando a accumulação de muitos crimes graves em um certo lapso de tempo — sem que alguma pena tenha interrompido a serie — posta em relação com os phenomenos anthropologicos do individuo, fornecer a prova de uma profissão criminosa, de um habito difficil de extirpar-se; 2º, quando mesmo por um só crime o delinquente manifesta uma perversidade monstruosa e excepcional.

« Em face dos incorrigiveis, pondera o emerito professor de Amsterdam, e sobretudo em face dos que offerecem grandes perigos, o principio da pena determinada de antemão deve ser necessariamente abandonado » e substituido pelo da prisão por tempo indeterminado, « segundo as indicações da lei e nos casos por ella previstos. »

Nesses casos o condemnado, depois de soffrer a pena ordinaria, será sujeito a uma nova deliberação da autoridade judiciaria que, tendo em conta tudo quanto puder lançar luz sobre a tendencia criminosa do réo e o caracter do perigo de que elle ameaça a sociedade, e guiando-se pelas informações concernentes aos seus antecedentes, á sua ascendencia, ao seu procedimento na prisão, etc.,

---

([53]) « Gli incorreggibili della pratica giudiciaria, diz Alimena, non sono gli incorregibili della filosofia o della religione, perchè gli incorregibili della pratica sono, semplicemente, i delinquenti, che di fatto non sono corretti ». *Dell'Imputabilità*, 1.° vol., p. 241.

No mesmo sentido o voto do Congresso penitenciario internacional de S. Petersburgo: « Sans admettre qu'au point de vue pénal et pénitentiaire il y ait des criminels ou délinquents absolument incorrigibles, comme cependant l'expérience démontre qu'en fait il y a des individus qui se montrent rebelles à cette double action pénale et pénitentiaire, et reviennent, par habitude et comme par profession à enfeindre les lois de la société, le Congrès émet le vœu qu'il faudrait prendre des mésures spéciales contre ces individus. »

declarará si lhe é applicavel ou não o tratamento dos incorrigiveis. Si a decisão fôr neste sentido, a prisão continuará e uma nova deliberação terá logar periodicamente sobre poder ser ou não concedida ao réo a soltura condicional (54).

Na verdade, si o fim da pena é somente a protecção da ordem juridica, e si a pena applicada não intimidou nem corrigio o criminoso, é consequente que a lei assegure aquella protecção, fazendo o delinquente inoffensivo com sujeital-o ao tratamento dos incorrigiveis.

Não se quer com isto dizer que o criminoso seja posto em liberdade, quando a sua *temibilità* cesse antes de cumprida a pena ordinaria. A esta concessão se oppõe o effeito da pena como prevenção geral e se oppõe tambem aquella concepção popular da justiça, intuição com a qual «não se deve romper bruscamente.» Somente depois de decorrer o tempo da condemnação é que se faz sentir o effeito da sentença indeterminada, que consiste em poder ser o réo retido na prisão, emquanto a sua emenda não se operar.

O projecto do codigo penal norueguense abrio o caminho, adoptando a sentença indeterminada para os reincidentes de certos crimes graves especificados pela lei. Si o jury, á vista da reincidencia, julgar o accusado incorrigivel, este poderá ser conservado na prisão, cumprida a pena ordinaria, durante um prazo que não excederá ao triplo do tempo da condemnação (55).

O autor do Tratado, porém, vae mais longe quanto ao indicio da incorrigibilidade. Ao seu ver, «pedem muito pouco os que querem a inocuidade do delinquente depois de reiteradas reincidencias ou ainda a inocuidade dos delinquentes habituaes e incorregiveis». Não encontramos, todavia, nos seus escriptos explicitamente manifestada a sua opinião sobre o modo pratico de distinguir o corrigivel do incorrigivel, sem erigir-se em principio o arbitrio judiciario e deixar a liberdade individual «abandonada sem amparo ao interesse geral».

Está, pois, *sub judice* a reforma a mais palpitante de interesse e de actualidade em materia de legislação penal. Em nenhum outro ponto o defeito da legislação

---

(54) *Actes du deuxieme congrès d'Antropologie Criminelle*, pags. 56 a 64.

(55) Proj. do C. p. norueguense, art. 65 (*Bulletin de l'Union i. de d. p.*, 1, 7).

actualmente em vigor na generalidade dos paizes cultos é tão sensivel quanto no concernente a medidas de segurança contra os criminosos incorrigiveis. Si se deve aquilatar a excellencia de um systema penal pela sua efficacia em prevenir a reincidencia, os codigos penaes modernos incorrem em severa censura.

Mostram as estatisticas desses paizes que as reincidencias vão em augmento quanto ao numero e á intensidade; 50 % dos réos pelo menos reincidem. As prisões restituem periodicamente á sociedade os seus peiores elementos eivados dos mesmos vicios para outra vez recolhel-os apoz novos crimes. Nos que se *expiam* com pequenas penas de prisão, esse processo se repete dezenas de vezes com relação ao mesmo individuo. Ora, como bem diz v. Hamel, a pena não pode ser o preço pelo qual se compre o direito de perturbar a sociedade, deve ser sim a sancção das leis que prohibem seja ella perturbada.

Cumpre, por outro lado, não confundir a condemnação indeterminada e o tratamento especial dos incorrigiveis com os meios eliminativos tão expeditos da escola lombrosiana. A pena de morte liberalisada, a deportação com abandono em alguma região deserta ou habitada por selvagens são soluções radicaes que correm o risco de ir além do fim.

« Que é a obra penitenciaria, pergunta Isidore Maus, sem a emenda dos delinquentes? Emendar e repôr na sociedade aquelles que parecem ser os seus eternos parasitas, eis o que faz a sua grandeza e o seu alto alcance. E querer-se-hia renunciar a este escopo no concernente aos reincidentes que fazem mais da metade do numero dos condemnados? Seria o suicidio da siencia penitenciaria! » (56)

***

No direito civil tambem se trata, como no direito penal, da vontade, de motivos, de delictos e penas. Por que razão — tem-se perguntado — o civilista não suscita o problema da liberdade humana nem discute as bases da responsabilidade individual, ao passo que estas questões são debatidas, como obrigadas, nos tratados de direito penal?

---

(56) *Actes du deuxième Congrès d'Anthropologie Criminelle*, relatorio a p. 185.

E' que, explica o Dr. v. Bulow, o direito penal tem um objecto muito mais circumscripto do que o do direito civil. Não bastando para occupar a actividade do criminalista o estudo do direito penal positivo, elle alarga o campo de suas cogitações, propondo-se questões philosophicas e discutindo os primeiros postulados de sua sciencia (57).

Não sabemos si esta explicação é apenas um remoque aos criminalistas philosophos. Si ella é dada seriamente, não a temos por satisfactoria.

Em materia penal o direito « corta na sua propria carne », lesa os mesmos interesses — a vida, a liberdade, a honra, o patrimonio — para cuja protecção o direito em geral existe. Ao acto delictuoso liga-se, como consequencia, um mal, que é a offensa de bens juridicos do delinquente. E', pois, neste ramo do direito que se apura a responsabilidade individual em face do Estado em toda a sua extensão e intensidade, de sorte que uma theoria do direito penal não é possivel, sem que se estabeleça o fundamento do direito de punir, as condições do seu exercicio, os requisitos da responsabilidade criminal, os fins, os generos e a medida da pena.

Não era natural, ou melhor, não era inevitavel que o criminalista, estabelecendo as bases do systema penal, se pronunciasse pró ou contra o livre arbitrio, attenta a associação tradicional entre esta idéa e a da responsabilidade moral? No direito civil a questão não tem a mesma importancia, porque ahi a pena occupa um logar inteiramente secundario, o que domina é o principio da reparação material do damno e aos civilistas não repugna admittir que a responsabilidade civil possa existir mesmo sem culpa (58).

Seja como for, certo é que para os criminalistas defensores do livre arbitrio o debate tomou um novo interesse, depois que, sob a influencia das sciencias naturaes, uma nova concepção do homem e do universo penetrou na philosophia dellas oriunda.

O transformismo e o evolucionismo excluiram a hypothese do *creacionismo*, e collocaram o homem, considerado

(57) Z., 4, 16, p. 582.

(58) Si se admittir porém, como deve-se admittir, que a obrigação de reparar o damno suppõe culpa, esta ultima idéa tem tanta importancia no direito civil quanto no criminal. Já assim era no direito romano, como demonstrou v. Ihering (*Das Schuldmoment im röm. Privatr.*)

simplesmente como o ultimo élo da cadeia dos seres vivos, nos quadros das especies zoologicas, privando-o das faculdades mysteriosas que na primeira metade deste seculo lhe eram attribuidas e que, por uma solução de continuidade, o separavam de todo o mundo animal. O livre arbitrio é a cidadela da concepção anthropocentrica e por isso os criminalistas que não se emanciparam completamente dessa concepção não podiam deixar de dar combate em defeza do livre arbitrio no terreno pratico do direito penal.

E' o que fazem os mais notaveis criminalistas da escola classica allemã: Birckmeyer, Berner, Meyer, Rümelin, Binding, Hälschner vêm abalado em seus fundamentos todo o edificio do direito penal com a queda do livre arbitrio e vibram em sua defesa as suas melhores armas.

Ao envez — Ferri nos adverte — « cardinale principio dell'ordine morale, che viene stabilito della nuova dottrina, é la negazione del libero arbitrio » (59). Com effeito, a nova doutrina é experimental, funda-se nos dados das sciencias positivas. Não ha sciencia sem experiencia, nem ha experiencia onde não impera a lei da causalidade. O determinismo é pois o primeiro postulado da escola positiva do direito penal.

A these deterministica está comprehendida nesta fórmula dada por Hobbes: *libertas non est volendi, sed quæ volumus faciendi.* Não temos a liberdade de querer, mas temos a liberdade de fazer o que queremos.

O indeterminismo, pelo contrario, affirma que o homem tem a faculdade de determinar-se sem motivo ou de escolher indifferentemente entre os motivos que o impellem a agir. A sua concepção não é psychologica, mas methaphysica: a vontade, isto é, uma idéa abstracta realisada como poder independente, vem a ser um *ens a se*, uma causa inicial sem causa, e portanto uma força que se desenvolve fora de todo nexo causal e de toda relatividade humana, o *absoluto* no infinitamente pequeno e no infinitamente condicionado!

A these deterministica é antes de tudo uma applicação aos actos voluntarios da lei da causalidade, a qual tem sido reconhecida valida em todo o universo até onde alcança a nossa experiencia. Si a regra na natureza é a uniformidade, della não se podem exceptuar as acções

(59) *La theoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio.*

humanas, sem a prova experimental de que taes acções não têm causas.

Ora, até o presente o exame psychologico dos actos voluntarios, longe de restringir, confirma a applicação da regra ao mundo moral. A analyse do phenomeno da volição feita pelos cultores da psychologia experimental, os Bains, as Wundts, as Ribots, mostra que a nossa vontade é a nossa actividade dirigida conscientemente para uma certa direcção, sob a influencia que os motivos exercem em um momento dado sobre o nosso eu. Si um só motivo nos solicita a agir na ausencia de todo motivo em contrario, a volição segue-se immediatamente; si concorrem diversos motivos que se contrabalançam, o conflicto cessa pelo predominio de um delles e esse determina a volição. «A hesitação que precede a volição, diz Wundt, mostra somente que em casos numerosos a vontade se acha sob a acção simultanea de muitas causas psychologicas que se esforçam por attrahil-a para diversas direcções; si essas causas não actuassem sobre a vontade, uma hesitação não se poderia produzir; e si a vontade cede finalmente a uma causa, isto prova que essa causa exerceu o effeito o mais energico» (60). «Varios motivos, confirma Bain — sejam prazeres ou dores presentes ou em perspectiva — concorrem para impellir-nos a agir; o resultado do conflicto mostra que um grupo de motivos é mais forte do que o outro, e eis ahi todo o facto da escolha» (61).

Donde se conclue com Stuart Mill que as nossas volições são effeitos moraes que seguem as suas causas moraes de um modo tão certo e invariavel quanto os effeitos psychicos seguem as suas causas physicas (62).

Sem essa lei da uniformidade o caracter individual seria inexplicavel; pois o caracter suppõe disposições, tendencias innatas ou adquiridas, um certo modo de pensar e de sentir e por consequencia a persistencia e a regularidade da influencia que os motivos exercem sobre esse conjuncto de causas psychologicas. O caracter é, como se tem dito, a personalidade psychica e moral do individuo. Cada qual pode predizer as suas acções, quando

---

(60) *Grundzüge der physiol. Psychologie*, vol. 2º, cap. 20, v.

(61) *Emotions and Will*, p. 488.

(62) O indeterminismo funda-se egualmente sobre a hypothese de uma creação ou destruição de força, e portanto tambem vae de encontro a uma outra lei universal, a da conservação e transformação das forças.

conhece o seu caracter, e nas relações sociaes é somente pelo conhecimento que temos do passado dos outros que podemos predizer a conducta alheia no futuro ou em um momento dado. « In pratice human conduct is assumed as uniform : free will a metaphysical puzzle» (Bain).

Não pareça fora de proposito lembrar aqui como esse *metaphysical puzzle* se introduzio na philosophia. Foi isto devido a preocupações religiosas: o livre arbitrio veio como solução de um problema theologico.

Dois pontos eram dados na theologia christã. Deus creou o homem e por isso o homem devia ser originariamente bom. Por outro lado não é menos certo — a redempção o suppõe — que o homem é por sua natureza máo. Ora, o mal não podia vir ao mundo por Deus seu creador. Não veio de fóra, porque fóra de Deus e do mundo nada ha. Logo só podia ter vindo pela creatura mesma. Mas como póde a creatura ser diversa do que foi feita pelo seu creador? E aqui está o ponto em que a liberdade metaphysica da vontade se apresenta como solução. Deus deu ao homem vontade livre, para que elle por si mesmo se decidisse pelo bem, pois não ha moralidade sem livre resolução, e o homem se decidio pelo mal; Adão peccou. Assim o mal veio ao mundo, não por Deus, mas pelo homem, postoque com o consentimento de Deus (63).

Não apuraremos si mesmo no ponto de vista theologico esta solução é satisfactoria e resolve a difficuldade; S. Agostinho, Luthero e tantos outros doutores em theologia entenderam que não pelo facto de seguirem o determinismo. Certo é porém que a difficuldade surge de outro lado. Como conciliaes o livre arbitrio com a presciencia divina? A conciliação é impossivel! « Tenons donc, recommenda Bossuet, ces deux vérités ( a presciencia divina e o livre arbitrio ) pour indubitables, sans en pouvoir jamais être déterminés par la peine que nous aurons à lesconcilier ensemble...» (64)

O indeterminismo apresenta-se sob duas formas. O indeterminismo absoluto é a liberdade de querer independentemente de todas as condições internas e externas, tendo o seu unico fundamento no poder da vontade. E' o

(63) Ver Paulsen, *System der Ethik*, 1.º vol., pag. 413.

(64) *Traité du libre arbitre.*

*liberum arbitrium indifferentiæ* dos cartesianos, que Fénélon tão bem expressa neste trecho frisante:

«Quand je veux une chose, je suis maître de ne la vouloir pas. Je sais que j'ai un vouloir à deux tranchants qui peut se tourner à son choix vers le oui ou le non. Je ne connais point d'autre raison de mon vouloir que mon vouloir même. Rien n'est tant en ma puissance que de vouloir ou de ne pas vouloir. Les objects peuvent me solliciter à les vouloir; les raisons de vouloir peuvent se présenter à moi avec ce qu'elles ont de plus vif et de plus touchant. Le premier être (Dieu) peut aussi m'attirer par ses plus persuasives inspirations, je demeure le maître de ma volonté pour vouloir ou ne vouloir pas» (65).

Este poder mysterioso, que «vem do nada, que não têm começo, que não segue regras, que não attende a tempo ou a occasião,» poder absoluto e caprichoso que, si existisse, introduziria o cahos e a anarchia na vida individual como na vida social, tornaria impossivel a estatistica moral como a historia das nações, está em diametral opposição aos factos, é muito repugnante para ser admittido. Kant, Schelling, Schopenhauer o relegaram para o mundo dos *noumenons*, das *cousas em si*, ao passo que no mundo dos phenomenos a vontade é determinada, opera segundo as leis do seu ser. *Operari seguitur esse.*

Pode-se considerar de facto abandonado o indeterminismo absoluto pelos criminalistas defensores do livre arbitro; o que elles seguem é um indeterminismo *relativo*, attenuado e por assim dizer eccletico.

Eis como Birkmeyer nos explica essa forma attenuada do indeterminismo: «a actividade oriunda da livre vontade não soffre causa, da qual ella mesma proceda, mas *soffre condições, sem cuja existencia ella não se produziria...* Essas condições são sempre produzidas em nós por outras forças, e tambem podem sel-o por outros homens (instigação). Em *causas da vontade*, isto é, em motivos, ellas só se podem converter por nós mesmos, pela propria força da nossa vontade. *Só a vontade pode ser causa de si mesma* (*verursachen kann den Willen nur er selbst*)» (66).

---

(65) *Sur l'existence de Dieu*, citado por L. Traeger.

(66) *Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, Gerichtssaal, v, 37.

Por outros termos, não são os motivos que determinam a vontade a agir, mas é a vontade que se determina a si mesma em vista dos motivos. E' o mesmo pensamento de Reid, quando diz que a determinação é acto do homem e não dos motivos.

Basta o seguinte dilemma para mostrar quando essa concepção é falsa. A vontade, decidindo-se pelo motivo A ou pelo motivo B, ou fal-o por algum motivo ou fal-o sem motivo algum. No primeiro caso, cahimos no determinismo ; no segundo caso, cahimos no indeterminismo absoluto, no *liberum arbitrium indifferentiæ*.

Na verdade entre o determinismo e o indeterminismo não pode haver compromisso ou meio termo, como não o pode haver entre a verdade e o erro, o ser e o não ser. Traeger assignala por esta imagem a insignificante differença entre as duas formas apparentes do indeterminismo :

« Segundo o indeterminismo absoluto, a vontade seria egual a uma balança, cujas conchas vasias poderiam por si mesmas subir ou descer. Segundo o indeterminismo relativo, as conchas estariam na verdade carregadas de idéas e sentimentos, mas a balança teria em si mesma a força de elevar a concha mais pezada e de abaixar a menos pezada. Uma cousa tão inconcebivel quanto a outra! » (67)

Entretanto o indeterminismo suppõe ter a seu favor uma prova que dispensa todas as outras, — o testemunho da nossa consciencia, o sentimento da nossa liberdade.

« Não ha facto mais certo do que este, diz Rümelin, temos o sentimento da nossa liberdade de escolha e cremos ser livres. Nem durante o acto nem depois delle temos a sensação de uma necessidade... Tambem o determinista vê-se forçado a reconhecer o facto e não sabe como tirar-se da difficuldade senão explicando esse sentimento por uma illusão» (68).

Certo, não podemos recusar o testemunho da nossa consciencia sem destruir a base de toda certeza. Mas será verdade que a consciencia nos dê o seu testemunho de podermos no mesmo momento formar volições diversas? Não ! Nisto é que está a illusão...

A consciencia nos diz o que nós pensamos, sentimos e queremos ; nos dá noticia do que se passa actualmente em nós, annuncia um estado do animo, mas não as causas

(67) *Wille, Determinismus, Strafe*, pag. 67.
(68) *Reden und Aufsätze*, 1881.

que o determinaram nem pode prophetisar o que queiriamos, si em um momento dado não tivessemos tomado a resolução que tomámos. Esta supposição é uma inferencia que tiramos da diversidade das nossas volições. Como podemos aborrecer hoje o que hontem desejavamos ou vice-versa; como muitas vezes temos mudado de resolução, concluimos que em um momento dado podemos querer cousa diversa do que quizemos. Essa inferencia pode ser verdadeira ou falsa, mas não é um testemunho da nossa consciencia.

Ora, essa inferencia é falsa, pois si no mesmo momento pudessemos querer o que não quizemos, poderiamos querer, como pondera Schopenhauer, cousas entre si contrarias, o sim e o não simultaneamente.

O sentimento da liberdade, para o qual appellaes, é o do commum dos homens que nunca o submetteram a uma analyse. Perguntae a qualquer pessoa do povo si se sente livre, responderá: certamente o sou, pois que posso ir para a direita ou para a esquerda, sentar-me ou estar em pé, conforme fôr a minha vontade. Essa liberdade de fazer o que se quer, o determinista não a contesta, antes a affirma. Si o sentimento da liberdade da pessoa interrogada vae mais longe, si ella pensa que no mesmo momento pode tomar resoluções diversas, é sómente por aquella inferencia, cujo absurdo fica demonstrado. Esse sentimento confuso, não analysado da liberdade de querer nenhum apoio traz á hypothese do indeterminismo.

Não nos sentimos necessitados a querer o que quizemos! Como poderiamos sentir-nos necessitados, si os motivos não são forças estranhas, vindas de fora, mas forças psychicas que se desenvolvem no nosso intimo, fazem parte dos nossos estados de consciencia, de modo que o mesmo eu é o objecto do impulso e o sujeito da volição? Podemos ter, é certo, consciencia da hesitação da nossa vontade em razão do conflicto de motivos, conflicto muitas vezes prolongado, angustioso, dilacerante. Desde que o conflicto cessa pelo predominio de um grupo de motivos, a volição vem necessariamente como uma resultante ([69]), e não pudemos ter o sentimento dessa necessidade, pois que ella é determinada pelas leis internas do nosso proprio ser, e não por uma *coacção externa* ([70]).

---

([69]) « Le *je veux* constate une situation, mais ne la constitue pas ». Ribot, *Les maladies de la volonté.*

([70]) Tambem não temos o sentimento da necessidade das nossas leis mentaes. « O nosso pensamento nos parece livre, diz Wundt, não

A falta do sentimento da determinação da nossa vontade é tanto menos probante quanto o menino, o louco, o hallucinado estão tambem convencidos de falar e tratar com plena liberdade; o individuo que em estado de vigilia obedece á suggestão recebida durante o somno hypnotico suppõe agir espontaneamente e explica o seu acto por motivos que nada têm de commum com a causa real e inconsciente. «D'ahi, diz Maudsley, pode-se tirar a notavel conclusão de que os homens consideram-se tanto mais livres quanto mais escravos são... Ninguem se considera mais livre do que o louco. Donde vem esta falsa supposição? Vem de que a consciencia sómente revela a situação momentanea do animo, e não a longa serie de causas de que ella depende».

Por ultimo o indeterminismo pleitea com pouca dignidade a sua causa, lançando contra a doutrina contraria a pecha de fatalismo. «Segundo as premissas do determinismo, exclama Binding, não ha delicto porque não ha mais transgressão da lei! Tudo o que acontece é pelo contrario egualmente necessario, portanto egualmente regular, portanto indifferente. Tudo é invariavelmente dominado pela vontade de Deus ou pela lei da causalidade: aquella vontade e esta lei excluem tôda possibilidade de uma transgressão; pois a lei do Estado só pode ser effectiva pela vontade divina ou pela lei da causalidade; é uma supposição absurda que o homem tenha a capacidade de subtrahir-se a estes dois dominadores e de obedecer á norma!...» ([11]).

Esta tirada mostra o completo desconhecimento da doutrina que se impugna, aliás luminosamente defendida sob este ponto de vista, como sob todos os outros, por Stuart Mill na sua polemica contra Hamilton.

Elle fez ver que o determinismo nada tem de commum com o fatalismo nem na sua fórma pura, o asiatico, o de Œdipo obrigado a agir contra a sua vontade em virtude de um poder superior ou um destino abstracto, como fora predestinado a fazel-o, nem na sua fórma attenuada,

---

porque não siga lei alguma, mas porque é determinado por essas especies de leis que residem dentro de nós. Entretanto essas leis são precisamente as mais obrigatorias que existem para nós, e dellas sahio a idéa de causalidade, segundo a qual consideramos como completamente determinado o curso da natureza exterior». *Grundzüge der physiol. Psychologie*, 2º vol., cap. 20, 2.

([11]) *Normen*, vol. 2º, p. 32.

segundo a qual somos responsaveis do nosso caracter e em vão o tentariamos mudar.

« A verdadeira doutrina da causação das acções humanas sustenta, em contrario a estes dois systemas, que não sómente a nossa conducta, mas o nosso caracter depende em parte da nossa vontade; que, empregando os meios convenientes, podemos aperfeiçoar o nosso caracter, e que si este é tal que, permanecendo o que é, nos necessita ao mal, será justo pôr por obra motivos que nos necessitarão a fazer esforços para aperfeiçoarmol-o e nos libertarmos assim da outra necessidade: por outros termos, *somos moralmente obrigados a trabalhar pelo aperfeiçoamento do nosso caracter* » ([72]).

Assim como educa-se o corpo, educa-se o espirito. O homem póde ordenar a sua vida segundo fins ideaes, subordinando os seus appetites aos sentimentos superiores e os mais elevados do seu ser; para isto, basta saber utilisar-se da lei da causalidade, como d'ella se utilisa para a prosecução de um fim qualquer, mediante emprego dos meios adequados. O habito póde dar-lhe uma segunda natureza.

Não mostra a historia da genese da consciencia moral que ella se formou por um processo de accentuado caracter deterministico?

E si assim é, fica assignalada a differença essencial entre o determinismo, que apenas affirma ser a vontade determinavel por motivos, e o fatalismo que exclue toda resistencia ou reacção contra as influencias a que obedecem as acções humanas.

O indeterminismo está muito mais perto do fatalismo do que a doutrina da causação. Si tivessemos recebido o dom fatal do livre arbitrio, embalde fortaleceriamos os bons motivos e enfraqueceriamos os máos; no momento decisivo, no acto de formarmos a nossa volição, surgiria do nada o livre arbitrio, como um poder impessoal e soberano, para impellir-nos caprichosa ou indifferentemente, sem causa, sem motivo, em sentido opposto á lei do dever. « Seriamos levados, exclama Bain, por um poder, ao qual não poderiamos tomar contas, que não saberiamos como conciliar ou moderar; fado inexcrustavel que realisaria resultados peiores dos que jámais foram attribuidos ás mais rigorosas doutrinas do determinista ou do

([72]) *La Philosophie de Hamilton*, p. 571.

fatalista» ([73]). Não poder-se hia então comparar o homem a um barco lançado ás ondas sem piloto, sem leme e sem roteiro?

Não é pois sobre a duvidosa base de uma liberdade metaphysica que se ha de assentar a theoria da culpa e da responsabilidade criminal; a base procurada só póde ser encontrada na capacidade que o homem tem de resolver-se autonomicamente por motivos. Culpado é todo aquelle e sómente aquelle que pratica um acto injusto voluntariamente, prevendo ou podendo e devendo prever o resultado, supposto o jogo regular de suas funcções psychicas. A idéa de culpa só envolve as de voluntariedade e previsão e não a de livre arbitrio ([74]).

Completando a enunciação de suas idéas sobre os pontos capitaes da philosophia do direito penal, diz com razão o autor do Tratado:

«Comquanto a disputa philosophica sobre uma liberdade psychologica que fica além dos limites da experiencia, tão pouco possa abalar as bases do direito penal, quanto as de qualquer outro ramo do direito, qualquer que deva ser a solução da controversia, é, todavia, certo que só a theoria da culpa que assenta sobre a intuição rigorosamente determinista póde, de um lado, assegurar á legislação penal uma estabilidade inabalavel e um desenvolvimento tranquillo e, de outro lado, impedir que idéas confusas, tomadas já ao direito e já á moral, lancem a obscuridade na sciencia. Emquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possue o homem

---

([73]) *The Emotions and the Will*, p. 500.

([74]) Só o acto voluntario é que decorre do nosso ser, revela a nossa natureza intima e dá a medida de nossa moralidade, por isso que *a vontade se determina por motivos*. Consequentemente o acto do ser racional e sensivel, que é *causa voluntaria* de um resultado injusto, é culposo e só tal acto póde sel-o. Ao envez, os actos de um ser dotado de livre arbitrio, ou, o que vem a ser o mesmo, indifferente, não teriam valor moral. «E' impossivel comprehender, confessava Hamilton, como uma causa não determinada por um motivo, póde ser racional, moral e responsavel.» Si se aprofundar a idéa da culpa, segundo o indeterminismo, que em ultima analyse é a doutrina do *casualismo*, ver-se-ha quanto é falsa a ligação de idéas entre o livre arbitrio e a responsabilidade moral, aliás aceita por muitos d'entre os positivistas e entre nós pelo Dr. João Vieira no seu commentario ao Cod. Crim. Brazileiro, 1889.

Ver a excellente monographia do Dr. Traeger, *Wille, Determinismus, Strafe*, Berlim, 1895.

normal não puder ser contestada, a possibilidade de determinar o delinquente por meio da pena ficará subtrahida ao conflicto das opiniões, a responsabilidade pelo resultado, a culpa, terá uma base firme e inatacavel e o direito penal desenvincilhar-se-ha da idéa de retribuição que, sem a hypothese do livre arbitrio, não póde mais subsistir, pois cae com o «deves, logo podes».

Rio de Janeiro, Dezembro, 1898.

J. H. D. P.

# INTRODUCÇÃO

## § 1.º — Conceito do direito penal e objecto do tratado

I. — O *direito penal* é o conjuncto das prescripções emanadas do Estado que ligam ao crime como facto a pena como consequencia (1).

Como facto peculiar ao direito penal, o *crime* constitue uma especie particular do injusto (delicto), isto é, da acção culposa e illegal (§ 25); e como

(1) Direito penal no sentido objectivo, tambem chamado *direito criminal*. Neste sentido Engelhard empregou pela primeira vez a expressão *direito penal* em 1756; cons. Franck, *Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie*, 1887, p. 22. No sentido subjectivo direito penal quer dizer *direito de punir*, *jus puniendi*. Cumpre notar que de um direito penal do Estado no sentido subjectivo só se pode falar sob o presupposto de que o poder de punir do Estado, em si illimitado e isento da tutela do direito, impoz-se prudente limitação com determinar a condição e o objecto do seu exercicio (o crime e a pena). Assim como, em geral, «o direito é a politica do poder» (von Ihering, *Zweck im Recht*, 1.º, p. 249 da 2.ª ed.), o direito publico de punir é o poder publico de punir *juridicamente limitado*. Ora essa limitação é dada pelo direito penal no sentido objectivo; e pois trata-se apenas de dois aspectos da mesma idéa — o direito penal no sentido objectivo e no sentido subjectivo significa em ultima analyse a mesma cousa.

effeito especial ao direito penal, a *pena* distingue-se dos outros effeitos juridicos do injusto em ser um mal que o Estado inflige ao culpado (§ 58). O crime e a pena são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito penal.

D'ahi resulta que este é o objecto immediato do direito penal: tratar com methodo technico-juridico, baseando-se na legislação, os crimes e as penas como generalisações ideaes; desenvolver, elevando-se até aos principios fundamentaes e ás idéas ultimas, as disposições da lei de modo a formar um systema completo; expor na parte geral do systema a idéa do crime e a da pena em geral, e na parte especial os crimes e as penas que contra elles a lei tem comminado.

Como sciencia eminentemente *pratica*, a trabalhar incessantemente a bem das necessidades da administração da justiça e della recebendo sempre a força que vivifica, o direito penal é, e deve ser, a sciencia propriamente *systematica*; pois sómente a disposição dos conhecimentos em systema torna possivel sujeitar ao imperio dos principios todas as particularidades, e sem esse prompto e seguro imperio a applicação do direito, abandonada ao arbitrio, ao azar, não passará de mero « dilettantismo ».

O presente tratado limitar-se-ha a expor o *direito penal que vigora no Imperio da Allemanha*. Em regra não tomará em consideração o direito penal dos Estados que fazem parte da Federação allemã, nem o direito penal dos paizes estrangeiros. Com a *historia do direito penal* occupar-se-ha somente quanto fôr necessario para a intelligencia do direito vigente no seu desenvolvimento como direito historico. O primeiro capitulo da Introducção será consagrado á exposição historica.

II. — O reconhecimento de que a pena é um dos *meios á disposição do Estado na luta contra o crime*

nos leva além dos limites do direito vigente, e suscita a questão do fundamento juridico e dos fins do poder de punir que ao Estado pertence, bem como a da origem e natureza do crime. A solução scientifica de taes questões é objecto da *Politica Criminal*. A esta sciencia incumbe dar-nos o criterio para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos tambem a entender o direito á luz de considerações tiradas dos fins a que elle se dirige e a applical-o em casos singulares de conformidade com esses fins. Por isso mesmo os principios directores da Politica Criminal não podem, bem como a historia do direito penal, fazer objecto d'este tratado, mas, como a historia, devem ser reservados para a Introducção, cujo segundo capitulo dedicaremos a esta materia.

III. — A doutrina concernente ás fontes do direito penal e á efficacia da lei penal assenta no essencial sobre principios que não pertencem ao direito penal, mas ao direito publico e ao internacional. Não entra pois no systema do direito penal e deve ser tambem incluida na respectiva introducção. Das fontes e da efficacia do direito penal tratará o terceiro capitulo da Introducção (2).

## Capitulo I

### *Historia do direito penal*

Litteratura. Falta uma historia completa do direito penal. A melhor continua a ser o tratado de Geib; accrescente-se o tratado de v. Bar, 1º vol. Preciosas

(2) A doutrina em questão tem sido ás mais das vezes tratada como parte do systema. Assim fazem Binding, Geyer, Merkel, Meyer, Birkmeyer, van Hamel e outros.

contribuições offerece Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, 1º, 1889, 2º, 1891; Pertile, *Storia del diritto penale*, 1892 (Z, 14º, p. 236).—São interessantes os estudos de v. Löning (Z, 2, p. 134, 3, p. 471, 5, p. 187, 534, 7, p. 650), e v. Günther (Z, 11º, p. 126, 12º, p. 594, 14º, p. 100.)

## § 2. — Introducção á historia geral

LITTERATURA. v. Liszt, Z, 3, p. 1ª. Merkel, p. 199. — Merkel, *Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker*, 1889. Löning, *Ueber die Begründung des Strafrechts*, 1889. Liepmann, *Die Entstehung des Schuldbegriffs* (diss., 1891). — Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis*, 1880, 1881. O mesmo, *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, «Guia para a construcção de uma sciencia geral do direito sobre base sociologica», 1884. O mesmo, *Ueber die Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, 1891 (ahi encontram-se á pag, 93, nota 1ª, indicações litterarias). O mesmo, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1º, 1894. — Numerosas monographias de Köhler, Bernhöft e outros na «*Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*». — Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 1888. Leist, *Gräko-italische Rechtsgeschichte*, 1884. O mesmo, *Alt-arisches Jus gentium* 1889. Schrader, *Sprachvergleichung und Urgeschichte*, 2ª ed., 1890 (frequentemente contra Leist). — Miklosich, *Die Blutrache bei den Slaven*, 1887. Wesnitsch, *Die Blutrache bei den Südslaven*; Revista da sciencia do direito comparado, vol. 8º e 9º. — Foinitzky, *Die Lehre von der Strafe*, 1889 (Z, 10º, p. 447). — Cons. Günther, Z, 12º, p. 594.

I. — A historia do desenvolvimento da pena entre os povos os mais diversos apresenta traços communs. O estudo comparado é pois adequado a preencher as lacunas e a aclarar as obscuridades da historia do direito de um povo dado.

Além d'isto, como mostra-nos o caminho que em toda parte e em todos os tempos a pena se-

guira em sua evolução, poderá indicar-nos tambem a direcção em que é dado esperar no futuro uma reforma efficaz da legislação penal, e dest'arte ser o guia e o conselheiro de uma politica criminal, que tenha consciencia do seu fim e saiba ao mesmo tempo prender-se prudente e avisadamente ao passado.

II. — Ensina-nos o direito comparado que o ponto de partida da historia da pena coincide com o ponto de partida da historia da humanidade. Em todas as epochas ainda as mais remotas, accessiveis á indagação historica, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esphera do poder e da vontade do individuo, que perturbou e porque perturbou a esphera do poder e da vontade de outrem. Podemos pois assignalar a pena como um facto historico primitivo, e não erraremos, si virmos justamente no direito penal a primeira e a mais velha camada da historia da evolução do direito, e considerarmos o injusto como a alavanca tanto do direito como da moral.

Nas sociedades de *estructura familial* que precederam a fundação do Estado (communidades que têm o sangue por base) [a] encontramos duas especies de pena, ambas egualmente primitivas [1]: 1.° a punição do *membro da tribu* que na sua inti-

---

[1] Cons. tambem Kulischer, *Der Dualismus der Ethik bei den primitiven Völkern.* Revista de Ethnologia, 1885, p. 205.

[a] O autor e os sociologos allemães empregam as expressões *Stammesverbände* e *Geschlechtsverbände* para designar os aggregados sociaes (horda, *gens*, tribu), cuja base é, como diz Post, biologica, isto é, aggregados que repousam sobre a communidade do sangue e as relações de parentesco, e que se contrapoem ao *Estado* considerado como sociedade politica sobre base territorial. N. do trad.

midade se fez culpado para com ella ou para com os companheiros; 2º a punição do *estranho* que veio de fora invadir o circulo do poder e da vontade da sociedade ou de algum dos seus membros. No primeiro caso a pena nos apparece principalmente como *privação da paz social* sob todas as suas diversas formas, como proscripção (b).

No segundo caso apparece-nos principalmente como luta contra o estrangeiro e toda a sua raça, como vindicta ou *vingança do sangue (blutrache)*, exercida de tribu á tribu até que succumba uma

---

(b) Segundo o antigo direito germanico e especialmente segundo o antigo direito scandinavo, onde encontra-se a *privação da paz* largamente applicada, o proscripto é eliminado da communhão da paz e do direito. A ordem juridica não existe para elle. E' o *ex lex*, o *utlah* do direito saxonio, o *exul et profugus* da lei salica. Si a *faida (fehde)* é a inimisade da parentela autorizada a exercer a vindicta, a privação da paz é a inimisade de todo o povo. Cada um não só pode como deve perseguil-o. Si o matam, o matador fica a salvo de multa. Quem o mata, obra em nome e no interesse da collectividade, cuja vontade executa. Ninguem pode abrigal-o, alimental-o, soccorrel-o. Este preceito prevalecia tambem em relação á mulher e aos parentes. A privação da paz dissolvia tanto o parentesco como o vinculo conjugal. A mulher tornava-se viuva, os filhos eram considerados como orphãos. A pena não affectava sómente a pessoa, mas tambem o patrimonio. Os bens do proscripto eram confiscados em proveito do rei ou da collectividade, ou repartidos entre ambos. O proscripto não podia «habitare inter homines». Para escapar á morte devia fugir, si lhe era dado fugir. Tinha por patria a floresta; é o *waldgänger*, o «homo qui per silvas vadit». A expressão commum com que o designavam era *vare*, *warg*, *wargus*, o que significa *würger*, o lobo. O proscripto «gerit caput lupinum». Com isto queria-se significar que, como o lobo, elle era o inimigo de todos e podia ser impunemente morto por qualquer (ver Brunner, 1.º, 166). — Nos foraes portuguezes dos seculos 12 e 13 encontram-se vestigios da pena da proscripção. A crendice do *lobis-homem* vulgarisada no baixo povo lembra o *wargus* comparado ao lobo nocturno. T. Braga, *Foraes*, p. 52. N. do trad.

das partes contendoras ou a luta cesse por esgotamento das forças de ambas. Em um e outro caso a pena revela traços accentuadamente religiosos (caracter sacro); como a paz está sob a protecção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino.

Tambem em um como em outro caso a pena apresenta-se, desde as primeiras phases do seu desenvolvimento, como uma reacção que, comquanto não seja claramente consciente nem claramente querida, é todavia exercida de facto em nome do direito e da paz contra a offensa dos seus interesses; é *reacção social contra acções anti-sociaes*, ou, segundo a expressão de Merkel, « manifestação do poder *social* a bem da propria conservação *social* ».

Carece consequentemente de fundamento a opinião muito generalisada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instincto da conservação individual, que se manifesta como instincto de vingança. A privação da paz social, a vindicta não é simples reacção do individuo, mas *reacção do aggregado social* como ordem da paz e do direito; e as acções, contra as quaes a reacção se dirige, constituem sempre, directa ou indirectamente, uma *offensa aos interesses communs do grupo*, uma perturbação da paz, uma violação do direito (2).

---

(2) Cremos poder dizer que esta asserção é a expressão de um facto scientificamente verificado. Duvidosa é porém a explicação do facto. A pena só pode ser acto de um ou de varios individuos. Como explica-se que esse acto individual e instinctivo, sem que o individuo saiba e queira, proteja interesses communs, tenha caracter social? Encontramos a explicação na supposição de que, nesta parte como em outras (pense-se na reproducção), o instincto individual está inconscientemente ao serviço da conservação da especie. Si esta explicação porém não é satisfactoria, a sua insufficiencia em nada prejudica a verdade daquella asserção.

III. — O desenvolvimento subsequente da pena assignala-se pela *moderação* da reacção a principio desmedida e destituida de fim, instinctivamente impetuosa. A privação da paz social attenua-se pela conversão em pena de morte e em penas de mutilação, em banimento perpetuo ou temporario e em toda sorte de penas sobre os bens; guarda-se ao perturbador da paz e a seus parentes, apezar da violação do direito, a paz juridica em troca de uma prestação mais ou menos valiosa á collectividade. A vindicta, que accendia a luta entre as familias, é abolida; a reconciliação, tendo por base o preço do resgate, que deve ser pago á familia offendida, é a principio facultada, e depois torna-se obrigatoria.

Não faltam casos de retrogradação. Mas o desenvolvimento recebe um forte impulso do poder publico que, avigorando-se e elevando-se acima dos grupos familiares, retira ao offendido o exercicio da pena para confial-o a juizes imparciaes que examinem calmamente os factos. A gravidade da pena que o Estado inflige determina-se differentemente em correspondencia com as diversas violações do direito; o preço do resgate a pagar (*compositio*, de *componere*, contribuir) é uma vez por todos fixado entre os membros da collectividade e graduado conforme a gravidade da lesão; a idéa religiosa do talião dá medida e fim ao instincto de vingança.

Assim o *poder repressivo* do Estado, que considerado em si é illimitado, transforma-se em *direito publico de punir* (§ 1.°, nota 1.ª). A *lei penal* não só determina o objecto e a extensão da *pena*, senão tambem os requisitos de sua applicação com circumscrever a idéa do *crime* : o arbitrio é excluido, o caso concreto cae sob o imperio de regras fixas e obrigatorias.

IV. — Resta ainda dar um passo. Reconhece-se que a pena corresponde tambem á *idéa finalistica*,

força productora do direito, e com esse reconhecimento torna-se possivel utilizar os variados effeitos da comminação e execução da pena para a protecção dos interesses da vida humana. Comquanto a reminiscencia do passado da pena não se tenha de todo esvaecido, e ainda hoje o instincto de vingança possa reclamar, como inspiração sua, a theoria da justiça reparadora, vae-se, todavia, incessantemente operando na historia da pena a transformação que já o desenvolvimento do individuo nos fizera conhecida: a acção instinctiva e desregrada, inconscientemente util, converte-se em acto *voluntario*, determinado e moderado pela idéa do fim. Uma politica criminal serena e conscia do fim a que se dirige é a ineluctavel exigencia que resulta para nós da historia do desenvolvimento da pena.

## § 3.° — O direito penal dos Romanos (1)

LITTERATURA. Tambem falta-nos uma historia geral satisfactoria. Platner, *Quaestiones de jure criminum romano*, 1842; Rein, *Das Kriminalrecht der Römer*, 1844; Zumpt, *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, 1865 e seg.; Mommsen, *Staatsrecht*, 3ª ed., 1º, 2º, 3º; Pernice, *M. Antistius Labeo*, 2º v., 1878; v. Ihering, *Geist des röm. Rechts;* Voigt, *Die 12 Tafeln*, 2º v., 1883; Leist, *Gräko-italische Rechtsgeschichte*, 1884; Bernhöft, *Staat und Recht der römischen Königszeit*, 1882; Brunnenmeister, *Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht*, 1887, e tambem Löning, Z. 7º, 657 e 696. — Os tratados sobre a historia do direito romano.

(1) O direito penal grego não pode ser tomado em consideração neste logar. Sobre as mais recentes investigações ver as noticias bibliographicas da Z.

## Capitulo I

*O periodo que se extende até o 7.º seculo da cidade*

A particularidade que mais assignala o antiquissimo direito penal dos Romanos no tempo das suppostas leis reaes é a firmesa com que o crime é considerado como attentado contra a ordem juridica estabelecida e guardada pelo Estado, e a pena como reacção do Estado contra o crime.

Essa firmesa é estranha aos demais direitos indo-germanicos nas phases iniciaes do seu desenvolvimento.

Não faltam, na verdade, numerosos e importantes vestigios de uma concepção religiosa do direito penal, que se notam na *expiatio* e *execratio capitis* com a *consecratio bonorum*, como reconciliação da divindade com o peccador contricto, e como expulsão do impio da communhão religiosa. Eguaes indicios encontram-se nas sevicias exercidas sobre os paes pelos filhos, na *fraus* commettida nas relações entre o patrono e os clientes, no arrancamento do marco, na omissão da operação cesariana, na morte do boi de lavoura, e mais tarde ainda na violação das *leges sacratæ* e das pessoas sacrosantas.

Tambem o sacrificio em razão de homicidio involuntario tinha caracter religioso. Mas ia-se operando incessantemente a separação do *jus* e do *fas*, e com essa separação triumphou a pena civil imposta pelo Estado.

A concepção do crime e da pena, como direito privado — concepção peculiar ás sociedades de caracter familial — manifesta-se em um circulo tambem limitado; mas por isso mesmo manteve-se com maior tenacidade e desenvolveu-se até os ultimos seculos

do direito penal romano. Nós a encontramos no direito reconhecido ao offendido de matar o ladrão nocturno e o adultero apanhado em flagrante, no pacto de reconciliação que nos apparece isolado (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio est*,— Festus), nas multas precisamente tarifadas por os *fractum aut collisum* e outras injurias (multas substituidas posteriormente pela *æstimatoria actio injuriarum*), e principalmente, — quanto aos numerosos delictos particulares — na acção penal de direito civil tendente á obtenção do duplo, triplo, quadruplo do damno causado; acção que, na verdade, tem em toda parte substituido o pacto extrajudicial da reconciliação (ποινή, *poena* (2), equivalente a preço do resgate).

Os crimes contra os bens da collectividade ou do individuo agrupam-se em torno de duas figuras criminaes : a *perduellio* e o *parricidium* A *perduellio*, a guerra vil e perversa, a guerra contra a propria patria, ou, segundo a expressão moderna, a traição contra o paiz, serve de ponto de partida ao desenvolvimento dos crimes politicos. Ao *parricidium* (3), á morte dada ao concidadão (pretendida lei de Numa *apud* Festus: *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto*) prende-se o grande grupo dos crimes communs. Considerado o homicidio como offensa á ordem juridica do Estado, a sua punição não foi abandonada ao arbitrio dos parentes do offendido, e nisto é que está a mais notavel distincção entre a intuição romana e a germanica. Além da

(2) O vocabulo *poena* liga-se pela raiz indo-germanica *tschi* (procurar, receiar, vingar) ao grego τίνομαι, vingar-se (pelo sangue ou aceitação do preço do resgate), τίσις, multa, pena. Cons. Leist, 298, nota 1.ª; Günther, 1º, 6; Schrader, 579.

(3) De πηός, *gentilis*. Ver Schrader, p. 579.

*perduellio* e do *parricidium*, encontramos comminada a pena publica contra o crime de incendio, o falso testemunho, o suborno do juiz, a satira injuriosa (*occentare et carmen condere, quod infamiam faceret flagitiumve alteri*), o *furtum manifestum*, as assembléas nocturnas e o sortilegio (*alienos fructus excantare, alienam segetem pellicere*).

Não é sómente pelo numero e pela importancia dos crimes pertencentes a esta categoria que sobresae a concepção politica do direito penal; o mesmo pensamento transluz, de um lado, na severidade das penas decretadas contra o crime (a pena de morte predomina), e, de outro lado, na fórma do processo penal, que não tem ainda, como terá em epocha posterior, o caracter de acção privada.

Com as doze taboas parece ter-se esgotado esse espirito de austera firmesa da legislação penal. As antigas disposições penaes não foram augmentadas, e até algumas, como a morte irrogada á testemunha falsa, cahiram em esquecimento. D'entre os crimes particulares só o damno real recebeu da lei Aquilia uma importante e minuciosa regulamentação. O movimento do tempo, que tendia a limitar a administração da justiça pelo magistrado, não é favoravel aos progressos do direito penal. Ao patrio poder e ás notas censorias tocava velar pela manutenção da disciplina e dos bons costumes. A pena de morte e as penas corporaes graves foram reduzidas ou abolidas; o banimento, como *aquæ et ignis interdictio* conjunctamente com a perda dos direitos civicos, veio a ser regularmente a consequencia legal do crime. A administração da justiça penal tomou um colorido accentuadamente *politico*.

## Capitulo II

### *O periodo do processo perante as commissões*

Mas esse caracter eminentemente politico é que havia de dar origem ao renascimento do direito penal. Pelos annos 606 da cidade operou-se uma innovação a principio pouco apparente, mas fecunda em resultados. Até então as acções dos provincianos contra os governadores em materia *repetundæ pecuniæ* eram julgadas pelo tribunal senatorial dos recuperadores. Naquella data a *lex Calpurnia de repetundis* criou uma commissão permanente do senado que, sob a presidencia de um pretor, tomasse conhecimento das acções d'esta natureza. Tal foi a primeira *quæstio perpetua.*

Cedo comprehenderam os chefes do partido popular a importancia da nova instituição, como arma a empregar na luta contra a ordem dominante. A lei Sempronia transferio para os cavalleiros a judicatura no processo perante as commissões e lhes conferio não so a attribuição de decidir sobre a restituição do extorquido, senão tambem a de impor as penas, inclusive a de banimento. Dest'arte o processo perante as commissões *converteu-se em processo criminal.* Nos decennios seguintes numerosas leis occuparam-se com a materia, regulando o processo e extendendo-o a outros crimes. Mas foram sempre os crimes da *ordem senatorial dominante* — portanto os crimes de summa importancia politica — que fizeram objecto do novo processo; os crimes communs ficaram, como d'antes, fóra de sua competencia.

De 672 a 674 operou-se a *reforma penal de Sylla.* O processo perante as commissões, até então utilisado como arma politica pela paixão partidaria, servio de base á reorganisação do direito penal ro-

mano. Pelas *leges Corneliæ* (*de sicariis, testamentaria-nummaria, de magestate* e outras), Sylla augmentou o numero das commissões que então existiam, restituio a jurisdicção aos senadores e *extendeu tambem o processo aos crimes communs*, cujas circumstancias constitutivas foram minuciosamente fixadas. As *leges Juliæ* de Cesar e de Augusto levaram a uma conclusão provisoria esse desenvolvimento, em virtude do qual ficou lançada uma das duas bases, sobre que assentaria o futuro direito penal commum da Allemanha (a).

Assim ao lado dos *delictos privados* (muito desenvolvidos justamente nesse periodo pelos edictos dos pretores), cuja prosecução tocava ao offendido mediante uma acção penal que devia ser intentada perante os tribunaes civis, tendo por fim a imposição de uma pena pecuniaria, veio figurar o novo grupo dos *crimina publica* (*legitima, ordinaria*). Estes são qualificados por leis especiaes, que, em relação a cada um delles, definem o facto delictuoso e estabelecem a *pœna legitima* a applicar (a *interdictio* ás mais das vezes), regulam o processo e incumbem o julgamento a uma das commissões já existentes ou que seria criada. A accusação compete a qualquer do povo. O dolo é elemento essencial, a tentativa e a cumplicidade são (regularmente) puniveis e soffrem as mesmas penas da autoria e do crime consumado. Os juizes têm de responder si o accusado é ou não culpado; na apreciação do caso occorrente não é possivel fazerem-se distincções.

Ao grupo dos *crimina publica* pertencem: os crimes de responsabilidade — foram elles que deram occasião a todo esse desenvolvimento — a saber, a extorsão (*crimen repetundarum*), o emprego de meios illicitos para a obtenção de cargos publicos (*am-*

(a) A outra base, a que o autor allude, é a Carolina. N. do trad.

*bitus et crimen sodaliciorum*), o furto e o desvio commettidos por funccionario publico (*crimen peculatus et de residuis*), e outros, como a alta traição ou crime de lesa-magestade (*o crimen magestatis* que pouco a pouco substituio a antiga *perduellio*), a perturbação da tranquillidade publica pelo emprego de violencias (*vis publica et privata* com predominante côr politica), o rapto de homem (*plagium*), o crime de falsidade (*falsum*), o homicidio doloso (*crimen sicariorum et veneficorum*), o *parricidium* no sentido de morte dada ao parente, a offensa physica e a violação da paz domestica (*injuriæ atroces : pulsare, verberare, domum vi introire*), e finalmente os crimes da carne sujeitos pela primeira vez ao poder repressivo do Estado pela lei Julia de *adulteris* em 736 a. u. (*adulterium, stuprum, lenocinium, incestus*).

Formam um grupo intermediario e independente as *actiones populares* (interdictos, acções penaes pretorianas e edilicias, acções resultantes de relações coloniaes e municipaes). Qualquer do povo podia propol-as; mas davam apenas logar á imposição de penas pecuniarias, cuja importancia pertencia ás mais das vezes ao accusador.

## Capitulo III

### *Periodo imperial*

A extincção da antiga *ordo judiciorum publicorum*, que data do começo do 3.° seculo depois de Christo (provavelmente depois do anno 204) (4), deixou a principio intacto o direito penal material. Subsiste nomeadamente o contraste entre os *crimina*

(4) Cons. Menn, *De interitu quæst. perpetuarum*, 1859; Wächter, annexos ás prelecções sobre o direito penal allemão, 1877, n.° 20.

*publica* e os delictos privados. As novas circumstancias porém fizeram desapparecer dos roes da administração da justiça justamente as figuras criminaes, que occasionaram a reorganisação do direito penal — os crimes de responsabilidade da Republica, ao passo que outros crimes, como o *crimen majestatis*, soffreram notaveis transformações quanto ao seu objecto. Mas, em geral, as *leges Corneliæ* e as *leges Juliæ* continuaram a ser a firme base, sobre que a sciencia classica desenvolveu as suas construcções, completando e afeiçoando o direito vigente.

Só gradualmente fizeram-se tambem sentir no direito penal as consequencias do fortalecimento do poder publico unificado. Como o procedimento *ex officio* abre caminho, ampliando-se com a consciencia, cada vez, mais clara do fim a que se dirige (5), a pena criminal vae tambem ganhando terreno á custa do delicto privado. Surge um novo grupo, numeroso e de summa importancia para o desenvolvimento ulterior do direito penal, os *crimina extraordinaria*, os quaes occupam uma posição intermediaria entre os *crimina publica* e os *delicta privata*, mais chegados áquelles do que a estes. Não devem a sua origem a deliberações tomadas pelo povo, mas a decretos imperiaes, a resoluções do senado e á interpretação juridica; não se lhes applica a *pœna ordinaria*, que não é susceptivel de modificação, mas uma pena accommodada, segundo o *arbitrio do juiz*, á importancia especial do caso. Compete a acção penal ao *offendido*, que a intenta perante a autoridade investida da jurisdicção criminal; como nos *criminibus publicis*, é posto em evidencia o *lado subjectivo* do facto, exige-se o *dolus malus*, a tentativa e a cumplicidade são puniveis.

---

(5) Ver Binding, *De natura inquis. process. crim. Roman.*, 1868.

Na classe dos *crimina extraordinaria* podemos distinguir os tres seguintes grupos:

1.°— D'entre os delictos privados destacaram-se os casos mais graves para serem punidos com o rigor da pena criminal. Assim do *furtum* os crimes dos *saccularii* (corta-bolsas), dos *effractores* (arrombadores), dos *expilatores* (saqueadores), dos *balnearii* (os que furtam nos banhos publicos, ou, como diz v. Bar, os surrupiadores de capas), dos *abigei* (os que fazem profissão do furto de gado — *quasi artem exercentes*); da *rapina* o crime dos *latrones* (propensos a matar para roubar) e dos *grassatores*; da *injuria* os *libelli famosi*, o crime dos *directarii* (violadores do domicilio) e outros casos.

2.° — Ao lado destes crimes encontramos um grande numero de novas figuras criminaes, como a receptação (*crimen receptatorum*), a burla (*stellionatus*, e como caso especial a *venditio fumi* ou simulação de influencia para a obtenção de cargos publicos), a *concussio*, o *raptus*, a *abactio partus*, a *expositio infantum*. Sob a influencia do christianismo foram introduzidos, entre outros, os *crimes contra a religião* até então desconhecidos ao direito romano: a blasphemia, a perturbação do culto divino, a renegação da fé e a heresia, bem como o sortilegio que mais e mais se vae aproximando destes ultimos.

3.° — Finalmente parece que o movimento reformador levou, pelo fim do periodo, a este resultado, — na maior parte dos delictos privados facultar ao offendido, ainda sem especial disposição de lei, a escolha entre a *actio ex delicto* de direito civil e a *accusatio extra ordinem* do direito penal (ver a l. 92, D., 47, 2; l. 45, D., 47, 10).

Notavel transformação soffreu tambem a penalidade. A *aquæ et ignis interdictio* sobrevivera a si mesma com perder toda a sua importancia pratica. Foi substituida por um systema muito estructurado

e por diversos modos graduado, principalmente conforme á condição do réo, mas em geral propenso a excessivo rigor. Compunha-se elle de penas capitaes e corporaes, de penas privativas da liberdade com ou sem trabalho forçado, de penas infamantes e de penas sobre os bens.

No essencial, porém, ficou intacto o caracter juridico peculiar ás disposições do direito penal romano. Nota-se, como d'antes, falta de clareza e de precisão nas definições das figuras criminaes, e quanto mais o periodo approxima-se do seu fim, mais nociva torna-se a pseudo-ethica sem ponto de apoio, arbitraria e injuridica que assignala as ulteriores constituições imperiaes. Não nos pode pois causar extranhesa vermos que a elaboração das doutrinas geraes, supremo e gravissimo problema da sciencia do criminalista, não tenha, entre os romanos, ido além de conceitos esparsos e destituidos de principios. O direito penal romano seria completamente inadequado para a sua recepção na Allemanha, si nos seculos posteriores a Italia da edade media não tivesse tomado sobre si o trabalho que os jurisconsultos romanos legaram á posteridade inacabado (6).

## § 4.° — O direito penal da Allemanha na edade media

### I

### *A edade media anterior*

### (*Até o seculo XIII*)

LITTERATURA. Completa e ao mesmo tempo fundamental a *Deutsche Rechtsgeschichte* de Brunner, 2º v., 1892, p. 536 a 690.—Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, 1842;

(6) A parte principal das disposições do direito penal encontra-se no liv. 4.°, t. 1 a 5 e 18 das Inst., nos liv. 47 e 48 do Dig. e no liv. 9 do Cod.

Osenbrüggen, *Das Strafrecht der Langobarden*, 1863; Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2ª ed., 1882; Bethman-Hollweg, *Der Zivilprozess des gem. Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, do 4º até o 6º v., 1868 e seg. Muitos materiaes encontram-se *apud* Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte* — Estudos de Löning e Günther na *Z*, 2º e seg.

I. — Das fontes allemãs deprehende-se de um modo incomparavelmente mais claro do que das fontes romanas o desenvolvimento gradual do direito penal. As leis barbaras (ª) mostram que a ordem politica já se elevava acima da sociedade de caracter familial. Representavam pois um papel secundario, de um lado, a concepção religiosa do direito penal e, do outro, a privação da paz e a vingança do sangue.

Evidentemente o systema da composição forma o centro das disposições penaes. Mas no seio da associação politica a *parentela*, tendo por base a communhão do sangue, apresenta-se ainda como uma corporação de direito publico, é ella que protege os seus membros e lhes proporciona a reconciliação, a ella toca defender o parente atacado e vingar o offendido. Dest'arte os vestigios de uma phase mais antiga no desenvolvimento do direito penal perduravam, quando já ia adiantada a edade media allemã.

1.º — Algumas notas de uma concepção religiosa-pagã lembram o caracter religioso do primitivo direito penal: no concernente á violação do templo

(ª) Os escriptores allemães denominam as *leges barbarorum Volksrechten* (direitos ou leis do povo), porque se formaram por iniciativa ou com o assentimento do povo, e as contrapõem ao que denominam *Königsrecht* ou *Amtsrecht* (direito real, direito official), isto é, ás ordenanças e decretos emanados sómente da realeza. Entre um e outro direito póde-se estabelecer o mesmo parallelo que entre o *jus civile* e o *jus honorarium* dos Romanos. Brunner, 1.º, 278, 286. N. do trad.

e á magia, ao perjurio e ao roubo commettido sobre o morto, á profanação do cadaver e da sepultura, ao incesto e á morte dada ao parente, é das mãos dos deuses que a justiça terrestre recebe a espada vingadora (1). Só a pouco e pouco e cansada da luta a Egreja christã occupou o logar do supplantado paganismo.

2.° — Da *privação da paz*, pena caracteristica dos direitos scandinavos, que a applicavam em todos os crimes graves *(violações da paz)*, notam-se apenas vestigios esparsos nas leis barbaras allemães (2), e onde a encontramos mencionada, ella não nos apparece como pena de um crime commettido, mas como effeito processual da desobediencia por parte do accusado, que recusava comparecer em juizo ou cumprir a sentença (3). Entretanto podemos concluir com os nossos mais autorisados cultores da historia do direito (Brunner, Schröder) que, mesmo nos

---

(1) Ver Brunner, 2.°, 648 — A este numero pertence tambem o celebre texto do direito frisão, add., 12, 1: « qui fanum effregerit et ibi aliquid de sacris tulerit, ducitur ad mare, et in sabulo, quod accessus maris operire solet, finduntur aures ejus et castratur et immolatur diis, quorum templa violavit». — Ver tambem adiante a nota 9.ª

(2) Sal., 55, 2 (Behrend): «Si quis corpus jam sepultum effoderit aut expoliaverit, wargus sit, hoc est, expulsus de eodem pago, usque dum parentibus defuncti convenerit, ut et ipsi parentes rogati sint pro eo, ut liceat ei infra patriam esse, et quicumque antea panem aut hospitalitatem ei dederit, etiamsi uxor ejus hoc fecerit, DC den. qui faciunt sol. XV culpabilis judicetur.» Rib. 85, 2 (Sohm); já ahi sómente em segundo logar, no roubo de sepultura. Cap. 1º, Sal.: a mulher, que se casa com um escravo, faz se *expellis*.

(3) Sal., 56, I. « Si quis ad mallum venire contempserit etc. 2... Tunc rex extra sermonem suum ponat eum. Tunc ipse culpabilis et omnes res erunt suas. »

tempos historicos, essa pena teve mais extensa applicação.

3.° — Não só no furto e no adulterio, senão tambem em muitos outros casos, as leis barbaras mencionam o direito reconhecido ao offendido (e a seus parentes) de matar o offensor a salvo de multa (4). Mas não raro esse direito de necessidade já depende de que o delinquente se opponha a que o liguem, e do direito de matar decorre gradualmente o de levar ligado a juizo o individuo apanhado em flagrante, o de promover a sua condemnação em pena criminal, mediante um processo rapido: « a reforçada acção por facto incontestavel », segundo a expressão da edade media ulterior.

4.° — A *vingança do sangue* (5) — e disto já Tacito nos dá testemunho — é, como vingança de familia, direito e dever de toda a parentela no facto em que não se dá flagrancia. Resgata-se com o pagamento de certa quantia, a *compositio*. Primitivamente a parentela offendida podia escolher entre a guerra ou *faida* e a aceitação do preço do resgate; e só depois de renhida luta, como claramente se deprehende dos capitulares, conseguio o poder publico, que se avigorava, converter em dever juridico a obrigação de concluirem as partes em juizo o pacto de reconciliação. Á vingança do sangue succedeu pois o systema da composição; mas as formas

(4) Bajuv. 9, 5; 8, I; Sax. 4, 4; Rib. 77: « Si quis hominem super rebus suis comprehenderit, et eum ligare voluerit, aut super uxorem, aut super filiam vel his similibus, et non prævaluerit legare, sed colebus ei excesserit, et eum interficerit, coram testibus in quadruvio in clita eum levare debet et sic 40 seu 14 noctes custodire et tunc ante judice in harao conjurit, quod eum de vita forfactum interfecisset. »

(5) Germ. cap. 21: « suscipere tam inimicitias patris seu propinqui quam amicitias necesse est. »

processuaes da edade media allemã indicam que o direito se originou da *faida (fehde)*. O recurso ás armas foi substituido pelo juramento; como aquelle, este era direito e dever dos parentes, que, em pleno equipamento militar, dadas as mãos, confirmavam unisonos o juramento do principal conjurado (a).

II. — Na exacta fixação da somma que devia ser paga como preço do resgate — consequentemente na regulamentação permanente do systema da composição — está, como já dissemos, a importancia capital das disposições penaes das leis barbaras. Sua remota antiguidade resulta das noticias que Tacito nos transmittio (6). Avaliavam-se as diversas lesões ao direito por numerosas gradações; fixava-se exactamente o preço da reconciliação por cada dente e por cada um dos dedos, por cada palavra injuriosa, por cada contacto impudico de uma dona ou de uma donzella. Nas tarifas relativas á composição, que encontram-se nas leis barbaras, notam-se dous numeros fundamentaes, um grande e outro pequeno; o primeiro indica o *Wergeld* ou *Manngeld*, que devia ser pago no homicidio e em outros casos equivalentes, o segundo a multa por

(6) Germ., cap. 12. « Sed et levioribus delictis pro modo poena; equorum pecorumque numero convicti multantur. Pars multæ regi vel civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis ejus exsolvitur. » Cap. 21: « Nec implacabiles durant (inimicitiœ). Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus. »

(a) É a compurgação, tambem usada em Portugal. « O implicado jurava primeiro e depois os compurgadores, cada um de per si, iam-jurando successivamente, que o réo jurava verdade, e terminavam dizendo — si isto não é assim, Deus me confunda. » A. Herculano, Hist. de Port., 4°, 869. N. do trad.

offensas de menor gravidade (7) (b). Mas a gravidade do crime perpetrado não era a unica circumstancia decisiva para a fixação do preço da reconciliação; tomavam-se tambem em consideração a condição, a nacionalidade, a edade e o sexo do offendido. Além da importancia a pagar ao offendido e á sua parentela, o offensor devia pagar ainda á collectividade, como intermediaria na celebração do pacto de reconciliação, o *preço da paz (fredus* ou *fredum)* (c).

O pacto de reconciliação e o respectivo preço tinham tambem por base a familia, justamente como a vingança de que procederam. O que Tacito nos diz — *recipitque satisfactionem universa domus* — é plenamente confirmado por outras fontes. A *coparticipação da familia*, tanto no pagamento como no recebimento do *Wergeld*, que nas leis barbaras da Allemanha é apenas indicada por alguns vestigios, manteve-se por longo tempo nos direitos da baixa Allemanha e dos paizes do norte (nestes ultimos, em parte, até o seculo XVI) (8).

---

(7) Entre as diversas tribus o *Wergeld* importava em 150, 160 e 200 schillings, e a multa em 10, 12 e 15 schillings. Cons. o Manual de Brunner. 1.°, 226, 2.°, 612. Quão profundamente estas sommas affectavam a existencia economica e portanto a posição juridica do devedor (considere-se o *Wergeld* frequentemente elevado a nove vezes o seu valor no homicidio), resulta de que, segundo as fontes contemporaneas, um boi custava de 1 a 3 schillings e um cavallo de 6 a 12. Cons. os textos citados por Waitz, 2.°, I, 279. Segundo Schröder, o *Wergeld* correspondia ao valor de uma herdade livre.

(b) « As multas, explica Brunner, 2, 616, apresentam-se como fracções do *Wergeld*, ou referem-se a um numero fundamental, de cujos multiplos e submultiplos se formaram as diversas taxas. » N. do trad.

(c) A multa tributaria é denominada no direito portuguez *coima*, *calumnia*, *peita*. N. do trad.

(8) Sal. 58, 62: « Sic cujuscumque pater occisus fuerit, medietate compositionis filii collegant et alio medietate parentes qui pro-

III. — Mas a *pena publica* não foi tambem desconhecida ao antiquissimo direito allemão. A paz especial, de que precisavam o exercito em campanha, a assembléa popular no logar de sua reunião, os templos e as egrejas, levou a collectividade e os seus representantes a tomar o poder publico entre mãos (9). Assim é principalmente sobre os crimes de natureza politico-militar, por ventura sobre a traição na guerra e a traição contra o paiz, que, desde os mais remotos tempos, recahio a pena publica (10). Já na epocha da realeza merovingia e

---

ximores sunt, tam de patre quam de matre, inter se devidant (a parte dos herdeiros e a dos demais parentes). Sax. 18, 19. Wilda, 395. Waitz, 1, 71, nota 3.ª, 75, nota 3.ª, Brunner, *Sippe und Wergeld.* Revista do Instituto-Savigny, 3, 1. Heusler, 2, 541. Günther. 1, 176, nota 42. Schröder, *Rechtsgeschichte*, 77.

(9) Tacito, Germ., c. 7. « Ceterum neque animadvertere neque vincire ne verberare quidem nisi sacerdotibus permissum: non quasi in pœnam nec ducis jussu sed velut deo imperante quem adesse bellantibus credunt (caracter religioso). Cap. 11. Silentium per sacerdotes, quibus tunc (na assembléa popular) et coercendi jus est, imperatur. Cap. 6. Scutum reliquisse praecipuum flagitium. Nec aut sacris adesse aut concilium inire ignominioso fas: multique superstites bellorum infamiam finierunt. Cap. 12. Licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere. Distinctio pœnarum ex delicto. Proditores et transfugas arboribus suspendunt; ignavos et imbelles et corpore infames cœno ac palude, injecta insuper crate, mergunt. Diversitas supplicii illuc respicit, tamquam scelera ostendi oporteat, dum puniuntur, flagitia abscondi». (Cons. sobre este texto Waitz, 1, 425).

(10) Rib. 69, I: « Si quis homo infidelis extiterit, de vita componat et omnes res ejus fisco censeantur. Bajuv. II, I, 2: ut nullus liber Bajuvarius alodem aut vitam sine capitali crimine perdat, id est si in necem ducis consiliatus fuerit, aut inimicos in provinciam invitaverit aut civitatem capere ab extraneis machinaverit. » A esta categoria pertencem tambem as numerosas disposições relativas á *herisliz* (deserção).

muito mais na da realeza carlovingia a pena publica ia sendo applicada a novos crimes com o mais claro conhecimento e a mais determinada prosecução do fim politico (11). A legislação dos capitulares, cujo começo data do meado do seculo VI, commina penas contra o furto e o roubo, o assassinato e o incesto, o sortilegio e o envenenamento, a falsificação da moeda e a de documentos. A esse movimento deu vigoroso impulso a crescente desigualdade das fortunas.

Quem não podia pagar o preço da reconciliação, pagava com o corpo, como em todos os tempos succedeu ao servo. Sobretudo o poder do *bannus regius* (a) tornou-se um poderoso factor da formação do direito: muitas disposições penaes novas, tendo por fim não só proteger as egrejas e os claustros, as viuvas, os orphãos e os pobres, senão tambem assegurar a tranquillidade publica contra toda sorte de violencias, vieram figurar ao lado do *direito popular* em virtude do *direito official* (12). Emfim não pode ser esquecida a influencia da egreja que, em

---

(11) Assim a *lex ripuaria* punia com pena publica o facto de contradizer documentos regios (60, 6), o furto manifesto (79), o suborno do juiz (88), o rapto da mulher livre pelo escravo (34, 4), a falsificação de documentos regios (59, 3), o parricidio, o incesto (66, 2). — O direito saxonio impunha a pena de morte ao perjurio, á violação da paz domestica, ao incendio com morte, ao furto de cousa de valor superior a 3 schillings. Carlos Magno procurou moderar estas disposições; mas, por sua vez, comminou a pena de morte contra as offensas á fé christã. Cons. Waitz, 3, 130; Günther, 1, 182; Schröder, 338.

(12) Cons. Waitz, 3, 319; Brunner, 2, 34; a *Summula de bannis* (Boretius, cap. 224).

(a) *Die königliche Banngewalt*, isto é, o poder que pertencia ao rei de decretar penas no concernente á policia, ao exercito, aos direitos fiscaes e como guarda da paz. Ver v. Bar, *Handb.*, p. 67. N. do trad.

tanto quanto lhe faltava o poder de punir propriamente dito, actuava indirectamente pelos seus penitenciaes e pelas resoluções dos seus concilios sobre as intuições do povo e sobre a legislação real, e se esforçava por preencher as lacunas que ainda se notavam na administração da justiça secular ([13]). Assim pelo fim do periodo carlovingio, na epocha do florescimento da realeza franca, triumphava a concepção politica do crime e da pena. Os crimes que attentam contra os interesses da collectividade achavam-se em sua grande maioria sujeitos a penas publicas, eram processados e punidos *ex officio*.

IV. — Com a dissolução da monarchia franca começou um movimento geral de retrogradação. No campo do direito penal esse movimento destruio ou pelo menos impellio para o segundo plano e por muito tempo obscureceu as novas instituições do periodo carlovingio que, apezar de mantidas por um forte poder central, não tiveram tempo de crear profundas raizes.

Desappareceram os direitos populares escriptos em lingua estrangeira e cahio em esquecimento a legislação dos capitulares: impera agora o *direito costumeiro*, oriundo da convicção popular e declarado pelos escabinos. Assim predominam de novo as intuições nacionaes, as do antigo direito germanico, que sob a realeza franca tinham sido frequentemente supplantadas por principios extranhos, romano-canonicos. Mas logo se fez sentir o genio do povo allemão; a sua força de organisação, em contraste com

---

([13]) Sobre o direito penal canonico cons. os tratados de direito canonico; especialmente Hinschius, 4, 691 até 864 (o Direito romano e o merovingio), 5, 1.ª sec. (até o seculo 14); E. Löning, *Geschichte des Kirchenrechts*, 1878 e seg.; Günther, 1.º, 263; Katz, *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts*, 1881. As noticias bibliographicas da Z. — No *Corpus juris canonci* o livro 5.º das decretaes.

o movimento unitario e centralisador do periodo decorrido, expande-se em riquissimas formações e conduz ao progressivo particularismo do direito, não só segundo raças, senão tambem segundo districtos e communas.

*Pari passu* com esse movimento resurge a concepção *privada* do direito penal; recúa o poder publico de punir, que não podia conservar o seu predominio, quando a autoridade real se achava em decadencia e ainda não estava constituido o poder publico territorial. Assim quasi que de todo perde-se a idéa do procedimento *ex officio*; a composição extende o seu imperio á custa da pena publica; ao offendido toca escolher a seu arbitrio entre propor e promover a acção ou accommodar-se (*ledigung*, *taidigung*, a conciliação judicial e a extrajudicial) com o deliquente, que, tratando-se de offensas menos graves (*frevel* em opposição a *ungerichte*, a offensa grave) podia, mediante o pagamento de certa quantia e independentemente de outra condição, evitar a comminada pena corporal, sem, todavia, escapar á deshonra (a).

(a) Na peninsula iberica a retrogradação operou-se com a invasão musulmana. Repellidos para os desvios do norte, os godos «desandaram no caminho da civilisação»; deu-se «uma recrudescencia da barbaria germanica», em virtude da qual resurgiram as *faidas* e o systema das composições, sem ser, todavia, esquecida a pena publica. Nos foraes portuguezes dos seculos 12 e 13, «encontram-se accumuladas, ás vezes monstruosamente, a composição ou *wergeld*, as penas afflictivas (taes como a morte, a mutilação e os açoites), a escravidão, a revindicta ou faida, a multa ou *fredum*; é um systema mixto, romano-germanico, romano-wisigothico, em que ainda a autonomia neogothica imprime ás vezes caracteres proprios e especiaes». (A. Herculano). As expressões — *sit inimicus suorum parentorum*, *sit homizieiro* — que tão frequentemente ahi se lêm, significam que o culpado era abandonado á vindicta da parentela da victima. No direito sub-

A incerteza da administração da justiça produzio o direito de guerra medieval. Essencialmente diverso da antiga vindicta, apresentava-se como um direito de necessidade, quando não era possivel obter a protecção da justiça contra offensas civis ou criminaes. Tal direito competia, depois de lançado o desafio (*diffidatio*), a quem podia trazer armas e gradualmente foi limitado pelas *leis sobre a paz publica* (desde 1085 até o seculo XVI), tranzitoriamente suspenso pela paz *contractual* e só abolido pela *paz perpetua* [14] [b].

---

sequente as multas e coimas converteram-se em penas pecuniarias; mas difficil foi á realesa portugueza desarraigar dos costumes a vindicta privada. D. Affonso 4º foi o primeiro que, em vez de regulamental-a, como fizeram alguns dos seus antecessores, formalmente a prohibio (leis de 3 de Marco de 1363 e 11 de Abril de 1385 consolidadas na Ord. Aff., l. 5, t. 53), comminando a pena de morte contra «os filhos d'algo que acoimassem pollas mortes e deshonras que fossem feitas a elles e aos do seu divido» (ver, todavia, a excepção consignada no § 17 da mesma Ord.). As cartas de seguro e os coutos, conservados nos tres codigos da monarchia portugueza, foram outros meios indirectos de protecção contra as vindictas. Dessa terrivel e velha usança encontram-se ainda vestigios na Ord. Phil. do l. 1.º, t. 3. § 53 e do l. 5, t. 130, § 1 (Cons. M. Freire, *I. J. P.*, t. II, § 23, e *I. J. Crim.*, t. IV, § 13 e t. 12, § 1, nota). N. do trad.

[14] Böhlau, *Nove constitutiones domini Alberti* (isto é, a paz publica de 1235), 1858. A nova litteratura *apud* Löning, Z., 5, 226, Günther, Z., 11, 185. Cons. tambem Huberti, *Gottesfrieden und Landfrieden*, 1, 1892; Schröder, *Rechtsgeschichte*, 614.

[b] Não se confundam essas leis sobre a paz publica, que eram juradas pelos Imperadores e grandes do Imperio e deviam vigorar durante certo tempo, tendo por fim restringir e regulamentar a guerra privada, com as *treuguæ Dei* introduzidas a esforços do clero. — A paz contractual era a que as partes contendoras pactuavam ás mais das vezes com a intervenção da autoridade; os delictos commettidos com offensa de taes pactos eram especialmente punidos como quebra da *Handfrieden* ou da *gelobten Frieden*. v. Bar, *Handb.*, p. 91 e 92. N. do trad.

## II

### *A edade media ulterior*

### (*do seculo XIII até o XVI*)

LITTERATURA. John, *Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher*, 1858; Osenbrüggen, *Das alemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, 1860; Hälschner, *Geschichte des brandenburgisch-preuss. Strafrechts*, 1855; Frauenstädt, *Blutrache und Totschlagsühne*, 1881; Gengler, *Deutsche Stadtrechtsaltertümer*, 1882; Lindner, *Die Veme*, 1888; Thudichum, *Fehmgericht und Inquisition*, 1889 (tambem Günther, Z, 14, 257); Frauenstädt, *Breslaus Strafrechtspflege im 14. bis 16. Jahrhundert*, Z, 10, 1; Pfenninger, *Das Strafrecht der Schweiz*, 1891, p. 10; Knapp, Z, 12, 200, 473 (Nuremberg). Os estudos de Löning e Günther na Z, 2 e seg. — Falta um trabalho completo. Preciosissimo material encontra-se nos assentos judiciarios d'Austria (colligidos pela imperial Academia das Sciencias, 1870 e seg.). Cattier, *Évolution du droit pénal germanique en Hainaut jusqu' au XV^e siècle*, 1893; Caspar, *Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts*, diss., 1892.

O desenvolvimento do direito penal está em intima connexão com o declinio ou o progresso do poder publico. A concepção *politica* do crime e da pena, interrompida no periodo precedente, começa de novo a avigorar-se com a formação do *poder publico territorial* (a) e o *florescimento* das *cidades*. Nas nu-

(a) *Landeshoheit*, *Landesherrlichkeit*. Não temos palavra adequada para traduzir exactamente a *Landeshoheit* do direito publico allemão, de ordinario traduzida por *soberania territorial*; litteralmente significa *superioritas territorialis*. Sob o antigo imperio allemão, a *Landeshoheit* era verdadeiro poder publico sobre um Estado, exercido *jure proprio* (e não por delegação), mas subordinado ao *poder imperial*; não era pois soberania territorial, como não o é actualmente sob o regimen

merosas leis sobre a paz publica e em outras leis imperiaes, nos direitos municipaes (b), senhoriaes (c) e territoriaes, nos assentos declaratorios do direito (d) e nos livros que o compilam o direito existente acha-se reduzido a escripto e o costumeiro perde a sua anterior importancia. Procedente de fontes cada vez mais numerosas e com um curso cada vez mais rapido, o direito estrangeiro vae penetrando nos territorios da Allemanha primeiramente do sul e depois do norte e disputa a soberania ao direito patrio. Os direitos municipaes e as mais notaveis compilações (e) são como os pontos de crystallisação, em torno dos quaes, de certo modo como compensação á perda dos direitos gentilicos, desenvolvem-se novos

---

federal. Ver H. Schulze, *Einl. in das deutsche Staatsrecht*, p. 263. Tambem entre nós fala-se em «soberania dos Estados», como si Estados, membros de uma união federal, podessem ser soberanos sem destruil-a! N. do trad.

(b) *Stadtrechten.* Desde o seculo XIII muitas cidades da Allemanha receberam a principio dos Imperadores e depois dos principes privilegios (foraes) que lhes conferiam o direito de eleger os seus magistrados e de decretar os seus estatutos. Algumas reduziram a escripto o seu direito costumeiro, outras adoptaram o direito de cidades visinhas. Formaram-se assim grupos de direitos municipaes, dos quaes os de Magdburgo, Lubeck, Eisenach, Franckfort eram os mais notaveis. N. do trad.

(c) Os *Hofrechten* regulavam, nos districtos ruraes, as relações entre o senhor do solo e os moradores ou entre estes. N. do trad.

(d) *Weistümern.* Nas aldeias e nos districtos ruraes era costume declarar-se annualmente em dias determinados o direito em vigor. Na assembleia dos visinhos o *maire* perguntava o que era de direito em um caso dado, e os *homens bons* juramentados respondiam. Essas declarações foram feitas posteriormente por escripto, e taes *assentos*, uma das mais interessantes fontes do direito allemão, colligidos por J. Grimm e outros, denominam-se *Weistümern.* Ver Brunner, 1.°, 11 e a *Encyklopädie* de Holtzendorff, 1.° v., p. 226. N do trad.

(e) Isto é, os *Espelhos* que appareceram no seculo 13, sendo os mais notaveis o da Saxonia e o da Suabia. N. do trad.

ramos substancialmente identicos, apezar de todas as differenças individuaes.

Davam-se pois as condições necessarias para que a pena publica se avigorasse e se ampliasse. As compilações tratam o *Wergeld* e a multa como instituições do passado; o *Wergeld* vae sendo mais e mais limitado aos casos de homicidio involuntario, e a multa, não raro applicada como pena apparente ([15]) ([f]) sómente para que fosse seguida da coima ao juiz, converte-se em pena pecuniaria propriamente dita. A pena capital e as penas corporaes porém tornam-se cada vez mais numerosas. O Espelho da Saxonia (2,13) punia com a forca o furto de tres ou mais schillings, bem como o furto nocturno; com a roda o assassinato e o furto que importasse violação de uma paz especial, a traição, o incendio acompanhado de morte, e a mensagem infiel; mandava decepar a cabeça aos que commettessem os crimes de homicidio, roubo, rapto de homem, incendio, estupro, quebra da paz, o adulterio aggravado; reservava a fogueira para a renegação da fé, o sortilegio e o envenenamento. Ao lado das penas na *mão e no pescoço* por crimes graves (*ungerichte*) encon-

([15]) Assim faz o Espelho da Saxonia, 345. Grimm. *Rechtsalterthümer*, 679; Osenbrüggen, *Alam. Strafr.* 72. Muito frequentemente as fontes austriacas.

([f]) Multa apparente (*Scheinbusse*), diz Grimm, é a que se devia pagar em certos casos pelo homicidio de pessoas a quem era licito matar. Assim o dono da casa podia matar o delinquente que nella penetrasse, o marido o adultero apanhado em flagrante, o parente da victima o assassino banido e posto fóra da lei. Por formalidade o matador depositava uma moeda de valor insignificante ou uma cabeça de gallo sobre o cadaver e nenhuma outra satisfação se podia exigir. Tambem segundo o costume do condado de Artois, os que matam os banidos «sont et doivent être de ce quites et tenuz paisibles, en mettant un denier d'argent soubz la teste du banni mort». N. do trad.

tram-se numerosas penas na *pelle* e no *cabello*, bem como multas por offensas leves (*frevel*) (g).

Mas é principalmente a vida urbana que, creando novas relações, produz tambem novos crimes e faz necessarias, além da proscripção ordinariamente applicada (h), novas disposições penaes. Os direitos municipaes, sobretudo os da Allemanha meridional, assinalam-se pelas suas comminações severas e muitas vezes crueis.

Accresce uma circumstancia, cuja influencia sobre o desenvolvimento do direito penal não póde ser menospresada : a *luta contra o crime e a vagabundagem de profissão*. Faz-se necessario o *procedimento official de justiça*, medida perfeitamente adequada ao movimento da epocha e que, tomando as formas mais diversas, apresentando-se especialmente como julgamento *por má fama*, cada vez mais se extende e mais se affirma, e lança mão da *tortura*, extrajudicialmente applicada, legalmente não regulada, como meio energico para provocar a condemnação (i).

---

(g) *Strafen zu Hals und Hand*, isto é, a pena capital e as penas de mutilação ; *Strafen zu Haut und Haar* (*cutis et capilli*, *corium et crines*, *pillis et pili* no latim da edade media), isto é, a fustigação com azourrague ou varas, o raspar a cabeça, e ainda a decalvação, de que se encontra tambem menção nos foraes portuguezes. N. do trad.

(h) Em certos casos pronunciava-se a proscripção ou melhor o banimento (*verfestung*) contra o delinquente ausente e revel. Si o condemnado não purgava a sua contumacia, apresentando-se em juizo dentro de anno e dia, o banimento convertia-se em «privação da paz» e qualquer podia matar o banido no districto do juiz que proferira a sentença. Direito analogo encontra-se na Ord. Phil., l. 5, t. 126, § 8: «havemos por bem que nos casos, onde os absentes forem condemnados á morte natural e banidos, qualquer do povo os possa matar sem pena». N. do trad.

(i) Introduzida em Portugal com o processo inquisitorio, encontra-se a tortura regulamentada nos tres codigos da realeza absoluta. N. do trad.

Mas quanto mais resolutamente a idéa finalistica penetrava no direito penal e no processo respectivo, tanto menos convinham as formas antigas, e tanto mais imperiosa se tornava a necessidade de dar *sancção legal* á transformação já, na essencia, desde muito operada, e a de remediarem-se os abusos das justiças territoriaes mediante a *regulamentação do processo penal por lei imperial.* Esse emprehendimento, cuja realisação foi instantemente solicitada pelo tribunal da Camara Imperial, havia pouca creado, á dieta que se reunira em Lindau em 1496, mas que só se realisou, depois de porfiadas lutas, em 1532, tinha por condição a *fusão do direito estrangeiro recebido com o direito patrio.* Numerosos trabalhos preliminares e dos generos os mais diversos facilitaram a solução do problema; mas o exito foi sobretudo devido ao merecimento de um homem, *Hans von Schwarzenberg.*

## § 5.° — A ordenança de Carlos 5.° sobre a justiça criminal

I. O direito romano que a Allemanha recebera, especialmente o direito penal (inclusive o processo respectivo), não é o direito dos textos romanos, senão um outro essencialmente transformado e accomodado ás novas relações juridicas. Desde o renascimento dos estudos juridicos, os *jurisconsultos italianos* tinham-se constantemente applicado a aperfeiçoar o direito romano, posto que muitas vezes o fizessem inconscientemente. Os glosadores anteriores e posteriores, principalmente Azo († 1220) em sua *Summa* do Codigo, os camonistas — entre os quaes tiveram importancia Roffredus († 1250) e Durantis († 1296), sobretudo com relação ao processo penal, e os chamados «praticos italianos» — entre os quaes devem ser mencionados neste logar Rolandinus de Ro-

manciis († 1284), Albertus Gandinus († cerca de 1300), Jacob de Belvisio († 1335), Angelus Aretinus († depois de 1451) e Bonifacius de Vitalinis (logo depois de Aretinus) (1) — todos elles trataram o direito penal romano segundo a *generalis consuetudo* dos seus dias e tal como o costume se desenvolvera sob a influencia das ideias juridicas germanicas oriundas das fontes lombardas, das necessidades praticas e das generalisações da sciencia, da legislação dos papas e dos imperadores e da pratica judiciaria. O direito que elles expuseram em suas obras não é, podemos dizer, o puro direito romano, mas sim o italiano. E não se faz mister observar que esse direito devia encontrar muito mais facil acolhimento na Allemanha do que o dos *libri terribiles* do Digesto ou do Codigo. Cumpre porém notar, como facto de maxima importancia, que a jurisprudencia italiana da edade media applicou especialmente a sua attenção ás doutrinas geraes do direito penal, lançando dest'arte as primeiras bases em que a sciencia se apoiou para dominar a materia.

II. Não cabe aqui expor como e por que canaes operou-se a recepção; mencionaremos sómente um dos seus factores. Os trabalhos dos jurisconsultos italianos penetraram na Allemanha por meio de manuscriptos e de impressos; mas muito mais extensa e intensa foi a influencia que elles exerceram mediata e indirectamente, isto é, *mediante a elaboração desses trabalhos pela litteratura juridica e popular da Allemanha* (2). Do grande numero dos escriptos que

(1) Cons. Seeger, *Zur Lehre vom Versuch des Verbrechens in der Wissenschaft des Mittelalters*, 1869; Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, 1888, p. 256.

(2) Stintzing, *Geschichte der populären Litteratur des Römisch-Kanonischen Rechts in Deutschland*, 1867. O mesmo, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1.º v., 1880. v. Schulte, *De crimnalibus causis*, 1888.

pertencem a este ramo especial de litteratura allemã destaca-se, tanto pelo seu valor intrinseco como pela sua importancia historica, o *Klagspiegel* que, composto no primeiro quarto do seculo XV, já impresso entre os annos de 1470 a 1480, foi editado em 1516 por Sebastian Brant († 1521). Azo, Roffredus, Durantis, Gandinus são as fontes onde o autor bebeu, reproduzindo as suas doutrinas com mais ou menos habilidade.

III. Na segunda metade do seculo XV e na primeira do seculo XVI encontra-se um não pequeno numero de ordenanças sobre a justiça criminal que, no essencial, assentam sobre o antigo direito allemão, mas receberam mais ou menos a influencia do direito romano. Comquanto regulem o processo penal, contêm tambem disposições sobre o direito penal material.

Mencionaremos (cons. sobretudo Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2,° 237): 1.° o *Landbuch* do Appenzel de 1409; 2.° a *Reformation des Zentgerichts* de Wurzburg de 1447; 3.° as *Halsgerichtsordnungen* de Nuremberg desde o começo do seculo XIV, especialmente as de 1481 e 1526; 4.° o *Gestreng Recht* de Altorf e 5.° uma *Blutgerichtsordnung* de Zurich, ambas do seculo XV; 6.° a *Malefizordnung* do Tyrol de 30 de Novembro de 1499 (imitada em Radolphzell em 1506 e em Laibach em 1514); 7.° a *Landgerichtsordnung* da baixa Austria de 21 de Agosto de 1514 (reformada em 1540); 8.° a *Landtaiding* de Salzburg do seculo XV; 9.° a *Halsgerichtsordnung* de Witzenhaus do seculo XV ou XVI; 10.° o «Formulario bavaro para o defensor juramentado» de 1518; ao mesmo grupo pertencem tambem 11.° a *Churgerichtsordnung* reformada de Aix-la-Chapelle de 1577, e 12.° a *Halsgericht* criminal de Höxter de 1605.

Muito acima dessas tentativas legislativas, aliás em parte realmente habeis, eleva-se pelo solido

conhecimento e clara exposição de materia tão vasta e arida, bem como pela simplicidade e justeza das ideias fundamentaes, um outro trabalho que será em todos os tempos glorioso documento da vocação dos Allemães para a legislação — *a Constituição da justiça criminal* de Bamberg de 1507 (*mater Carolina*), introduzida com pequenas alterações nos principados brandeburguenses de Ansbach e Bayreuth em 1516 (*soror Carolinæ*). (3)

O autor da constituição bamberguense foi o barão Johann von Schwarzenberg e Hohenlandsberg (4). Nascido em 1463, dotado de uma força physica quasi fabulosa, passou a sua mocidade, segundo os costumes cavalheirescos do tempo, a lançar os dados e em beberronias nas côrtes senhoriaes do Rheno, até que uma carta paterna fel-o mudar de habitos. Ligou-se a Maximiliano I e tomou parte gloriosa em suas expedições militares (1485-1486). Logo depois entrou no serviço do visinho bispo de Bamberg, e de 1501 até 1522 ahi se conservou, durante os governos de cinco bispos, como mordomo e presidente do tribunal senhorial que se compunha de juristas. Em 1521 tomou parte na dieta de Worms, onde, como membro da regencia imperial (1521 a 1524) e transitoriamente (1522) como representante do *Stathouder* imperial fez notavel figura. — Nesse interim as cousas tinham mudado em Bamberg. Desde 1522 governava o bispo Weigand, partidario do papa,

(3) Sobre as edições da Bamberguense ver Leitschuh no *Repertorium für Kunstwissenschaft*, v. 9.°, 1886 (tambem publicado sem data). Frauenstädt mostrou na Z, 10.°, 3, que os tribunaes de Breslau julgavam tambem segundo a Bamberguense.

(4) Falta uma biographia completa. A obra principal é a de E. Hermann, *Johann Fr. zu Schwarzenberg*, 1741. Ver tambem o bello resumo *apud* Stintzing, *Geschichte der d. Rechtswissenschaft*, 1.°, 612 e seg.

e Schwarzenberg, que por palavras e por actos se pronunciara pela reforma teve de entrar, em 1524, como mordomo, no serviço dos marcgraves de Brandenburg. Morreu em Nuremberg a 21 de outubro de 1528, geralmente lamentado, e ainda annos depois era elogiado por Luthero. — Schwarzenberg exerceu tambem a sua actividade com ardor e successo, como escriptor popular; pelas suas poesias simples, mesmo sobrias, mas profundamente repassadas do sentimento do dever, pelas suas polemicas contra os máos costumes do tempo, pelas suas traducções de Cicero (a) e pamphletos anti-papaes, elle procurou modificar toda a vida moral contemporanea. Não era jurisconsulto nem mesmo erudito o homem a quem deve-se o primeiro codigo do Imperio da Allemanha; era porém um verdadeiro allemão, dotado de um espirito perfeitamente são, notavel como guerreiro e estadista, como poeta e campeão da reforma.

No desempenho de sua tarefa Schwarzenberg utilisou-se das seguintes fontes: 1.° o direito patrio de Bamberg; 2.° a praxe da Allemanha meridional, especialmente a de Nuremberg; 3.° a reforma de Worms de 1498, talvez ainda uma ou outra das legislações da Allemanha meridional; 4.° a litteratura juridica popular e portanto mediatamente os escriptos dos Italianos (é indubitavel que utilisou-se do *Klagspiegel;* é provavel que tenha consultado a *Summa Angelica* ou alguma de suas antecessoras); 5.° algumas leis imperiaes, como a lei sobre a paz publica de 1455. (5)

---

(a) Note-se que Schwarzenberg não conhecia a lingua latina. N. do trad.

(5) Brunnenmeister, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879, esforça-se por demonstrar individualmente a proposição já avançada por Stobbe, Stintzing e outros, que Schwarzenberg consultara directamente os escriptos dos Italianos. Mais importante é affirmar que a substancia das

IV. — Em consequencia das representações do tribunal da Camara Imperial [6], já em 1498 a dieta de Friburgo tomára a resolução de « promover uma reforma ou constituição geral para o Imperio sobre o modo de proceder *in criminalibus ;* » mas essa resolução não teve seguimento, e só em 1521 a dieta de Worms voltou de novo ao assumpto. A elaboração do projecto foi incumbida a uma commissão ; esta tomou para base do seu trabalho a constituição bamberguense, que no entretanto, e principalmente pelo *Layenspiegel* (1509) de Ulr. Teugler († 1510), tinha tido larga vulgarisação, mas utilisou-se tambem do chamado *correctorium bamberguense*, collecção das ordenanças complementares da Bamberguense decretadas de 1507 a 1516. Surgiram novos embaraços. Por tres vezes foi revisto o (1.°) projecto de Worms — nas dietas de Nuremberg (1524, 2.° projecto), de Spira (1520, 3.° projecto) e de Augsburgo (1530, 4.° projecto). Desde 1529 fizeram-se sentir as tendencias particularistas em manifesta opposição á geral aspiração da unidade da legislação, e nomeadamente em 1530 a Saxonia eleitoral, o Palatinado Rhenano e o Brandeburgo eleitoral apresentaram os seus protestos contra o cerceamento dos respectivos direitos senhoriaes reconhecidos por titulos authenticos. Quando em 1532 o projecto foi afinal convertido em lei na dieta de Regensburgo, fez-se mister inserir no prefacio a denominada *clausula salvatoria :* « Nós por esta graciosa lembrança em nada queremos coartar os usos e costumes antigos, tradicionaes, legitimos

theses juridicas de Schwarzenberg, apezar da vestimenta á romana, é quasi sem excepção puramente allemã.

(6) Cons. a p. 17 — Malblanc, *Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Karls V*, 1783 ; Güterbock, *Entstehungsgeschichte der Karolina*, 1876 ; Stintzing, 1, 607.

e razoaveis dos eleitores, dos principes e das ordens » (7).

V. — A Carolina, como as constituições sobre a justiça criminal que a precederam e cuja influencia evidencia-se ao primeiro exame, toma o processo penal para objecto principal da sua regulamentação. Nesta parte ella estabelece as regras e principios que, apezar de desviarem-se delles em muitos pontos as legislações territoriaes, imprimiram ao processo commum da Allemanha o cunho que o caracterisa e que não se pode desconhecer. O direito penal material, de que tratam os arts. 104 a 208, occupa logar secundario. Em rigor só se encontra ahi enunciado um preceito que encerra pura e simplesmente direito coercitivo (art. 104) : nenhuma acção póde ser punida com pena criminal, — e portanto com a morte ou a mutilação, — quando o direito romano não tenha comminado pena criminal contra a mesma acção (ou outra equivalente, — art. 105) ; o genero de pena porém póde ser determinado de accordo com o costume patrio. Quanto ao mais, a lei não quer ser mais do que uma exposição do direito vigente para os escabinos chamados a pronuncial-o, e não versados no direito escripto (a). E de um modo su-

(7) A mais antiga edição conhecida é a de 1533 (*editio princeps?*). A edição de Zopfl (a 3.ª ed. de 1883 concorda absolutamente com a 2.ª de 1876) contem em exposição synoptica: 1° as cont. da justiça crim. de Bamberg e Bradenburgo; 2.° o projecto de 1521; 3.° o de 1524; 4.° a lei imperial. Quanto á primeira introducção, é utilisavel a ed. de Müller na *Reclamschen Universalbibliothek* — Alegg editou (1837) as traducções latinas da Carolina de Gobber (1543) e Remus (1594).

(a) A Carolina conservou a velha instituição do tribunal dos escabinos, introduzida por Carlos Magno em substituição ás assembléas populares das tribus germanicas, mas alterou-a essencialmente para accommodal-a ao processo inquisitorio que formava um perfeito

perior foi a Carolina accommodada a este fim: a sua linguagem clara e simples, precisa e de facil intelligencia, torna-a uma obra classica para o seu tempo. O legislador não pretendeu ir nem devia ir além deste objectivo. Não quiz crear embaraços á melhor comprehensão ou á melhor exposição do direito vigente. A recommendação tantas vezes repetida de que nos casos duvidosos deviam ser consultados os entendidos em direito, mostra quanto preoccupava a Schwarzenberg deixar que a sciencia exercesse a sua influencia vivificadora sobre a administração da justiça.

Cumpre ter isto em vista, si se quizer apreciar devidamente a influencia do codigo, e especialmente a relação entre a Carolina e a legislação territorial.

---

contraste com o processo accusatorio, verbal e publico, do antigo direito. Os escabinos, que d'antes eram os exclusivos julgadores, os *urteilsfinders*, incumbidos de dar testemunho do direito, tal como existia na «convicção popular», ao passo que o *judex* exercia simplesmente a funcção de presidente do tribunal e de executor da sentença, converteram-se em meros assessores deste. E' verdade que na sessão final publica, no denominado *endliche Rechttag*, observavam-se as antigas formas; mas não passava isto de uma comedia — a sentença, talvez dictada por uma faculdade de direito de accordo com os autos, já estava de antemão lavrada. «Nessa comedia, diz John, figuravam o juiz, os escabinos, o accusador, o accusado, os advogados de um e de outro e por ultimo o mais importante personagem, o carrasco. O que se tinha de dizer, o que tinha de passar-se, estava tudo litteralmente prescripto na Carolina. O juiz interrogava os escabinos sobre o direito, estes o declaravam, o advogado do accusador propunha a accusação, o do accusado a impugnava; o juiz interrogava um dos escabinos sobre o julgamento da causa, o interrogado respondia de accordo com a sentença já reduzida a escripto. A sentença era então publicada e o juiz entregava o réo ao carrasco.» (*Strafprozess*, na Encyc. do Holzendorff). — A instituição entrou em decadencia e pelo fim da guerra dos trinta annos tinha geralmente desapparecido (ver E. Ullmann, *Strafprozess*, p. 101). N. do trad.

As poucas disposições, que contém direito coercitivo, devem ser rigorosamente separadas das demais.

Comquanto, em relação a este segundo grupo de disposições, não possamos considerar a Carolina como um codigo no sentido moderno, e quiçá devamos consideral-a como uma compilação semelhante aos *Espelhos* do seculo XIII, ella foi do mais subido valor para o desenvolvimento subsequente do direito penal. Não só definio os crimes com mais exactidão (8) e ás mais das vezes de um modo juridicamente preciso, senão tambem expoz com mais ou menos desenvolvimento, seguindo os Italianos, as idéas concernentes aos elementos e circumstancias geraes dos delictos, como a tentativa, a legitima defesa, a culpa etc. Assim, *pelo seu valor intrinseco*, a Carolina veio a ser a base, sobre que, durante tres seculos, assentou o direito penal commum da Allemanha.

## § 6.º—O direito penal commum da Allemanha

LITTERATURA. Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands*, especialmente o direito penal commum da Allemanha, 1884; Hälschner, *Geschichte des brandenb.- preuss.*

(8) Os crimes previstos na Carolina são: a blasphemia (art. 106), o perjurio (art. 107), a violação da promessa de *non ulciscendo* (art. 108), a feitiçaria (art. 109), o libello diffamatorio (art. 110), a moeda falsa e a falsificação de documento, etc. (art. 111 a 114), a infidelidade do procurador judicial (art. 115), os crimes contra os bons costumes (libidinagem contra a natureza, incesto, rapto, estupro, adulterio, bigamia, lenocinio, art. 116 a 123), a traição (art. 124), o incendio (art. 125), o roubo (art. 126), a sedição (art. 127), as ameaças que constituem uma coacção publica (*Landzwang*, art. 128), a guerra privada (art. 129), o homicidio (envenenamento, infanticidio, exposição de infante, aborto, suicidio, assassinato e homicidio simples etc., art. 130 a 156), o furto e o desvio (art. 157 a 175), a soltura de presos (art. 180).

*Strafrechts*, 1885; Seeger, *Die strafrechtl. Consilia Tubingensia*, 1877; Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*; Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2º vol.; Schletter, *Die Konstitutionen Augusts von Sachsen* de 1572, 1857; Gessler, Revista do Direito allemã, 20º, (proj. wurttemberguense de 1609); Oppenhoff, *Die Strafrechtspflege des Schöffenstuhls zu Aachen seit dem Jahre 1657*; v. Maasburg, *Die Galeerensklaven in den deutschen u. böhmischen Erblanden Oesterreichs*, 1885; Nypels, *Les ordonnances de Philipps II* (1579), 1856; Günther, *Wiedervergeltung*, 2º v. com copiosos dados; Pfenniger, *Strafrecht der Schweiz*, 93; Dargun, *Die Reception der P. G. O. in Polen*, Revista do Instituto Savigny, 10º — No seu conjuncto as fontes precisam ainda de uma investigação aprofundada.

## I. — A LEGISLAÇÃO ATÉ O MEADO DO SECULO XVIII

Como o Imperio limitou-se, em materia de direito penal, a decretar penas contra um pequeno numero de actos pela maior parte de caracter policial (1) e somente nas ordenanças policiaes de 1548 e 1577 deu mais vigoroso impulso a sua actividade legislativa, coube aos Estados tomar entre mãos e tratar de um modo independente o desenvolvimento d'este ramo do direito. Com effeito, na segunda metade do seculo XVI e na primeira do seculo XVII, elles desenvolveram uma actividade fecunda e fóra do commum. A Austria e a Baviera, o Wurttemberg e a Saxonia, o Brandenburgo e o Palatinado rivalisaram entre si e com os Estados menores na de-

(1) Como o facto de jurar e praguejar, o de excitar a beber, o adulterio e o concubinato. Encontram-se tambem disposições sobre a violação da paz publica, a usura, o libello diffamatorio, a burla e a falsificação. — O *suffragium Imperii* de 1668 contra o duello não obteve força de lei, mas deu occasião a numerosos edictos territoriaes sobre este crime. — Das leis estrangeiras merecem menção a ordenança criminal de Francisco 1.º, rei de França (1539), e a de Philipe 2.º para os Paizes-Baixos (1570).

cretação de codigos completos, já independentes, já inspirados no direito territorial, e que ora copiavam litteralmente ou, pelo menos, substancialmente cingiam-se á Carolina, e ora livremente elaboravam a materia juridica existente, tendo porém sempre em conta as disposições daquella lei imperial que versavam sobre o direito repressivo (2).

Pelo meado do seculo XVII cessou essa actividade legislativa dos Estados; em logar de codigos geraes e definitivamente acabados appareceram umas interminaveis e ephemeras ordenanças de chancellaria que só por excepção autorizam a pôr-se em duvida o espirito do absolutismo *não esclarecido*. A' legislação territorial deve a sua origem ou o seu desenvolvimento uma serie de figuras criminaes, taes como a alta traição, a revolta e a sedição, a resistencia á autoridade, o duello, o suicidio, a bancarota, o furto de caça, a offensa physica, a injuria e outros.

Sómente os trabalhos legislativos mais importantes podem ser aqui apontados.

I. — Austria. 1.° No Tyrol a *Malefizordnung* de 1499 passou para as ordenanças de 1526, 1532 e 1573 (a de 1532 foi a base da ordenança de Henneberg de 1539); influencia parcial da Carolina. 2.° Na baixa Austria a ordenança de 1514 foi substituida por uma outra muito minuciosa decretada a 30 de Dezembro de 1656 por Fernando 3.°. Os projectos de 1666 e 1721 não vingaram. Excellente commentario de Bratsch, 1751. 3.° A ordenança judiciaria da Austria superior do 1 de outubro de 1559 assenta sobre a da baixa Austria de 1514. Reimpressão em 1627 (e não revisão, como diz incorrectamente Stobbe, 2.°, 409). Uma nova ordenança

(2) *Contra*, von Kries, 35, nota 2ª.

jud. (e não simples revisão), que concorda no essencial com a Ferdinandea (da baixa Austria) de 1556, foi decretada por Leopoldo 1.º em 14 de Agosto de 1675. 4.º A ord. jud. para a Carniola de 18 de Fevereiro de 1514 assenta sobre a da baixa Austria de 1514, bem como sobre a Carolina. 5.º A ord. jud. da Carinthia de 1577 encerra, pelo contrario, poucas disposições de direito penal. 6.º Na Styria Carlos 2.º introduzio a ord. de 24 de Dezembro de 1574 que frequentemente se basea na Carolina. E' certo que no seculo XVII vigorava na Styria, bem como na Carinthia e na Carniola, a Ferdinandea de 1656 (pelo que, quando a Theresiana se refere á Carolina, deve-se entender a constituição criminal de Carlos 5.º, e não, como se suppõe geralmente, a ordenança da justiça criminal da Styria). 7.º Quanto á Bohemia, cumpre mencionar a ordenança de Fernando 1.º de 1549, a de Fernando 2.º de 1627 e a ordenança reformada de 1765. 8.º A ordenança da Moravia do 1 de Julho de 1628 assenta sobre a da Bohemia de 1627. 9.º Na Silesia vigorava desde 1707 a ordenança criminal de José 1.º.

II. — Na Saxonia o eleitor Augusto publicou em 21 de Abril de 1572 as constituições saxonias, que exerceram influencia sobre o desenvolvimento do direito penal ainda além das fronteiras daquelle Estado. Os importantissimos trabalhos que as precederam encontram-se nos « Consultationes constitutionum saxonicarum » muitas vezes impressas (ed. de Friderus Mindanus de 1616). São complementares as *Decisiones electorales* de 1661.

III. — Prussia. 1.º Na « região prussiana da Ordem » vigorava de preferencia o direito magdeburguense, collecção conhecida sob a denominação de *ius culmense*. Repetidas tentativas de reforma no seculo XVI, especialmente em 1594 o *jus culmense revisum*, o *Dantziger Culm*, que, sem obter força de

lei, era applicado pelos tribunaes. 2.° A instancias das ordens da Prussia oriental operou-se uma nova revisão, cujo resultado foi o « *Landrecht des Herzogtums Preussen* » de 1620, composto por Levin Buchius (o 6.° livro trata do direito penal; influencia das constituições saxonias e de Damhouder). 3.° Reformas posteriores são o « *Brandenb. revidierte Landrecht des Herzogtums Preussen* » de 1685 e o « *Verbessertes Landrecht des Königr. Preussen* » de 1721 decretado por Frederico Guilherme e elaborado por S. v. Cocceji (o 6.° livro trata do direito penal; influencia de Carpzov). O projecto de um codigo concluido em 1721 (por Berger) não teve seguimento. 4.° Na marca de Brandenburgo os projectos de ordenança compostos pelos Diestelmeyers (pae e filho) de 1572 a 1594 não foram convertidos em lei. 5.° Em 1582 a ordenança criminal de Brandenburgo de 1516 foi de novo publicada com pequenas alterações. A julgar pelo prefacio, deve-se admittir, em opposição á opinião geral, que esse codigo devia vigorar tambem na Prussia, bem como é muito provavel que já antes de 1582 tinha applicação em Brandenburgo. Cons. Günther, Z., 12.°, 646.

IV. — Na Baviera a *Reformation des bayrischen Landrechts* de 1518 e o *Landrechts* de 1616 para a alta e a baixa Baviera. Nas disposições penaes d'esta ultima ordenança nota-se a influencia das constituições saxonias, e não raro são ahi resolvidas duvidas suscitadas pelo texto da Carolina.

V. — Palatinado. O *Kurpfälzische Landrecht* de 1852 (o 5.° livro trata do direito penal, assenta sobre a Carolina, tendo em attenção as const. sax.); foi tambem introduzido em 1606 no Palatinado superior (Amberg). Quando este passou á Baviera, aquella ordenança foi substituida pelo *Landrecht* de 1657, modelado pelo direito bavaro de 1616.

VI. — No Margraviado de Baden foram publica-

dos o direito territorial de Baden-Baden de 1588 (modelado pelo do Palatinado) e o de Baden-Durlach de 1654 (já impresso em 1622).

VII.— Em Wurttemberg já em 1551 os *estados* tinham pedido a elaboração de um codigo penal. O projecto, só depois de 1607 concluido, nunca converteu-se em lei. O *Landrecht* de 1610 porém e a *Landesordnung* de 1621 contém um certo numero de disposições penaes.

VIII.— Nos demais territorios contentaram-se com imprimir simplesmente a Carolina ou com recommendar aos tribunaes a sua observancia; e onde isto não aconteceu e a nova edição dos codigos continha somente o direito antigo, como por exemplo as reformas dos decretos municipaes de Lubeck de 1586 e Hamburgo de 1603, não soffre duvida que de facto vigorava a Carolina. Sobre a influencia da Carolina na Suissa, cons. Pfenninger, 80.

## II.— A SCIENCIA

E' lamentavel o espectaculo que a principio nos offerece a litteratura allemã do seculo XVI sobre o direito penal. Está elle entregue ás mãos de copistas destituidos de espirito e de critica, a quem é tão alheio o direito romano quanto o germanico. Pernerder († cerca de 1540) com a sua *Halsgerichtsordnung* (publicada em 1544 e an. seg.) domina durante longos annos o mercado, especialmente na Baviera e no Tyrol; seguem-no Gobler († 1569, numerosos escriptos), König († 1526, *Pratica*, 1541), Rauchdorn (*Pratica*, 1564), Dornech (*Pratica*, 1576), Sawr (Cod. penal, 1577). As suas compilações indigestas são successivamente reeditadas (Stintzing, 1°, 630).

No entretantò fóra da Allemanha a sciencia do direito penal tinha tomado um rapido e brilhante incremento. Ao passo que os italianos, pelo meado do seculo e depois de Hippolyto de Marsilliis († 1529) e Aegidius Bossius († 1546), attingiram o seu ponto culminante em Julius Clarus († 1575), do qual foram gradualmente declinando por Tib. Decianus († 1581) e Jacobus Menochius († 1600) até Prospero Farinacius († 1618), triumphava em França e na Hespanha (Tiraquellus e Covarruvias) o *mos gallicus*, o novo methodo da synthese. O mais notavel representante d'esta escola no direito penal, Antonio Matheus 2.°, oriundo da celebre familia de lettrados da Hesse, mas domiciliado na Hollanda onde exerceu os seus talentos, pertence, é certo, a uma epocha posterior (morreu em 1654, a sua obra de *Criminibus* appareceu pela primeira vez em 1644, pela ultima vez em 1803). A sua influencia sobre a litteratura allemã foi muito menor do que a do seu predecessor Jod. Damhouder († 1581), filiado á escola italiana (3). Não se póde, porém, contestar que tenha havido progresso na Allemanha durante a segunda metade do seculo XVI. O exito no *achar a sentença* cri-

(3) Sobre as relações de Damhouder com Philips Wielant de Gand, cuja obra suppõe-se ter elle copiado, ver van Hamel, 1ª, 51, nota 29 (a).

(a) Evidenciou-se posteriormente, diz von Hamel, que a obra vulgarisada por Damhouder sob o seu nome (*Praxis rerum criminalium*) era nada mais nada menos do que a *Pratica criminal* do jurista gantense, Philips Wielant (1439—1519), segundo o unico manuscripto existente, casualmente achado e publicado por Aug. Orts. Gand, 1872. « Damhouder, escreveu este, enfeitou-se com as penas do pavão, e a fama européa de que gosa como criminalista, não passa de um bem illegitimamente possuido, tomado ao gantense Wielant, que é o seu unico e legitimo dono ». — Nota do trad.

minal (b) tornou-se cada vez maior, graças principalmente ao facto de serem ouvidas sobre os autos as faculdades juridicas, que começaram logo a dedicar prelecções especiaes ao direito penal (primeiramente em Tübingen, Jena, Rostock, Ingelstadt); e ainda uma vez, como succedera na Italia da edade media, a união da sciencia e da administração da justiça mostrou-se propicia a ambas.

Numerosas collecções de *consilia* e de *disputationes* dão d'isto testemunho. Merecem menção Bocer, professor em Tübingen, *Disputationes*, 1596 e annos seg. *(classis IV de criminibus)*, Petrus Theodoricus, professor em Jena († 1640), *Collegium criminale*, 1618, 1671; Hunnius, professor em Giessen († 1636), *Collegii criminalis disputationes*, 1621; Theod. Petrejus, doutor marburgense, *Thesaurus controversarum conclusionum criminalium*, 1598; G. D. Lokamer, professor em Strasburgo († 1637), *Centuria quœtionum criminalium*, 1523; Ad. Volkmann, *Tractatus criminalis*, 1629 (3.ª parte, *Consilia Criminalia)*.

O primeiro que na Allemanha applicou o methodo synthetico ao direito penal, foi Nic. Vigelus, professor em Marburgo († 1600), nas suas *constitutiones Carolinæ publicorum judiciorum*, 1583, em que procurou demonstrar a conformidade da Carolina com o direito romano. Seguem a mesma direcção os professores de Tübingen Val. Volz († 1581) e Joh. Harpprecht († 1639; *Tractatus criminalis*, 1603), bem como o hessense Gilhausen († depois de 1642; *Arbor judiciaria criminalis*, 1606). A Carolina ficou sendo o centro da actividade litteraria dos criminalistas. Os commentarios de Musculus, 1614, Zieritz, 1622, Stefani, 1626, Bulläus, 1631, Manzius, 1650,

(b) *Urteilfinden*, expressão juridica da idade média, com que se designava a funcção do *jus dicere*. *Urteilfinder* era o prolator da sentença. — Nota do trad.

Blumblacher, 1670, Clasen, 1684, Otto, 1685, tem em conta as necessidades praticas da justiça (°).

A sciencia do direito penal commum, baseada na Carolina, deve o seu florescimento aos juristas saxonicos do seculo XVII. Dominados das idéas communs tão profundamente arraigados em largas regiões da baixa Allemanha — idéas que o Espelho da Saxonia conservara e que não foram abaladas pelo direito estrangeiro — apoiados em uma legislação conscia do seu fim e prestigiada pela geral consideração de que gosava, e inspirando-se na acção reciproca e sempre animada entre a sciencia e as necessidades da vida pratica, elles conquistaram a posição de directores do movimento no concernente á legislação, á litteratura e á administração da justiça. A Mathias Berlich († 1638, *Conclusiones practicabiles*, 1615 a 1619) segue, mas com superioridade notavel — Benedikt Carpsov (1595–1666), que com a sua *Pratica nova Imperialis Saxonia rerum criminalium*, 1635, e outros escriptos fundou o methodo empirico e portanto uma nova sciencia allemã. Membro do tribunal dos escabinos de Leipzig e *ordinarius* da faculdade juridica da mesma cidade, distincto pela sua capacidade scientifica, grande instrucção e larga experiencia, elle imprimio durante um seculo o cunho

(°) Em Portugal a escola cujaciana e o methodo «synthetico-demonstrativo-compendiario» foram introduzidos na universidade de Coimbra pelos Estatutos de 1772. Esses Estatutos não crearam porém uma cadeira de direito criminal, o qual continuou a ser ensinado, como d'antes, pelos professores de direito civil. Mello Freire foi o primeiro que tratou o direito penal portuguez systematica e scientificamente. Referindo-se aos juristas portuguezes, assim se expressa elle na Introducção das suas *Inst. Jur. crim. Lus.*: «ego existimo eos nihil ferè minus scivisse quam jus nostrum criminale, cujus interpretationem suscepere; quippe vera principia ignorabant, et fontes seu proximus seu remotos, unde illius genuina interpretatio petit debet.»—Nota do trad.

do seu espirito sobre a justiça criminal da Allemanha (1). Só no seculo XVIII conseguio J. S. Böhmer († 1772, *Observationes selectæ ad Carpsovii praticam*, 1759) abalar e gradualmente abater a autoridade de Carpsov, que os seus adversarios no seculo anterior, especialmente Oldekop († 1667, *Observationes criminales praticæ*, 1633, 1639, 1654) e Brunnemann († 1672, *Tractatus de inquisitionis processu*, 1648, commentario ao Codigo e ás Pandectas, 1663 e 1670) tinham em vão atacado (d).

O aprofundamento da sciencia do direito penal, que os juristas saxonicos iniciaram, manifesta-se nos commentarios á *Carolina* publicados no seculo XVIII. Ao lado de Stefani, 1702, Ludovici, 1707, Beyer, 1714, Meckbach, 1756, Scop, 1758 e outros, sobresaem pelas suas excellentes contribuições Kress (*Commentatio succincta*, 1721) e J. S. F. Böhmer (*Meditationes*, 1770).

De par com o florescimento dos estudos academicos apparecem, e rapidamente seguem-se uns aos outros, muitos tratados ou exposições systematicas,

---

(1) Excellente perfil de Carpsov *apud* Stintzin, 2º, 55, e tambem *apud* Löning. Z., 50, 573.

(d) O merecimento de Carpsov consiste sobretudo em ter sabido apreciar melhor de que os seus predecessores o elemento germanico que se continha no direito penal commum da Allemanha, dando assim a este independencia em face da jurisprudencia romano-italiana. Por outro lado, fervoroso sectario da tradição theologica, considerava elle o direito mosaico como um *jus divinum* que devia preceder ás proprias leis territoriaes, e defendeu a perseguição contra os feiticeiros. O facto de ter concorrido com o seu voto como juiz (si é verdadeira a tradição) para 20.000 sentenças de morte, dá testemunho do seu rigor, senão de sua crueldade. Comquanto puzesse na sombra o seu contemporaneo Berlich, certo é que muito lhe devia, e por isso dizia-se que «nisi Berlich berlichisasset, Carpsov non carpsoviasset» (ver o juizo de Holzendorff, H H, 1º, 78, e de v. Bar, Handb. 144). — Nota do trad.

tendo por base a Carolina. Kirchgessner, 1706, Frolich v. Frolichsburg, 1709 (o seu trabalho não é um commentario, apezar do titulo), Beyer, 1711, Gärtnen, 1729, Kensmerich, 1731, J. S. F. Böhmer, 1733, Engau, 1738, Meister senior, 1755, Koch, 1758, Richter, 1763, Quistorp, 1770 e annos seg., Püttmann, 1779, Müller, 1786, Meister Junior, 1789, Paalzow, 1789, Stelzer, 1793, Stübel, 1795, Klein, 1736, e outros compõem tratados mais ou menos desenvolvidos, ao passo que outros escriptores, como Struve († 1692, *Dissertationes criminales*, 1671), Leyser († 1752, *Meditationes ad Pand*, 1717 e annos seg.), Schilter (*Exercitationes ad Dig. lib. 47 et 48*, 1675 e anno seg.), cingindo-se aos *Libri terribiles*, occupam-se com questões do direito penal em explanações tambem mais ou menos desenvolvidas.

## III.— A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Comquanto a legislação imperial e a dos Estados, bem como a sciencia, em geral se tivessem conservado até o meado do seculo XVIII no terreno da Carolina, a inevitavel mudança das necessidades e das intuições ia determinando uma transformação, cada vez mais profunda, no direito penal commum. Abstrahindo-se da creação de novas figuras criminaes e do desenvolvimento das antigas, a que já alludimos, essa transformação affectou sobretudo a *penalidade* da Carolina. 1.° De um lado a applicabilidade da *pena ordinaria* estabelecida pela Carolina foi consideravelmente limitada por uma restricção artificial da idea do crime (assim exigia-se nos crimes da carne a *immissio seminis*, no envenenamento a morte da victima, a viabilidade da criança no infanticidio, etc.) e de outro lado, dando-se alguma falta nas circumstancias constitutivas do facto, fazia-se uso de um modo quasi

illimitado da *pœna extraordinaria*, que, segundo Clarus e Carpsov, nunca podia ser a pena de morte.— Em 2.° logar,— e esta innovação é ainda de maior importancia — as penas mesmas de que lançara mão a Carolina foram substituidas por outras de genero diverso. Assim o uso de certos generos de morte aggravada e de mutilações tornou-se cada vez mais raro: em logar de taes penas apparecem — além da exposição no pelourinho, da marca a fogo, de castigos corporaes — a condemnação (apparentemente apoiada no direito romano) a trabalhos publicos, a construcções de estradas e fortificações, a serviços militares, ás galés, e especialmente — comquanto a principio limitada sómente a delictos policiaes — á pena de detenção em casas de trabalho e de correcção (abaixo § 61). Como faltavam regras destinadas a estabelecer a relação das novas penas com as antigas e com o crime mesmo, a medida da pena foi-se tornando mais e mais um acto de *arbitrio judiciario*, e justamente nesta parte é que se patenteava do modo mais claro e irrecusavel a necessidade de um remedio radical.

E' um facto assás caracteristico d'este periodo a *perseguição dos feiticeiros* (5). Comquanto não faltem ao direito romano e ao direito allemão da edade media disposições penaes contra o sortilegio, o crime de feitiçaria propriamente dito aparentado com a *heretica pravitas* e caracterisado pelo pacto e por amores com o diabo data somente do seculo XIII. De crime contra a pessoa e contra a vida converteu-se em crime de religião e foi submettido á jurisdicção da

(5) Wächter, *Beiträge zur deutschen Geschichte*, 1845; Soldan-Heppe, *Geschichte der Hexenprozesse*, 2ª ed. 1880; Stintzing, 1.°, 641. A nova litteratura *apud* Löning, Z., 5.°, 236, 7.°, 689: Günther, Z., 11.°, 177, 12.°, 638, 14.ª, 263. Sobre a attitude do tribunal da Camara Imperial, ver a Z., 12.°, 909.

Egreja. Já o Espelho da Saxonia (2.°, 13,7) classificára a magia com a incredulidade e o envenenamento, para os quaes reservava a morte pelo fogo. Entretanto o procedimento contra os feiticeiros desenvolveu-se lentamente na Allemanha. Apezar da bulla *Summis desiderantes* de Innocencio VIII do anno de 1484 e do *Malleus maleficorum*, composto por Institor e Sprenger e que appareceu pela primeira vez em 1489, a Carolina manteve no art. 109 a concepção do direito secular e somente comminou a morte pelo fogo contra a magia que causa damno, devendo-se applicar nos outros casos uma pena arbitraria (6). Mas não tardou que a praxe judiciaria fosse além; apoiada na nefasta doutrina dos *delictis exceptis*, transpoz os limites traçados pela lei; o *Malleus maleficorum* é a sua estrella polar, e a desmedida applicação da tortura facilita o grande numero de queimas de feiticeiros, instituição cujo florescimento coincide com o seculo XVII. Embalde homens pacificos, como Molitoris, 1489, Agrippa von Nettesheim († 1535), Weyer, 1563, o jesuita Tr. v. Spee, 1631, e outros levantaram a voz contra ella; os adversarios, tendo á frente Bodin, 1579, del Rio, 1594, ficaram senhores do campo. Apartando-se da Carolina, as constituições saxonias de 1572 comminaram a pena de morte contra todos os casos de feitiçaria sem distincção e foram imitados pela austriaca *Ferdinandea* de 1656 e pelo prussiano *Landrecht* de 1685. Com o peso de sua autoridade muito concorreu Benedikt Carpsov para confirmar a crendice, e só gradualmente conseguiram os escriptores do periodo philosophico eliminar da praxe judiciaria o procedimento contra os feiticeiros, tendo

(6) A reunião da heresia e da feitiçaria que se nota nos arts. 130 e 131 da Bamberguense não se encontra na Carolina pela suppressão do artigo referente á heresia.

elles tambem n'esta parte Thomasius (7) por predecessor († 1728, *De crimine magiæ*, 1701; *de origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas*, 1712). A legislação acompanhou lentamente o movimento. Ao passo que o *Landrecht* prussiano de 1721 (liv. 6.°, tit. 5.°, art. 4.°), indo mais longe que o edicto de 13 de Dezembro de 1714, relegou a feitiçaria para as regiões da phantasia, o *Codex crim. bavaricus* de 1751 e a ordenança austriaca de 5 de Novembro de 1766 (em que assenta o art. 58 da Theresiana de 1768) manteve a figura criminal da feitiçaria, mas com um certo scepticismo muito circumspecto. A ultima execução de feiticeiro que teve logar em territorio allemão effectuou-se em 1749 (Wurzburg). Em Glaris (Suissa) a feiticeira Anna Göldi foi torturada e decapitada em 1782 (e).

(7) Sobre elle consultar Nicoladoni, *Christian Thomasius*, contribuição para a historia da civilisação, 1888; Schrader, *Geschichte der Friedrichs-Universität Halle*, 2º v., 1894.

(e) Segundo v. Bar, a perseguição contra os feiticeiros nos seculos XVI e XVII dizimou certas regiões da Allemanha mais do que a peste e a guerra. No bispado de Bamberg, com uma população de 100.000 almas, foram executadas 285 pessoas de 1629 a 1630; um juiz de Tulda condemnou 700 em 18 annos. Em Portugal a feitiçaria foi qualificada por uma lei de D. João I, que passou ampliada para o Cod. Aff. (l. 5, t. 42), o Man. (t. 33) e o Phil. (t. 3). As penas eram: morte, açoutes ou degredo, nas quaes porém não incorriam «os astrologos». «Erronea é a supposição da existencia de verdadeiros feiticeiros, diz M. Freire no seu *Cod. Crim.*, barbara a pena, e tão miseravel a excepção a favor dos astrologos que nenhuma desculpa póde admittir ao tempo da ultima compilação». Ao seu ver, «o melhor é desprezar e ridicularisar semelhantes delictos.» Por isso no tit. 8.° comminou a pena de prisão por 15 dias aos impostores; mas «os que entenderem que são verdadeiros magicos e sortilegos, que podem por encantamento fazer bem ou mal, e predizer ou advinhar os futuros, serão logo pela primeira vez mandados para as prisões dos doudos.» — Nota do trad.

Mantendo-se no terreno do direito commum, apezar de achar-se este findo, a legislação da Baviera e da Austria do meado do seculo precedente traz os caracteres de um periodo condemnado a perecer. Como testemunhos orgulhosos do grande passado do direito commum, penetram pela nova edade que surge as duas producções mais importantes da sciencia daquelles dias já abalada em seus alicerces, a saber:

1. O *Codex juris criminalis Bavarici* de 7 de Outubro de 1751, composto e commentado por Kreytmeyer († 1790).

2. A *Constitutio criminalis Theresiana* para os paizes hereditarios d'Austria de 31 de Dezembro de 1768, na qual se nota a influencia das ideas de J. S. F. Böhmer. Cons. Wahlburg, *Klein. Schriften*, 2.°, 115; von Maasburg, *Zur Entstehungsgeschichte der Theres. Hals.-G.-O.*, 1880; J. L. B. Banniza, *Delineatio juris crim. secundum constitutionem Carolinam ac Theresianam*, 2 v., 1773; Berner, *Die Strafgesetzgebung von 1751 bis zur Gegenwart*, 1867.

## § 7.°— O periodo philosophico (a)

LITTERATURA. Löning, Z, 3º, 219; Cantú, *Beccaria e il diritto penale*, 1862 (trad. franceza com introducção e notas de Lacointa e Delpech, 1885); Franck, *Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältniss zur kriminalpolitischen Aufklärung im 18. Jahrh.*, 1887; Hertz, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege im 18. Jahrh.*, 1887; Stölzel, *Karl Gottlieb Suarez*, quadro da organisação e da administração da justiça, 2 v., 1888; Günther, 2º, 160.

(a) A expressão *Zeitalter der Aufklärung* designa a segunda metade do seculo passado, isto é, o *periodo dos encyclopedistas*.— Nota do trad.

Depois que abatera-se a autoridade de Carpsov sob os golpes cada vez mais violentos dos seus adversarios, a praxe da justiça penal na Allemanha perdeu o seu ultimo sustentaculo. A legislação imperial emmudecera e a territorial exgotara-se a produzir, em grande numero, pequenas ordenanças; lettrados e juizes olhavam a Carolina com egual desprezo. Si a situação da administração da justiça penal se tornara assim completamente insustentavel, occorriam outras circumstancias extrinsecas que acceleravam a ruina do direito penal. Baseada nas grandiosas descobertas das sciencias naturaes (Copernico, † 1543; Kepler, † 1630; Galileu, † 1642), uma nova intuição do universo penetrára triumphante no espirito humano. Desde que a sciencia cessára de ser serva da theologia, o Estado e o Direito tiveram de comparecer ante a razão humana para sujeitarem-se ao seu exame critico. Apenas Hugo Grocio († 1645) elevou o direito natural á categoria de sciencia independente, empenhou-se a discussão sobre os fundamentos do direito de punir. Hobbes († 1679), Spinosa († 1677), Locke († 1704), assignando á pena como fins a emenda ou o aniquilamento do culpado e a intimidação geral, a referiam ao instincto da propria conservação, ao passo que S. von Cocceji, o grão-chanceller da Prussia († 1755), a referia, como justa retribuição, a um mandato divino (1).

Não tarda que a indagação philosophica penetre directa e immediatamente na vida pratica. Os propagandistas allemães apoiam-se em Pufendorf (†1694) (2)

(1) Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625; Hobbes, *De cive*, 1640, *Leviathan*, 1651; Spinoza, *Tractatus theologo-politicus*, 1670; Locke, *On government*, 1680; S. v. Cocceji, *Elementa justitiæ naturalis et Romanæ*, 1740; *Introductio ad Grotium illustratum*, 1751.

(2) Pufendorf, *De jure naturæ et gentium*, 1672; Thomasius, *Fundamentum juris naturæ et gentium*, e muitos outros escriptos;

que repelle explicitamente as ideas da doutrina da retribuição; mas quem lhes serve de orgão é o habil discutidor Christian Thomasius, professor de Halle (ver o § 6.°, nota 7). Na luta contra o direito romano e o direito canonico tradicionaes, elles representam de um modo cada vez mais accentuado o racionalismo do Estado policial. Esta concepção, elevada por Christian Wolff († 1754) a um systema que a tudo se extende, exerce decisiva influencia sobre a legislação prussiana.

Notas mais vibrantes fizeram-se ouvir do outro lado do Rheno. Com fina zombaria Montesquieu († 1755) atacou o direito penal vigente em suas bases, e logo se dissiparam no espirito versatil do grande Frederico os ultimos vestigios da influencia de Wolff. Voltaire († 1775) e J. J. Rousseau († 1778), o primeiro com a habilidade do homem de alta sociedade, e o segundo com os penetrantes conceitos do pensador enthusiasta, continuaram a obra começada pelo politico Montesquieu. (3)

Uma circumstancia occasional veio pôr em chammas o já fumegante edificio do velho direito penal. Em 1762 o negociante protestante Jean Calas foi injustamente condemnado e soffreu o supplicio da roda em Toulouse, como assassino de seu proprio filho. O velho Voltaire accusou a justiça franceza de ter commettido um assassinato judici-

---

D. Fischer, *De pœnarum humanarum abusu*, 1712; Chr. G. Hoffmann, *De insignioribus defectibus jurisprudentiæ criminalis Germanicæ eorumque emendadorum ratione ac mediis*, 1731. — Engelhard, *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechts aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechts der Natur hergeleitet*, 1756 (em intima ligação de ideas com Wolff).

(3) Montesquiu, *Lettres persanes*, 1721, *Esprit des lois*, 1748. Em communhão de ideas com elle, Frederico II, *Sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (trabalho escripto ainda em 1748). — Voltaire, numerosos escriptos. Rousseau, *Contrat social*, 1762.

ario, lançando contra ella um dos seus mais vehementes escriptos, e de um só rasgo poz a opinião publica do seu lado. Assim era natural que encontrasse ruidosa repercussão em todos os paizes a obra de Beccaria († 1794), *Dei delitti e delle pene*, 1764 (traducção Glaser, 2.ª ed., 1876), em que o escriptor italiano profligava desapiedadamente os erros e os abusos que se tinham introduzido na administração da justiça criminal e com palavras vibrantes pedia uma reforma radical. O premio annunciado em 1778 pela Sociedade Economica de Berne provocou o apparecimento de numerosos escriptos, e foi obtido pelo *Abhandlung von der Kriminalgesetzgebung* de Globig e Huster (publicado em 1783). Sonnenfels († 1817) na Austria (já desde 1764), Filangieri († 1788) na Italia, Hommel, Wieland, v. Soden, Kleinschrod († 1824) e muitos outros apresentaram á porfia projectos de reforma (4), principalmente entre os annos de 1780 a 1790.

II.— As ideas capitaes do periodo philosophico (protecção da liberdade individual contra o arbitrio judiciario, suppressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, accentuação da these de que a pena só tem fins politicos, despresadas todas as exigencias religiosas ou puramente moraes) cedo encontraram acolhimento na legislação penal dos mais importantes paizes. Na Russia já em 1767 Catharina II, nas suas notaveis «instrucções á commissão incumbida de elaborar o projecto

(4) Filangerie, *Scienza della legislazione*, 1780 e annos seguintes; Wieland, *Geist der peinlichen Gesetze*, 1º, 1783, 2º, 1784; Gmelin, *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, 1785; Soden, *Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands*, 1792; (v. Reder), *Das peinliche Recht nach den neusten Grundsätzen vollständig abgehandelt und meine Gedanken über den Entw. zu einem peinlichen Gesetzbuch*, 4 partes, 1783, 1784.

de um novo codigo», tentou traduzir na linguagem do legislador *l'Esprit des lois de Montesquieu;* o espirito de Beccaria resumbrava no cod. penal da Toscana de 1786 decretado por Leopoldo II; na Austria Sonnenfels triumphou depois de longas lutas; na Prussia Frederico II encetou o caminho das reformas, desde que assumio o governo.

I.— Na Austria José II publicou em 2 de Abril de 1787 a lei sobre os crimes e as penas de 13 de Janeiro do mesmo anno, a qual debaixo de todas as relações contrastava com a Theresiana. Eisenmann (Z, 13.°, 524) dá noticia de uma traducção official, latina e italiana, que não nos é conhecida. E' erro affirmar-se (como mostra Eisenmann, p. 523) que esse codigo nunca entrou em vigor. Importantes noticias nos dá este escriptor sobre a historia do trabalho legislativo em questão. Linguagem breve e concisa, despotismo esclarecido, substituição da pena de morte por penas de prisão crudelissimas e que podiam prolongar-se até um seculo, inadmissibilidade da analogia, definições defeituosas, taes são os traços caracteristicos do Cod. Josephino. Depois de reintroduzida em 1795 a pena de morte contra a alta traição, foi elle publicado com muitas alterações a 17 de Junho de 1796 (em vigor desde o 1.° de Janeiro de 1797) na Galicia occidental que havia sido recentemente reunida á Austria, e em 3 de Setembro de 1803 (em vigor desde 1.° de Janeiro de 1804) em toda a monarchia com emendas numerosas e substanciaes, e assim, mediante a edição correcta de 1852, veio a formar a base do vigente codigo penal austriaco. — Cons. Wahlberg, *Kleinere Schriften*, 3.°, 1; v. Maasburg, *Die Strafe des Schiffziehens in Oesterreich* (1783-1790), 1890 — Um excellente trabalho sobre o cod. de 1803 encontra-se no *Oester. krim. Recht nach seinen Grünnden und seinem Geiste von* 1803

de Janull, 4 v., 1808-1815. Exposições do cod. pen. josephino por Sonnleithener, *Anmerkungen*, 1787, de Luca, *Leitfaden*, 1789.—O cod. penal de 1787 servio tambem de fundamento ao *Réglement provisionel pour la procédure criminelle* (Bruxelles, 1787), que foi introduzido nos Paizes Baixos austriacos em 1787 e por isso influio em muitos pontos importantes sobre a legislação da revolução franceza. A este respeito póde-se consultar presentemente Eisenmann, Z., 13.°, 523.

II.—Na Prussia o governo de Frederico II desenvolveu incançavel actividade em materia de legislação penal (cons. Stolzel, *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung*, 2.°, 229). Depois de numerosas correcções sobre pormenores, a reforma terminou pelo *Direito commum* prussiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht*, publicado a 20 de Março de 1791, suspenso a 18 de Abril de 1792, de novo publicado a 5 de Fevereiro de 1794; em vigor no 1.° de Junho de 1794). O *Allg. Landrecht* prussiano trata do direito penal no titulo 20.° da 2.ª parte em 1577 artigos. A Klein († 1810) coube a parte principal na redacção; o trabalho de Globig e Huster não deixou de ter influencia. Com a sua commoda largueza, a sua inquieta solicitude, o seu cuidado de medidas preventivas que vae até o ridiculo, em suas penas em geral brandas e as suas definições pela maior parte praticas, esse documento legislativo apresenta um quadro cracteristico das ideas que dominavam no *Estado policial* civilisado. Comquanto pouco corresponda ao typo de um codigo moderno, foi elle uma solida e vigorosa contribuição mui apropriada a promover o desenvolvimento subsequente do direito penal. (ª)

(ª) O «periodo philosophico» é representado em Portugal pelo governo de D. José e do seu poderoso ministro, o marquez de Pombal

## § 8.— A legislação penal do seculo XIX

LITTERATURA. — Sobre a legislação dos Estados da Allemanha, Berner, *Die Strafgesetgbung von 1751 bis zur Gegenwart*, 1869; copioso material encontra-se nos commentarios dos codigos; noticias mais summarias em Stenglein, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 1857. — Sobre a legislação dos paizes estrangeiros, *La législation pénale comparée*, publicada pela União internacional de direito penal, 1.º v., 1894.

I.— Depois que passou o periodo critico philosophico, surgio tanto para a legislação como para a sciencia do direito penal um novo periodo de trabalho mais calmo e mais fecundo. Em França o movimento que logo se estabeleceu com a grande revolução produzio primeiramente o *Code pénal* de 3 *Brumaire*, anno 4.º, composto por Merlin, tendo por objecto principal o processo penal, e depois o *Code pénal* napoleonico de 1810 (projecto de 1804, continuação dos trabalhos em 1808, o cod. começou a vigorar no 1.º de Janeiro de 1811); trabalho este que, assignalando-se pela sua linguagem technica, precisa e clara, exerceu larga e profunda influencia — nem sempre favoravel — sobre a legislação dos paizes estrangeiros, e principalmente sobre a dos paizes latinos. Comquanto o rigor das comminações

---

(lei da boa razão, reforma dos estatutos da universidade de Coimbra de 1772 etc). No seguinte reinado de D. Maria I tentou-se reformar os cinco livros da Ord.; nomeou-se uma commissão para este fim (Decr. de 31 de Março de 1778), mas sendo passados cinco annos sem apparecer o resultado dos seus trabalhos, foi encarregado Mello Freire (carta regia de 22 de Março de 1783) da reforma do cod. do direito publico e criminal, obra que o illustre jurisconsulto terminou em quatro annos. O «Codigo Criminal intentado pela rainha D. Maria I» não converteu-se em lei, mas foi por tres vezes publicado, sendo a ultima ed. a de 1844. N. do trad.

do codigo de 1810, que emanam do mais rigido principio da intimidação, tenha soffrido desde 1832 repetidas e consideraveis attenuações, a solida contextura de suas definições, digamos assim, tem permanecido intacta. A este longo periodo de repouso deve a jurisprudencia franceza a claresa e segurança de suas decisões; mas nessa mesma immobilidade está a causa do entorpecimento da sciencia do direito francez, a que ha dezenas de annos tem faltado um vigoroso impulso.

II.— Os codigos allemães do seculo XIX. A historia da legislação penal da Allemanha no seculo XIX até 1870 divide-se em duas grandes secções separadas pelo apparecimento do cod. prussiano de 1851. Uma viva emulação, como não encontra-se egual nesse periodo em nenhum outro ramo de legislação, fez-se sentir nos Estados da Confederação germanica; os resultados do direito commum, experimentados durante seculos e definitivamente adquiridos, e as exigencias do periodo philosophico tinham de ser combinados com as necessidades resultantes das relações juridicas do novo seculo, com os postulados da philosophia especulativa e com as investigações da sciencia historica do direito.

I. — Os codigos penaes da Allemanha antes de 1851.

1.° — A precedencia cabe á Baviera. Primeiro quanto á ordem chronologica entre os codigos penaes da Allemanha, o codigo bavaro é tambem de todos o mais importante quanto á substancia. Apezar das muitas faltas em que incorreu elle levou a nomeada da arte da legislação na Allemanha muito além das nossas fronteiras e triumphantemente sustentou o confronto com o *Code pénal* francez.

A critica de Feuerbach (1) (publicada em 1804)

(1) Sobre Feuerbach, cons. o § 9., nota 1.ª.

ao projecto de Kleinschrod de 1802 deu logar a ser aquelle incumbido de elaborar um novo projecto. O seu trabalho, concluido em 1807 e discutido pela commissão de legislação, foi impresso em 1810 e depois de nova discussão publicado como codigo a 16 de Maio de 1813. Commentario official (*Anmerkungen*) de Gonner, unico authorisado, 3 v., 1813-1814. Em 1814 foi introduzido em Oldemburgo. Exerceu influencia sobre a subsequente legislação da Saxonia, do Wurttenberg, do Hanover e de Braunschweig.

2.° — Saxonia. Tittman e Erhard foram incumbidos em 1810 de elaborar um codigo. Os seus projectos (Tittman, 1813, Erhard, 1816) serviram de base ás discussões de uma commissão, cujo resultado foi o projecto de 1824 elaborado por Stubel. A morte deste e a de Tittman sustaram a continuação dos trabalhos. O projecto de Gross porém, composto em 1834 e 1835, veiu a ser o codigo criminal de 30 de Março de 1838. Commentarios de Gross, 1838, Weiss, 1841 e annos seguintes, Held e Siebdrat, 1848.

3.° — O cod. saxonio de 1838 foi imitado por quatro dos Estados da Thuringia, a saber, Weimar 1839 (projecto de 1822), Altenburgo, 1841, Meiningen 1844, Schwarzburg-Sondershausen, 1845. O cod. saxonio servio tambem de base ao chamado cod. thuringiano (projecto de 1849) que com modificações sobre minudencias foi introduzido em 1850 em Weimar, Sondershausen, Rudolstadt, Anhalt, Meiningen e Coburgo, em 1851 em Gotha, em 1852 em Reuss nova linha, em 1864 em Anhalt-Bernburg, onde desde 1852 entrou em vigor o cod. prussiano de 1851, e finalmente em 1868 em Reuss velha linha. Altenburgo porém conservou o seu cod. de 1841.

4.° — Wurttemberg. Os primeiros trabalhos de 1810 e 1813 (4 projectos) não deram resultado.

O mesmo succedeu ao projecto de 1823 organisado por v. Weber. Applicava-se provisoriamente o edicto de 17 de Julho de 1824 sobre as prisões e os diversos generos de penas. O cod. do 1.º de Março de 1839 basea-se sobre os projectos de 1832 (impresso como manuscripto), de 1835 (ed. de 1835; o relatorio da commissão da camara foi impresso em 1837) e de 1838 (este ultimo de accordo com as resoluções das duas camaras). Foi modificado em 1849, 1853 e 1855.

Knapp, *Das würtembergische Kriminalrecht*, exposto em notas ao tratado de Feuerbach de 1828-1829. Wächter, *Die Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Württemberg*, 1832. Commentarios de Hepp, 3 v., 1839 - 1842, Hufnagel († 1848) 2 v., 1840 - 1844, *Exposição sumaria*, 1845.

5.º— Hannover. Os trabalhos encetados em 1823 deram em resultado o projecto publicado em 1825 (principal collaborador A. Bauer, que em 1826 publicou o projecto annotado e em 1828 e 1831 lhe accrescentou novas notas). De 1825 a 1830 foi o projecto revisto e n'este ultimo anno apresentado ás camaras, que terminaram os seus trabalhos em 1838. Publicou-se o Codigo a 8 de Agosto de 1840. Numerosas leis complementares.— Commentario de Leonhardt, 2 v., 1846 - 1846, resumo, 1860.

6.º— Braunschweig. O projecto apresentado pelo governo ás camaras em 1839 (principaes collaboradores v. Schleinitz e Breymar) converteu-se no cod. de 10 de Julho de 1840, que de 1843 a 1870 vigorou tambem em Lippe-Detmold.

7.º— Hesse-Darmstadt. Projecto de Knapp, 1824, revisto em 1831, tendo a revisão por base um parecer de Mittermaier. Projecto de von Lindelof, 1837 (impresso como manuscripto). Em 1839 apresentação do projecto que foi ainda uma vez revisto (relatores von Lind e Breidenbach). Publicação do

cod. penal em 18 de Outubro de 1841. Foi modificado em 1843-1844 (sómente a parte geral).— O cod. de Hesse vigorou tambem em Nassau de 1849 até 1867, e em Francfort sobre o Main desde 1857, em Hesse-Homburg desde 1859.

8.°— Baden. Edicto penal que, baseando-se sobre o direito commum, tinha por fim uniformisar a administração da justiça criminal. Desde 1836 uma commissão especial empregou-se em organisar um projecto (o primeiro foi impresso em 1836), que em 1839 foi apresentado á segunda camara. Modificado em 1840 de accordo com as resoluções desta, e em 1851 de accordo com as da primeira camara, foi publicado como cod. a 6 de Março de 1845, entrando em vigor no 1.° de Março de 1851.— Commentario de Thilo, 1845, Puchelt, 2 partes, 1866-1868.

II.— O codigo penal prussiano de 1851.

A importante ordenança circular de 26 de Fevereiro de 1799 sobre a punição do furto e de outros crimes analogos é o ultimo termo da politica criminal seguida tão consciente e vigorosamente na Prussia desde que Frederico II assumio o governo. O movimento dos trabalhos concernentes á reforma tornou-se incerto e hesitante desde o começo do novo seculo.

Pela ordem de gabinete de 26 de Julho de 1826 foi creada uma grande commissão (sob a presidencia do ministro da justiça, conde Dankelmann) incumbida da revisão geral da legislação prussiana. A discussão do direito penal (primeira incumbencia) foi commettida a uma commissão especial, tendo por presidente von Kamptz (então director no ministerio da justiça), como membros Sack e Fischenich, e como relatores Schiller no concernente aos crimes contra o patrimonio, e Bode quanto aos demais trabalhos. Resultado: a apresentação do

projecto (projecto da commissão) que se imprimio de Novembro de 1828 a Fevereiro de 1829 acompanhado de quatro volumes de motivos.

Discussão do projecto na grande commissão de revisão das leis, bem como no ministerio. Resultado, o 2.° projecto (parte geral da lei penal), 1830.

Depois que von Kamptz assumio a pasta da justiça (1830), teve logar uma nova revisão que deu em resultado o 3.° projecto (revisto). Primeira parte codigo criminal e motivos, 1833; segunda parte leis de policia criminal e motivos (como 5.° volume dos motivos acima mencionados), 1833. Em 1834 accrescentaram-se varios supplementos, principalmente ás contravenções policiaes.

Sobre esta base nova discussão, de que resultou em 1836 o 4.° projecto (revisto) com o accrescentamento de um confronto (organisado por Weil) das leis penaes estrangeiras, 5 partes, 1838 a 1841.

Pela ordem de gabinete de 4 de Fevereiro de 1838 o exame subsequente foi incumbido a uma commissão especial composta de membros do conselho de Estado, a qual funccionou de Março de 1838 a Dezembro de 1842. Ao mesmo tempo começou a discussão dos principios geraes em assembléa plena do conselho de Estado, discussão que prolongou-se de Dezembro de 1839 a Janeiro de 1843. Resultado, o 5.° projecto de 1843 com as actas das deliberações, 3 partes, 1839 - 1842. Confronto dos tres projectos (1.° o de 1836, 2.° o projecto aliás não impresso da commissão especial, 3.° o do conselho de Estado de 1843) publicado em 1846 pelo ministro von Kamptz.

O projecto, acompanhado de uma memoria que continha 64 questões, foi apresentado na primavera de 1843 ás oito dietas (provinciaes) e remettido a diversas autoridades e a diversos lettrados. Baseando-se nas criticas e nos pareceres que foram emit-

tidos (especialmente pelas dietas provinciaes, — a do Rheno apresentou um novo projecto com motivos), Bischoff procedeu em 1845, sendo ministro da justiça Savigny, á revisão do projecto de 1843 (3 volumes), de que resultou o 6.° projecto (revisto) de 1845.

O exame ulterior foi feito desde Outubro de 1845 até Julho de 1846 pela commissão especial. Em Dezembro de 1846 ella apresentou o 7.° projecto ao conselho de Estado. Debates da commissão, 1846.

No entretanto fizeram-se sentir as aspirações particulares dos paizes do Rheno (a). Uma memoria de Ruppenthall escripta em 1846 servio-lhes de orgão. A nova discussão deu em resultado o 8.° projecto de 1847 com motivos. Novos debates da commissão, 1847.

Este projecto 8.°, acompanhado de 19 questões principaes, foi apresentado á commissão permanente das dietas convocadas a 3 de Dezembro de 1847 para funccionarem reunidas, e discutido tanto na secção preparadora como na assembléa plena da commissão até 6 de Março de 1848. Cons. Bleich, *Debates da commissão*, 4 v., 1848.

Os acontecimentos de Março interromperam o seguimento da discussão. Foi o ministro da justiça Simons quem recomeçou os trabalhos. A 10 de Dezembro de 1850 elle apresentou á segunda camara o 9.° projecto com motivos (publicado em 1851). Afinal os esforços sustentados durante tantos annos tiveram o desejado resultado. Após aprofundada discussão em ambas as camaras, o novo codigo penal obteve a 14 de Abril de 1851 a real sancção e

(a) Na provincia rhenana, adquirida pela Prussia em 1815, vigorava o C. p. francez que alli se desejava fosse imitado pelo novo cod. N. do trad.

começou a vigorar no 1.° de Julho do mesmo anno. (2)

Era manifesta a influencia dos juristas rhenanos: nas disposições sobre a tentativa e a cumplicidade, a penalidade e o direito criminal internacional, a divisão tripartida das infracções e as circumstancias attenuantes, o codigo prussiano estava sob o dominio do *Code pénal* francez.

LITTERATURA. Commentarios de Goltdammer, *Materiaes*, 2 partes, 1851-1852, de Beseler, 1851, Oppenhoff, 1856 e annos seguintes; tratados de Temme, 1853, Hälschner, 1855-1868, Berner, 1857 e annos seguintes.

O Cod. prussiano, com ou sem modificações, foi introduzido em 1852 em Hohenzollern e Anhalt-Bernburg (até 1864), em 1855 em Waldeck e Pyrmont, em 1858 em Oldenburg (onde em 1837 havia sido publicado o cod. de 1814 com muitas addições), e em 1863 em Lübeck.

Uma ordenança de 12 de Dezembro de 1866 publicou as duas primeiras partes do Cod. prussiano em Francfort sobre o Main. A ordenança de 25 de Junho de 1867 mandou que nos territorios novamente adquiridos o mesmo Cod. (em Francfort a 3.ª parte delle) com a redacção da 3.ª edição official (de 1859) começasse a vigorar desde o 1.° de Setembro de 1867. Assim foram abolidos: 1.° em Nassau, Hamburgo e Francfort o cod. de Hesse de 1841; 2.° em Hannover o cod. de 1840; 3.° em Hesse-Cassel e Schleswig-Holstein o direito commum.—Sobre a Hesse eleitoral, onde um projecto elaborado em 1849, não chegou a ser apresentado, vêr Hersting, *Das Strafrecht in Kurhessen in einzelnen Abhandlungen*, 2 v., 1853-1854. Sobre o

(2) O direito commum vigorava ainda então na Pomerania anterior e na parte oriental do Rheno pertencente ao districto de Coblentz.

Schleswig - Holstein (proj. de Eggers, 1808, proj. de 1840, 1849, 1866) ver Kramer, *Versuch einer systematischen Darstellung des peinlichen Rechts*, 1789, Schirach, *Handbuch des schleswig-holsteinschen Kriminalrechtes*, 2 v., 1828 — 1829.

III. — A legislação penal territorial depois de 1851

1.° — Saxonia. A reforma do C. p. de 1838 tornara-se inevitavel depois dos acontecimentos de 1848 que tão profunda influencia tiveram. A commissão organisada em Junho de 1848 (relator Krug) apresentou em Junho de 1850 um projecto que não teve seguimento. Em Abril de 1853 um novo projecto foi apresentado aos representantes das ordens e veio a ser o C. p. de 13 de Agosto de 1855 que começou a vigorar em 1 de Outubro de 1856. O C. p. de Reuss, linha antiga, de 27 de Novembro de 1861, em vigor desde o 1.° de Maio de 1862, é uma imitação do C. saxonio. Em 1868 este foi em parte modificado, sobretudo com relação á penalidade.

Commentarios de Krug, 2.ª ed., 1861-1862, Siebdrat, 1862, v. Schwarze, 1868. Exposição systematica de Wächter, 1857-1858 (incompleta).

2.° — Baviera. Alguns annos depois da publicação do C. p. de 1813, fez-se sentir a necessidade de uma completa reforma. O 1.° projecto organisado por Gönner provocou quasi geral desapprovação. O 2.° projecto de 1827, cujo principal autor foi v. Schmidtleins, não teve melhor sorte. Ao 3.° projecto elaborado por Stunzer não se deu seguimento. Interroperam-se os trabalhos e só em 1848 foram elles continuados. O ministro da justiça, von Kleinschrod, apresentou ás camaras em 1851 a parte geral de um 4.° projecto, e em 1853 um 5.° projecto completo e acompanhado de motivos (ed. em oitavo de 1854). Von Ringelmann, suc-

cessor de Kleinschrod, apresentou de novo este ultimo projecto sem alterações em 1855. As profundas divergencias que surgiram entre o governo e a representação nacional deram logar a que em Março de 1858 se interrompesse bruscamente a discussão. Só em Junho de 1860 o novo ministerio apresentou ás camaras o 6.° projecto revisto. Os trabalhos progrediram então rapidamente, e o novo C. p. de 10 de Novembro de 1861, modelado pelo prussiano, entrou em vigor no 1.° de Julho de 1862.

Commentarios de Hocheder, 1862, Weis, 1863-1865, Dollmann († 1867) e Risch, 1862-1868, Stenglein, 1861-1862.

3.° — Em Hamburgo julgou-se conveniente, ainda em 1869, decretar um novo C. p. que vigorou do 1.° de Setembro do mesmo anno até o 1.° de Janeiro de 1871 (projectos antigos, o de 1848 organisado por Trummer para as tres cidades hanseaticas, revisto em 1849-1851; em 1862 novo projecto, publicado em 1864).

III. — Em 1870 era este o estado da legislação penal na Allemanha:

O direito commum vigorava apenas 1.° nos dois Mecklenburgos (onde não tivera resultado um projecto de 1850), 2.° em Lauenburgo (por uma lei de 4 de Dezembro de 1869 o C. prussiano foi ahi introduzido e entrou em vigor no 1.° de Abril de 1870), 3.° em Schaumberg-Lippe, e 4.° em Bremen (onde não tiveram seguimento os projectos de 1861 e 1868).

Estavam em vigor dez codigos territoriaes, a saber, 1.° o de Braunschweig de 1840 (tambem vigente em Lippe-Detmold), 2.° o saxonio de 1838 em Saxe-Altenburgo desde 1841, 3.° o hessense de 1841, 4.° o thuringiano de 1850, 5.° o prussiano de 1851, 6.° o saxonio de 1868, 7.° o hamburguez

de 1869 e na Allemanha meridional, 8.° o württemberguense de 1839, 9.° o badense de 1845 e 10.° o bavaro de 1861.

Grande era a diversidade, mas não tanta quanto á primeira vista parecia. Apezar de todas as diversidades que se notavam entre aquellas leis penaes, dava-se uma certa conformidade nos traços principaes, e o Cod. prussiano, alargando directa ou indirectamente o circulo em que exercia o seu dominio, sobremodo facilitara a promulgação de um cod. penal commum á Allemanha. Ainda n'esta parte a Prussia havia de colher os fructos de sua politica. (3)

IV. — As legislações estrangeiras (4). Ha cerca de vinte annos que os paizes estrangeiros têm de novo exercido com animação e independencia a sua actividade legislativa. Entre os codigos promulgados n'este periodo merecem menção como mais importantes, 1.° o hungaro de 1878, 2.° o hollandez de 1881, 3.° o italiano de 1889, 4.° o filandez do mesmo anno que ainda não foi confirmado. Além d'estes codigos pede a attenção um grande numero de projectos, sobretudo os austriacos que remontam a 1874, o russo, o norueguense e o projecto (em elaboração) de um codigo para a federação helvetica.

## § 9.—A sciencia do direito penal do seculo XIX na Allemanha (até 1890)

LITTERATURA. v. Liszt na *Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten*, 1893, p. 72 (extrahida da obra *Die deutschen Universitäten* publicada

(3) Sobre a historia da origem do Cod. pen. imperial ver adiante o § 10.

(4) Encontram-se todas as informações no *Législation pénale comparée*.

para a exposição de Chicago). Sobre as theorias do direito penal, Heinze, H. H., 1º, 239, v. Bar, 1º, 201, Laistner, *Das Recht in der Strafe*, 1872, Günther, 1º e 2º (continúa).

I. — Pelos fins do seculo passado começou para a sciencia allemã um novo periodo de florescimento que se prolongou até além do meado do presente seculo. O periodo da agitação impetuosa e não esclarecida, apezar de todas as luzes, passára. A actividade legislativa dos Estados não sómente offerecia materia inexgotavel, senão tambem um duplo problema novo e grandioso, para cuja solução a sciencia adquirira as forças necessarias: a unificação do direito, que se achava dividido segundo Estados, e a sua historica ligação com o passado.

No começo d'este novo periodo encontra-se P. J. A. Feuerbach (nascido em 1775, † 1833) (1). Retemperado na philosophia kantiana, de cujo espirito estava penetrado, sujeitando á critica as intuições racionalistas dos seus predecessores, oppondo a sua experiencia e a sua educação de especialista ás exigencias impetuosas de reforma, este criminalista foi, de um lado, pelo seu tratado de 1801 o restaurador da sciencia penal, e de outro lado pela confecção do codigo bavaro de 1813 o pioneiro da codificação penal na Allemanha. Contemporaneamente collaboraram para o resurgimento da nossa sciencia, não só os amigos de Feuerbach, Grolmann († 1829, *Grudsätze*, 1798) e v. Almendigen († 1827), mas tambem os seus adversarios Klein († 1810,

(1) L. Feurbach *A. v. Feuerbachs Leben und Wirken*, 1852. Glaser, *Ges. Kl. Schriften*, 1º, 21. — O tratado foi publicado em 1847 por Mittermaier com commentarios criticos (14ª ed.), em 1852 por Morstadt e em 1855 per Osenbrüggen. — D'entre os outros trabalhos merece menção especial a *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des posit. peinl. Rechts*, 1793-1800.

*Grundsätze*, 1796) e v. Kleinschrod († 1824, *Systematische Entwicklung*, 1794-1796, 3.ª ed., 1805).

Seguiram-se muitos outros. Como autores de tratados e de manuaes merecem menção: Tittmann († 1834), Man., 1806-1810, 2.ª ed., 1822-1824; Rosshirt († 1873), professor em Heidelberg, Trat., 1821, *Geschichte und System*, 1838-1839; Wirth, Man., 1822; Martin († 1857), Trat., 1820-1825, 2.ª ed., 1829; Wächter († 1880, a respeito delle *Windscheid, K. G. v. Wächter*, 1880), Trat., 1825-1826 (compendio com excellentes indicações historicas); Bauer († 1843), Trat., 1827, 2.ª ed., 1833; Hencke († 1869), Trat., 1823-1838; Jarcke († 1852), Man., 1827-1830; Hefften († 1880), professor em Bonn, Halle, Berlin, Trat., 1833, 6.ª ed., 1857; Klenze († 1838), Trat., 1833 (compendio); Abegg, († 1868), professor em Königsberg e Breslau, *System*, 1826, Trat., 1836; Marezoll († 1873), professor em Giessen e Leipzig, *Kriminalrecht*, 1841, 3.ª ed., 1856; Luden († 1880), professor em Jena, Man., 1.º, 1842; Köstlin († 1856), professor em Tubingen, hegeliano, *Neue Revision*, 1845, *System*, 1855; Häberlin, *Grundsätze*, 1845 e annos seg.; E. J. Bekker, professor de direito romano em Heidelberg, *Theorie*, 1859; Geib († 1864), Trat., 1861-1862 (excellente compendio); Berner, Trat., 1.ª ed., 1857; Temme († 1881), Trat. do direito penal commum, 1876 (um lamentavel anachronismo).

Entre os muitos outros escriptores que se occuparam com materias do direito penal, destaca-se K. J. A. Mittermaier († 1867) menos pela sua solidez e penetração juridica do que pelo seu zelo incansavel em tornar proveitosos á sciencia allemã os trabalhos estrangeiros e combinar com o direito penal as chamadas sciencias auxiliares. Ver K. u. T. Mittermaier, *Bilder aus dem Leben K. J. A. Mittermaier*, 1886.

Entre as revistas do mesmo periodo, além da *Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft* (1798-1804) dirigida por Feuerbach e Grolmann, encontra-se á frente do movimento o *Archiv des Krim.-Rechts* (1799-1807) fundado por Klein e v. Kleinschrod, publicado depois como *Neues Archiv* (1816 a 1833) e finalmente como *Archiv Neue Folge* (1834-1857) por v. Kleinschrod, Mittermaier, Abegg, Heffter, v. Wächter, Zacharias e outros.

II. — As indagações philosophicas sobre a natureza e o fim da pena continuam o trabalho intellectual do seculo XVIII. Kant, com a sua grandiosa tentativa de separar completamente a pena do direito e fundar a retribuição, cuja medida deve ser o talião, sobre o imperativo categorico, não exerceu grande influencia sobre o desenvolvimento do direito penal. Henke e Zacharias, seguindo a Kant, procuraram construir o direito penal sobre a idéa do talião, mas naufragaram de um modo lamentavel, sem ter successores (2). O que de todo ponto predomina é a doutrina que vê a justificação e o fim da pena na protecção da ordem juridica e que assim proporciona uma base segura para a reconstrucção tanto da sciencia como da legislação (3).

III. — Pelo meado do presente seculo deu-se um deploravel declinio no desenvolvimento da nossa sciencia. Varias causas concorreram para produzir este resultado.

A primeira foi a *recepção do direito penal francez* no codigo prussiano de 1851. A Prussia apartou-se assim das tradições do direito commum. Bem de-

(2) Kant, † 1804, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788; *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1799. — Henke, Tratado, 1815. H. S. Zachariä († 1843), *Anfangsgründe des philosophischen Kriminalrechts*, 1805.

(3) Cons. adiante o § 12.

pressa a praxe prussiana aprendeu a andar com os seus proprios pés e tomou a si a direcção. Goltdammer († 1872, membro do supremo tribunal de Berlin) e Oppenhoff († 1875, procurador geral em Berlin) alcançam muito maior influencia do que todos os seus contemporaneos, cuja actividade se exerce no magisterio do direito penal; o culto dos preconceitos empana o brilho da sciencia. E' um pratico que funda e vigorosamente dirige o Archivo do direito penal prussiano (1853), ao passo que o antigo *Archiv des Kriminal-Rechts*, fundado e dirigido por professores, termina tranquilla e ingloriamente os seus dias em 1857.

A ruptura entre a theoria e a praxe alargou-se a olhos vistos, depois que a sciencia do direito penal penetrou no circulo da philosophia hegeliana (4).

(4) Segundo Hegel († 1831), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 (8.º vol. da ed. de Gans, §§ 82 e 97), a pena deriva da *idéa*, como absoluto. Tudo o que é não passa de um momento no desenvolvimento dialectico da idéa. Primitivamente o pensamento e a existencia, a idéa e o ser, são instinctivamente unos e indistinctos; depois separam-se e contrapõem-se pela *reflexão*, até que a *especulação* os reune em uma unidade superior e consciente. Assim a pena é tambem a realisação dialectica da idéa do direito, o aniquilamento do crime pelo poder idéal do direito. Este é o imperio realisado da razão, a existencia exterior da natureza racional da vontade. No crime a vontade individual insurge-se contra a vontade geral; o crime está pois em contradicção comsigo e consequentemente é em si nullo. O crime é mera apparencia, e a essencia d'esta apparencia está em que elle a si mesmo se annulla. Mas na sua existencia exterior o crime precisa ser declarado nullo; faz-se mister o reconhecimento de que elle e uma apparencia, e isto se opera pela pena. Esta é a manifestação da nullidade do crime, a constatação de sua existencia illusoria; a pena é a negação da negação do direito (como negação do crime), e portanto a punição o restabelecimento do direito. — Os vicios logicos d'este raciocinio são manifestos. Não é verdade que o crime em si seja nullo, e de nenhum modo se prova nem é demonstravel que a verificação da existencia apparente do crime se deva operar justamente pela pena.

Justamente os mais importantes d'entre os criminalistas prussianos, Köstlin († 1856, professor em Tubingen), Hälschner († 1889, professor em Bonn) e Berner (professor em Berlin) prestam homenagem— ou pelo menos a prestavam por occasião de suas primeiras armas,—ao mais decidido hegelianismo. Si a esta escola devemos valiosissimos contingentes para a analyse psychologica do crime, certo é que a dialecta hegeliana, com a qual tudo se pode justificar no passado como no presente, turva a lucidez do espirito, difficultando a comprehensão das necessidades juridicas da vida pratica e das exigencias da politica criminal.

A' sciencia, que guardára e augmentára o thesouro das convicções communs nos tempos assignalados pelo particularismo do direito, estava reservada a triste sorte, em parte devida á propria culpa, de sentir-se sem apoio e sem forças, quando surgio o dia, desde muito desejado, da promulgação de um codigo penal commum ás raças allemães já unidas no campo de batalha!

## § 10. — Origem e desenvolvimento do Codigo penal do Imperio

I. — Os esforços tendentes a dotar a Allemanha com um codigo penal commum remontam a muitos annos atraz; mas as circumstancias politicas fizeram com que se mallograssem todas as tentativas. Os diversos projectos elaborados por particulares (K. S. Zachariä, 1826, v. Strombeck, 1829, Krug, 1857, v. Kräwel, 1862) não mereceram muita attenção. Os acontecimentos do anno de 1848 foram além da iniciativa que o Wurttemberg tomára em 1847. O art. 64 da Constituição do Imperio de 28 de Março

de 1849 (*) deu logar a que o ministerio da justiça prussiana organisasse o projecto de um codigo (1849); mas esse projecto, victima das circumstancias do tempo que tão depressa mudaram, não se publicou e, com excepção de alguns poucos exemplares, foi levado ao pilão. A proposta que a Baviera, de accordo com outros governos, apresentou á dieta federal em 1859 para ser examinada a possibilidade e a utilidade de codigos communs no civel e no crime, não teve outro resultado senão o parecer da commissão datado de 12 de Agosto de 1861, o qual punha em duvida ser « muito imperiosa » a necessidade de um codigo penal commum. Pouco mais ou menos pelo mesmo tempo Kräwel propunha ao primeiro congresso de juristas allemães (1860) que elle se pronunciasse sobre a urgencia de uma lei penal commum; a proposta foi unanimemente approvada, mas não despertou muito interesse.

II. — Parece que o mesmo sentimento predominava ainda nos circulos directores, quando se redigio o projecto da constituição federal da Allemanha do Norte. O art. 4.° n. 3, incluindo na competencia legislativa do Imperio o processo civil, a fallencia, o direito cambial e o direito commercial, deixou de mencionar o direito penal. Prestou Lasker o inolvidavel serviço de ter dado causa a que o direito penal fosse incluido na competencia da legislação commum, apresentando a este respeito a emenda additiva que, apoiada por v. Wächter e impugnada

(*) A constituição votada pela assembléa nacional e publicada a 28 de Abril de 1849, segundo a qual a Allemanha passava a ser um Estado *federativo constitucional*, tendo por chefe um imperador hereditario com ministros responsaveis, e por orgãos uma camara representante dos Estados e uma outra representante do povo. Esta bella construcção aluio-se com a simples recusa por parte de Frederico Guilherme IV, rei da Prussia, de aceitar a corôa imperial. N. do trad.

por v. Schwarze, obteve a approvação do Reichstag. (Art. 4.°, n. 13 da Const. fed. de 26 de Julho de 1867).

Em breve tratou-se de realisar este *desideratum*. Em virtude da proposta apresentada a 30 de Março de 1868 pelos deputados Wagner e Planck, o *Reichstag* resolveu a 18 de Abril «convidar o Chanceller federal a elaborar e apresentar-lhe com a possivel brevidade os projectos de um codigo penal e de um codigo do processo penal communs, e o projecto de uma lei de organisação judiciaria de accordo com ditos codigos». Approvada esta resolução a 5 de Junho pelo *Bundesrat*, o chanceller federal, por acto de 17 de Junho de 1868, incumbio o ministro da justiça prussiano, Dr. Leonhardt, de promover a confecção do projecto do codigo penal.

1.° — O trabalho foi confiado ao (então) conselheiro intimo da justiça superior Dr. Friedberg, tendo por auxiliares o assessor Dr. Rubo e o juiz de circulo Rudorff. Friedberg desenvolveu o programma em uma memoria datada de 21 de Novembro de 1868 que apresentou ao *Bundesrat*. Já em 31 de Julho de 1869 o projecto (1.° projecto) era apresentado ao chanceller federal e dado ao mesmo tempo á publicidade. Acompanhavam-n'o uma minuciosa justificação e quatro appensos (confronto das disposições penaes das legislações allemães e das estrangeiras, questão da pena de morte, questões sobre materias de medicina legal, duração maxima da pena de reclusão). O projecto cingia-se ao codigo prussiano de 1851 que tomára para modelo, mas corrigia-o em pontos importantes.

2.° — A 3 de Julho de 1869 o *Bundesrat* elegeu uma commissão de sete membros para o exame do projecto, a qual reunio-se em Berlin no 1.° de Outubro. Os membros eram o Dr. Leonhardt, como presidente, o Dr. Friedberg, como relator, o procurador geral Dr. von Schwarze (de Dresda), como

vice-presidente, o senador Dr. Dônandt (de Bremen), o advogado e conselheiro de justiça Dr. Dorn (de Berlin), o ministro do tribunal de appellação Burgers (de Colonia), o ministro do tribunal superior de appellação Dr. Budde (de Rostock). O Dr. Rubo e Rüdorff serviam de secretarios.

Os *theoricos* — nenhum dos quaes fôra eleito membro da commissão — tomaram parte na obra nacional por meio dos trabalhos manuscriptos ou impressos que offereceram; assim o fizeram Auschütz, Beseler (trabalhos manuscriptos), Berner, Binding, Geyer, Häberlin, Hälschner, Heinze, H. Meyer (relatorios impressos), Merkel, Gessler, Seeger (discussões do 9.° congresso dos juristas allemães). John já anteriormente tinha publicado, como sua vigorosa contribuição, o «Projecto motivado de um Codigo penal para a Federação da Allemanha do Norte», 1868.

Depois de 43 sessões, a commissão terminou os seus trabalhos a 31 de Dezembro de 1869 e no mesmo dia entregou ao chanceller federal o projecto impresso (2.° projecto, sem motivos). Não foi publicado, mas remettido a alguns especialistas. Heinze, Vollert, v. Wächter o discutiram por escripto.

3.° — De 4 a 11 de Fevereiro de 1870 o projecto da commissão foi sujeito no *Bundesrat* a uma breve discussão, da qual sahio como 3.° projecto, tendo recebido poucas modificações, apezar das duvidas levantadas pela Saxonia e pelo Mecklenburgo (deu-se ao art. 2.° da lei de Introducção a sua actual redacção).

Foi apresentado a 4 de Fevereiro ao *Reichstag* acompanhado dos quatro appensos e dos respectivos motivos que Friedberg e von Schwarze em parte modificaram. Leonhardt e Friedberg receberam dos governos a incumbencia de defendel-o (b).

(b) Isto é, do *Bundesrat*, como representante dos governos dos Estados. Pelo art. 16 da Const. do Imperio da Allemanha o *Bun-*

Teve logar a 1.ª leitura a 22 de Fevereiro. Regeitada a proposta de v. Schwarze para ser o projecto remettido a uma commissão de 21 membros, resolveu-se, sob proposta do deputado Albrecht, que a 1.ª parte (a parte geral) e os capitulos 1 a 7 da 2.ª parte (contendo principalmente os crimes politicos) fossem discutidos em assembléa plena e que sómente os demais capitulos de 8 a 29 da 2.ª parte fossem sujeitos ao exame previo de uma commissão.

A 28 de Fevereiro começou a 2.ª leitura que terminou a 8 de Abril e se assignalou pelo importante debate sobre a pena de morte, cuja abolição passou no 1.º de Março por 118 votos contra 81.

Marcara-se o dia 21 de Maio para o começo da 3.ª leitura. Declarou então o ministro Leonhardt, no desempenho da incumbencia do *Bundesrat*, que este fazia depender a passagem da lei do abandono de algumas das deliberações tomadas por occasião da 2.ª leitura e, sobretudo, do restabelecimento da pena de morte. A emenda additiva de Planck concebida nestes termos — «é mantida a abolição da pena de morte nos Estados, em que esta pena já se acha abolida» — deu logar a adiar-se a discussão e no entretanto resolveu o *Bundesrat* (22 de Maio) que era inadmissivel a emenda Planck por incompativel com a unificação do direito em um dos pontos mais importantes.

A 23 de Maio recomeçou a discussão no *Reichstag*. Planck retirou a sua emenda, e, depois de um notavel discurso do chanceller federal, passou o restabelecimento da pena de morte por 127 votos

---

*desrat* tem a faculdade de designar alguns dos seus membros ou de eleger commissarios especiaes que defendam os projectos daquella camara perante o *Reichstag*. N. do trad.

contra 119 (c). A 25 de Maio a lei foi approvada com as modificações desejadas pelo *Bundesrat* e no mesmo dia este deu o seu assentimento (d); a 31 foi promulgada pelo Imperador e publicada a 8 de Junho no numero 16 da folha official o *Codigo penal da Federação da Allemanha do Norte*, devendo entrar em vigor no 1.° de Janeiro de 1871.

III. — Com a fundação do Imperio da Allemanha fez-se necessario converter o Codigo penal da Federação da Allemanha em *Codigo penal do Imperio*.

1.° — Em virtude do art. 80 da Constituição da Federação allemã pactuada primeiramente com Baden e Hesse a 15 de Novembro de 1870, o Cod. penal de 31 de Maio de 1870 com a lei de introducção decretada na mesma data entrou em vigor *a*) em Baden no 1.° de Janeiro de 1872, *b*) na Hesse (quanto ao territorio que não pertencera á federação da Allemanha do Norte) no 1.° de Janeiro de 1871.

2.° — Segundo o tratado concluido com o Württemberg a 25 de Novembro de 1870, o Codigo começou a vigorar ahi no 1.° de Janeiro de 1872 (art. 2.°, n. 6).

3.° — Na Baviera, de accôrdo com o tratado de 23 de Novembro de 1870, o codigo foi introduzido pela lei de 22 de Abril de 1871, concernente

---

(c) Vêr extractos do discurso do chanceller, conde de Bismark, na *Législation pénale comparée*, p. 270. A victoria tão facilmente alcançada pelo *Bundesrat* bem mostra que o centro de gravidade da nova Federação não estava no *Reichstag*. N. do trad.

(d) Segundo o direito constitucional allemão, a promulgação e a publicação das leis pertence ao imperador, mas a sancção pertence ao *Bundesrat*, e opera-se por uma resolução deste, depois de ter sido o projecto approvado pelo *Reichstag*. Mesmo os projectos iniciados pelo *Bundesrat* e approvados sem modificação pela outra camara carecem para converterem-se em lei do assentimento do *Bundesrat*. Laband, *Staatsrecht*, 1.° v., § 55. N. do trad.

á introducção das leis da Federação da Allemanha do Norte naquelle paiz, devendo começar a vigorar desde o 1.º de Janeiro de 1872.

No entretanto o art. 2.º da lei de 16 de Abril de 1871, concernente á Constituição do Imperio da Allemanha, declarou lei imperial o Codigo penal.

A lei de 15 de Maio de 1871, concernente á redacção do Codigo penal da Federação da Allemanha do Norte como Codigo do Imperio da Allemanha, fez no respectivo texto (mas não no da lei de introducção) as alterações que a mudança das relações politicas tornára necessarias.

4.º — Na Alsacia-Lorena, o Codigo penal (mas não a lei de introducção de 31 de Maio de 1870) foi introduzido pela lei de 3 de Agosto de 1871 (alterada pela de 14 de Julho de 1873), devendo vigorar desde o 1.º de Outubro de 1871.

Consequentemente a efficacia do Cod. penal imperial começou:

1.º, no 1.º de Janeiro de 1871, nos territorios da primitiva Federação da Allemanha do Norte e na Hesse ao sul do Main.

2.º, no 1.º de Outubro de 1871, na Alsacia-Lorena.

3.º, no 1.º de Janeiro de 1872, em Württemberg, Baden e Baviera.

5.º — No 1.º de Abril de 1891, o Cod. começou a vigorar em Helgoland (ordenança de 22 de Março de 1891).

IV. — O Cod. penal começou a ser alterado pela lei de 10 de Dezembro de 1871, que lhe accrescentou o art. 130 a, o chamado artigo sobre abusos do pulpito. As leis de 23 de Novembro de 1874 e 6 de Fevereiro de 1875 revogaram os arts. 287 e 337.

Muito mais profunda, porém, e ainda assim incompleta, foi a revisão operada pela lei de 26 de Fevereiro de 1876 nesse Codigo, que mal começára

a vigorar e que muitas vezes já havia sido qualificado de carecedor de reforma (e).

As principaes disposições da proposta apresentada a 23 de Novembro de 1875, e, depois de aprofundadas discussões (1.ª leitura a 3 de Dezembro de 1875, 2.ª leitura de 14 de Dezembro a 29 de Janeiro de 1876, 3.ª leitura a 9 e a 10 de Fevereiro), approvada com numerosas e notaveis modificações, versavam sobre os seguintes pontos:

1.° — Correcção de varios erros de redacção.

2.° — Em muitos casos (arts. 176, 177, 240, 241, 296, 370 n. 4 do C. p.) a exigencia da queixa foi abolida, e em outros (arts. 263, 292) limitada, e estabeleceu-se, como regra, que a queixa não póde ser retirada (art. 64).

3.° — Elevou-se o numero das penas applicaveis aos crimes previstos nos arts. 113, 114 a 117; a responsabilidade de que trata o art. 4 n. 1 do C. p. foi ampliada.

4.° — Accrescentaram-se os arts. 49 a *(artigo-Duchesne)* (f), 103 a, 223 a, 353 a *(artigo-Arnim)* (g), 366 a, 361 n. 9, 130 a, 2.ª *aliena*.

---

(e) O C. p. allemão foi organisado e votado com tanta pressa, que nem o legislador nem os criminalistas tiveram tempo de estudal-o aprofundadamente no seu conjuncto e nos seus principios. Parece que a nova federação tinha pressa de dar uma prova do seu vigor, decretando um C. p. commum. D'ahi a necessidade de expurgal-o de muitas das suas faltas, logo depois de promulgado, como previra o Dr. Leonhardt no *Reichstag*. N. do trad.

(f) Um cidadão belga, chamado Duchesne, convencido de ter premeditado e proposto matar Bismark, não foi pronunciado, porque o facto não incidia em algum artigo do C. p. da Belgica. Este incidente, que provocou troca de notas diplomaticas entre a Allemanha e a Belgica, deu causa ao apparecimento da lei belga de 7 de Julho de 1875, contendo disposições sobre o offerecimento para a pratica de certos crimes, e na Allemanha á inserção no C. p. do art. 49 a, denominado «artigo-Duchesne.» N. do trad.

(g) Motivado pelo caso bem conhecido do conde Harry v. Arnim. N. do trad.

V. — As alterações posteriores do C. p. dizem respeito:

1.°, á substituição dos arts. 281 a 283 do C. p. pelo 3.° livro da lei sobre fallencia de 10 de Fevereiro de 1877;

2.°, á inserção dos arts. 302 a a 302 d pela lei sobre a usura de 24 de Maio de 1880;

3.°, ao accrescentamento de um 2.° *aliena* ao art. 184 pelo art. 4.° da lei de 5 de Abril de 1888, concernente aos debates judiciarios em sessão secreta;

4.°, á modificação e complemento dos arts. 276, 317, 318, 360 n. 4, 364, 367 n. 5 pela lei de 13 de Maio de 1891;

5.°, á modificação do art. 69 pela lei de 26 de Março de 1893;

6.°, á modificação e complemento das disposições sobre a usura (arts. 303 a e seg.) pela lei de 19 de Junho de 1893;

7.°, á modificação dos arts. 89 e 90 do C. p. pela lei de 3 de Julho de 1893.

## § 11. — As demais leis penaes do Imperio

LITTERATURA. — Hellweg e Arndt, *Die deutsche und preussische Strafgesetzgebung*, 1883, fasciculo supplementar de 1883 a 1885, 1886. Util é tambem o *Kodex des deutsch-preuss. Strafrechts und Strafprozesses* de Borchert, 1882; supplemento, 1887; Wermer, *Sammlung kleinerer strafrechtlicher Reichsgesetze*, 1890. Olshausen, *Die Reichs-Straf-Nebengesetze*, 1893; Stenglein (com Appelius e Kleinfeller), *Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs*, 1893 (commentario). Cons. tambem Felisch, *Strafrecht und Strafprozess;* exame systematicamente ordenado das leis e ordenanças da Allemanha e da Prussia, bem como das decisões do tribunal imperial e da côrte de appellação (correspondentes aos annos de 1891 e 1892).

O C. p. não contem em si todo o conjuncto das disposições que constituem o nosso direito penal imperial. Muitas outras leis imperiaes (impropriamente denominadas, sob o ponto de vista do criminalista, *leis accessorias*) encerram disposições penaes importantes, que não podem ser omittidas em um systema de direito penal. Vamos enumeral-as em ordem chronologica.

1867—1.º—Lei de 12 de Outubro sobre o imposto do sal.
2.º—Lei de 25 de Outubro sobre a nacionalidade dos navios mercantes.
1868—3.º—Lei de 8 de Julho sobre a imposição do alcool.
1869—4.º—Lei sobre o sello de letra, de 10 de Julho de 1869, modificada pela lei de 4 de Junho de 1879.
5.º—Lei sobre a industria, de 21 de Junho de 1869, modificada por varias leis e ultimamente pela de 6 de Julho de 1887 (novo texto do 1.º de Julho de 1883, publicado pelo chanceller imperial). Ver o n. 82.
6.º—Lei do 1.º de Julho sobre a união aduaneira.
1870—7.º—Lei de 11 de Junho sobre os direitos de autor em materia de escriptos, desenhos, composições musicaes e obras dramaticas.
1871—8.º—Constituição imperial de 16 de Abril.
9.º—Lei de 8 de Junho sobre titulos ao portador, que vencem premio.
10.—Lei de 28 de Outubro sobre o correio.
11.—Lei de 21 de Dezembro de 1871 sobre as restricções á propriedade immovel comprehendida nos raios das fortificações

1872—12.—Lei de 31 de Maio de 1872, concernente ao imposto sobre o fabrico de cerveja (vigora sómente em parte do territorio federal).
13.—O C. p. militar de 20 de Junho.
14.—Lei de 27 de Dezembro sobre gente do mar.
15.—Lei de 27 de Dezembro concernente á obrigação imposta aos capitães dos navios mercantes allemães de receber maritimos, que tenham necessidade de soccorro.
1873—16.—Lei de 13 de Junho sobre contribuições de guerra.
17.—Lei de 28 de Junho sobre o registro e a denominação dos navios mercantes.
18.—Lei de 9 de Julho sobre a moeda.
1874—19.—Lei de 8 de Abril sobre a vaccinação.
20.—Lei militar do Imperio de 2 de Maio.
21.—Lei de 7 de Maio sobre a imprensa.
22.—Lei de 17 de Maio sobre naufragios.
23.—Lei de 30 de Novembro sobre marcas de fabrica.
1875—24.—Lei de 6 de Fevereiro sobre o registro civil e a celebração do casamento.
25.—Lei de 14 de Março sobre bancos.
1876—26.—Lei de 9 de Janeiro concernente aos direitos de autor sobre obras de artes figurativas.
27.—Lei de 10 de Janeiro concernente á contrafacção de photographias.
28.—Lei de 11 de Janeiro concernente aos direitos de autor sobre desenhos e modelos (de gosto).
29.—Lei de 25 de Fevereiro concernente á desinfecção dos carros que transportam animaes por via-ferrea.

1876—30.—Lei de 14 de Agosto concernente aos signaes para pedir piloto ou soccorro de que devem servir-se os navios no mar ou nas aguas territoriaes.

31.—Ordenança de 15 de Agosto sobre o modo de haverem-se os capitães de navio, depois de um abalroamento.

32.—Lei de 4 de Dezembro sobre a epocha em que é prohibida a pesca das phocas.

1877—33.—Lei de 10 de Fevereiro sobre a fallencia.

1878—34.—Lei de 21 de Maio de 1878 concernente ás infracções das medidas prohibitivas da introducção de gado tomadas para prevenir a peste bovina.

35.—Lei de 3 de Julho de 1878 sobre o sello das cartas de jogar.

1879—36.—Lei de 14 de Maio sobre o commercio de generos, artigos de consumo e objectos de uso.

37.—Lei de 10 de Julho sobre a jurisdicção consular.

38.—Lei de 16 de Julho sobre a imposição do fumo.

39.—Lei de 19 de Julho sobre a isenção de imposto concedida ao alcool que é destinado a fins industriaes.

1880—40.—Ordenança de 7 de Janeiro concernente á prevenção do abalroamento de navios no mar.

41.—Lei de 25 de Março concernente ás declarações que os capitães de navio devem fazer nos consulados do Imperio allemão (e mais a ordenança de 28 de Julho do mesmo anno).

42.—Lei de 23 de Junho concernente á prevenção e á suppressão de epizootias.

1881—44.—Lei de 22 de Maio sobre a navegação costeira.

45.—Lei do 1.º de Julho concernente ao imposto imperial do sello, modificada pela lei de 29 de Maio de 1885.

46.—Lei de 17 de Julho concernente ás penas applicaveis ás infracções das leis aduaneiras austro-hungaras.

47.—Lei de 20 de Julho concernente á indicação da capacidade dos vasos para liquidos.

1882—48.—Lei de 23 de Junho concernente á alteração da tarifa aduaneira de 15 de Julho de 1879.

1883—49.—Lei de 15 de Junho sobre o seguro dos operarios contra enfermidades (novo texto de 10 de Abril de 1892).

50.—Lei de 19 de Junho sobre os portos militares.

51.—Lei de 3 de Julho concernente á prevenção e á suppressão do mal phylloxerico.

1884—52.—Lei de 12 de Março concernente ás cedulas que podem ser usadas nas eleições publicas.

53.—Tratado internacional de 6 de Maio de 1882 (ratificado a 15 de Março de 1884) concernente á regulamentação policial da pesca no mar do Norte fóra das aguas territoriaes.

54.—Lei de 30 de Abril de 1884 para a execução da convenção internacional de 6 de Maio de 1882 concernente á regulamentação policial da pesca no mar do Norte.

55.—Lei de 13 de Maio de 1884 concernente ao fabrico de phosphoros e aos respectivos direitos aduaneiros.

1884—56.—Lei do 1.° de Junho concernente á alteração da lei de 7 de Abril de 1876 sobre as caixas de soccorro inscriptas.

57.—Lei de 9 de Junho concernente ao abuso de materias explosivas.

58.—Lei de 6 de Julho concernente ao seguro contra accidentes.

59.—Lei de 16 de Julho sobre o titulo de obras de ourivesaria.

60.—Lei de 18 de Julho concernente ás companhias anonymas e ás sociedades em commandita por acções.

1885—61.—Lei de 26 de Maio concernente á contrafacção do papel que é empregado no fabrico de bilhetes do thesouro imperial.

62.—Ordenança de 28 de Setembro concernente á transferencia de attribuições do imperante ao governador da Alsacia-Lorena.

63.—Tratado de 29 de Abril concluido com a Belgica sobre a repressão dos delictos florestaes, ruraes, de caça e de pesca nos territorios limitrophes.

1886—64.—Lei de 17 de Abril concernente á situação juridica dos territorios sob o protectorado da Allemanha, modificada pela lei de 15 de Março de 1888 (novo texto de 19 de Março de 1888).

1887—65.—Lei de 24 de Junho concernente á imposição do alcool, modificada pela lei de 8 de Junho de 1891.

66.—Lei de 25 de Junho concernente ao commercio de mercadorias que contem chumbo e zinco.

67.—Lei de 5 de Julho concernente á applicação de materias colorantes prejudiciaes á saude no fabrico de generos, artigos de consumo e objectos de uso.

1887—68.—Lei de 12 de Julho concernente aos succedaneos da manteiga.

69.—Lei de 21 de Novembro para a execução do tratado internacional sobre a protecção do cabo submarino (de 14 de Março de 1884).

1888—70.—Lei de 22 de Março sobre a protecção dos passaros.

71.—Lei de 29 de Março sobre a interpretação do art. 2 da lei de 30 de Agosto de 1871 concernente á introducção do C. p. do Imperio allemão na Alsacia-Lorena.

72.—Lei de 5 de Abril concernente aos debates judiciarios em secção secreta.

73.—Regulamento concernente á lei sobre a arqueação de navios de 20 de Junho de 1888.

1889—74.—Lei do 1.° de Maio sobre as sociedades cooperativas de industria e economia.

75.—Lei de 22 de Junho sobre o seguro contra a invalidez e a velhice.

76.—Ordenança de 15 de Agosto sobre a mineração nos paizes do sudoeste da Africa sob o protectorado allemão.

1891—77.—Ordenança de 22 de Março concernente á introducção das leis imperiaes em Helgoland.

78.—Lei de 7 de Abril sobre patentes de invenção (substitutiva da lei de 25 de Maio de 1877).

79.—Lei de 13 de Maio concernente á alteração de disposições do C. p.

80.—Lei de 19 de Maio concernente ao exame do fecho das armas de fogo.

81.—Lei de 31 de Maio concernente á imposição do assucar.

1891—82.—Lei do 1.° de Junho concernente á alteração da lei sobre a industria.
1892—83.—Lei do 1.° de Junho sobre a protecção dos modelos de objectos de utilidade.
84.—Lei de 6 de Abril sobre os telegraphos do Imperio allemão.
85.—Lei de 20 de Abril sobre as sociedades de responsabilidade limitada.
86.—Lei de 20 de Abril concernente ao commercio de vinhos e de bebidas vinosas ou similares.
87.—Regulamento de 5 de Julho concernente á ordem do serviço nas linhas ferreas principaes da Allemanha.
Regulamento de 5 de Julho concernente á ordem do serviço nas linhas ferreas secundarias da Allemanha.
88.—Regulamento concernente ao trafego nas linhas ferreas da Allemanha de 15 de Novembro.
1893—89.—Lei de 26 de Março concernente á modificação do art. 69 do C. p.
90.—Lei de 19 de Junho concernente a disposições complementares sobre a usura.
91.—Lei de 3 de Julho concernente á revelação de segredos militares.

Além disto, os tratados internacionaes do Imperio da Allemanha (relativos á assistencia judiciaria internacional, á extradição, á protecção dos direitos de autor, os tratados de amizade, commercio e navegação) encerram importantes disposições penaes que nos devidos logares serão apontadas.

# II. — Lineamentos de Politica criminal

## § 12. — O direito penal como protecção de interesses

LITTERATURA (tambem e principalmente sobre a idéa do bem juridico) — Ahrens, *Naturrecht*, 1º, 338; v. Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1877 e annos seg.; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, 1º, 1872, 2º. 1879 (especialmente o 1º v., 2ª ed. de 1890, p. 328 e 338); Binding, Manual do Direito penal, 1º, 1885; Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878; Kohler, *Deutsches Patentrecht*, 1878 (especialmente a p. 500); v. Liszt, Z., 3º, 1, 6º, 673, 8º, 134; E. Benedikt, Z., 7º, 481; Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 1885; Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1887; Finger, G. S., 40º, 39; Ziebarth, *Forstrecht*, p. 1, 321; Merkel, Tratado, 1889, p. 20; Bünger, Z., 8º, 666; Seuffert, *Gutachten für den 21. deutschen Juristentag*; trabalhos, 1º, 227; Klöppel, *Gesetz und Obrigkeit*, 1892. — Sobre as theorias do Direito penal, cons. as obras mencionadas nos §§ 7 e 9.

I. — Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A protecção de interesses é a essencia do direito, a idéa finalistica a força que o produz.

1.º — Chamamos bens juridicos os interesses que o direito protege. *Bem juridico é, pois, o interesse juridicamente protegido.* Todos os bens juridicos são interesses humanos, ou do individuo ou da collecti-

vidade. E' a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção juridica converte o interesse em bem juridico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicilio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionaes os garantissem contra a intervenção arbitraria do poder publico. A necessidade origina a protecção, e, variando os interesses, variam tambem os bens juridicos quanto ao numero e quanto ao genero (1).

---

(1) Bem juridico não é *bem do direito* ou ordem juridica (como pensa Binding e tambem Rosin que o segue, W. V, 2.°, 275), mas um *bem do homem* que o direito reconhece e protege. — A idéa do bem juridico é, ao nosso ver, mais ampla do que a do direito subjectivo. Mas, em todo caso, não se compadece com o uso da lingua falar em direito á vida, á liberdade, á honra, etc., como, por exemplo, o faz R. Löning (a).

(a) A idéa do bem juridico é, sem duvida, mais ampla do que a do direito subjectivo, visto como a ordem juridica pode proteger interesses, e muitas vezes o faz, sem conferir direitos a determinadas pessoas, individuaes ou collectivas. Já Ihering havia feito esta observação no seu *Geist des röm. Rechts* (4°, 35). A lei que estabelece impostos protectores de certas industrias, diz elle, aproveita aos fabricantes, favorece-os e protege-os na sua exploração industrial, mas não lhes confere direito algum. A lei em taes casos é decretada no interesse do Estado, e, si aproveita a particulares, é por um *effeito reflexo*, relação esta que, comquanto tenha a maior analogia com o direito subjectivo, delle deve-se cuidadosamente distinguir. Basta esta simples consideração para mostrar que é inadmissivel a concepção de Feuerbach (Tratado, § 21) seguida por muitos criminalistas antigos e ainda hoje defendida na Allemanha e fóra della, segundo a qual o crime é offensa de um direito subjectivo.

Deixando de parte o que ha de incorrecto nesta formula (pois o crime prejudica o bem, mas deixa o direito intacto), não é possivel, como pondera van Hamel, referir a pessoas determinadas os numerosos interesses que a lei penal protege, e que dizem respeito á segurança, á confiança nas relações sociaes, ao sentimento moral e religioso, etc.

Os defensores da doutrina de Feuerbach não a salvam, conver-

Os interesses porém surgem das relações dos individuos entre si, e dos individuos para com o Estado e a sociedade ou *vice-versa*. Onde ha vida, ha força que tende a manifestar-se, affeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos innumeros os circulos da vontade humana se tocam e se cruzam, collidem as espheras em que os homens exercem a sua acção. A essas relações corresponde o interesse de cada um á acção ou inacção de outrem, quando a acção ou inacção tem importancia para a propria efficiencia. O locatario quer occupar a casa que alugou, o credor quer haver a restituição da cousa emprestada; ninguem pode tomar ou prejudicar o que ganhei pelo meu trabalho, a minha reputação é inatacavel; o Estado exige o imposto e o serviço militar; o cidadão reclama a livre manifestação do seu pensamento por palavras ou por escripto. Para que não prorompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a cir-

---

tendo taes interesses em direitos subjectivos da «sociedade», que é uma abstracção sem personalidade. Da mesma doutrina surgem questões escusadas, como a de saber si os mortos ou os nascituros têm direitos, si podem ser punidas as sevicias contra animaes, etc. Ainda mais: a doutrina é logicamente forçada a admittir que ha direitos subjectivos á vida, á personalidade, á honra, these hoje geralmente impugnada (ver Savigny, Dir. rom., 1°, § 53). « A vida, a saude, a personalidade, diz Jellinek, não são objectos que o homem possua, são attributos e qualidades que constituem a sua individualidade; não entram na categoria do *haver*, mas na do *ser*. Em caso algum o sujeito pode ser objecto para si mesmo. « *Ein Recht hat man, Persönlichkeit ist man* » *(System der subj. öffentl. Rechte*, p. 73). — O crime é pois simplesmente a offensa de um interesse juridicamente protegido, e todo interesse desta natureza póde ser protegido pela lei penal. A idéa do interesse, do bem juridico, e não a do direito subjectivo, é que é indispensavel ao direito penal, e por isso com razão os criminalistas modernos, como Merkel, v. Liszt, Binding e van Hamel, a poem no primeiro plano. N. do trad.

cumscripção da efficiencia de cada um, a protecção de certos interesses e a não protecção de certos outros.

2.° — A vontade geral, que paira acima da vontade individual (b), toma a si esta missão, e a desempenha estabelecendo a *ordem juridica*, isto é, discriminando os interesses legitimos e autorisados dos que não o são.

O direito extrema os circulos da efficiencia de cada um; determina até onde a vontade pode manifestar-se livremente, e sobretudo até onde, exigindo uma acção ou inacção alheia, póde penetrar na esphera da actividade de outras pessoas; garante a liberdade, o poder autorisado de querer, e prohibe o arbitrio; converte as relações da vida em relações juridicas, os interesses em bens juridicos; ligando direitos e deveres a determinados presuppostos, faz do commercio da vida um commercio segundo o direito. Assim, ordenando e prohibindo, prescrevendo uma determinada acção ou inacção sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens juridicos. A protecção, que a ordem juridica dispensa aos interesses, é *protecção segundo normas (Normenschutz)*. O bem juridico e a norma são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito (2).

---

(b) A *vontade geral*, de que fala o autor, nada tem de commum com a *volonté générale* do *Contract social*; não é a vontade das maiorias ou uma somma qualquer de vontades individuaes, mas a *vontade do Estado*, aquella que se fórma e se manifesta pelos seus orgãos constitucionaes. N. do trad.

(2) O nosso ponto de partida em relação á theoria geral do direito é consequentemente o mesmo de Binding; mas logo se separam os nossos caminhos. Binding, 1.°, 155, sem ter mais em attenção o bem juridico, para cuja protecçãe a norma é chamada, de um modo extremamente parcial o arbitrario faz da idéa da norma a pedra angular de todo o systema do direito penal. Ver v. Liszt, Z., 6.°, 663, 8.°, 134. Não raro teremos

II. — Mas o direito não é sómente uma ordem de paz, senão tambem, e segundo a sua mais intima natureza, uma *ordem de combate*. Para preencher o seu fim, o direito precisa de *força* que curve as vontades individuaes reluctantes. Por traz da ordem pacifica das relações da vida está o *poder publico*, o qual dispõe da força necessaria para reduzir os recalcitrantes á obediencia de suas normas e tornar uma realidade, onde se fizer mister, a ligação logica entre o facto e os seus effeitos juridicos. Um novo momento manifesta-se assim na idéa do direito, a *coacção*, e esta se nos apresenta sob tres formas principaes: 1.° como preenchimento obrigado do dever juridico (execução forçada); 2.° como restabelecimento da ordem perturbada (indemnisação); 3.° como punição do desobediente.

Indagaremos adiante (§ 43) em que casos cabe este meio de guardar a ordem juridica, que, com-

---

ensejo de voltar ás consequencias que Binding tira da sua concepção fundamental. Neste logar apenas indicaremos em termos breves a parte essencial da « theoria das normas ». — O criminoso não infringe a lei penal, mas a norma, o preceito imperativo ou prohibitivo que serve de fundamento á qualificação do facto pela lei penal. As normas são preceitos juridicos independentes e que pertencem ao direito não estatuido, e são preceitos, não do direito penal, mas do direito publico. « A norma é uma ordem pura e simples, não motivada, e sobretudo não motivada sob comminação de pena ». (Binding, 1.°, 164). Lei penal, porém, é toda disposição juridica, « segundo a qual de um determinado delicto resulta ou deixa de resultar um direito ou um dever de punir » (1.°, 175). As normas são preceitos juridicos que obrigam *primariamente* (1.°, 183). O dever de obediencia acha-se em face do direito á observancia da norma, do direito á sujeição. A lei penal, pelo contrario (1.°, 191), não é uma ordem, mas uma disposição que autorisa a punir, e que, na verdade, estabelece e regula uma relação juridica entre o criminoso e quem está investido do direito de punir. Nesta distincção da norma e da lei penal funda-se a distincção do delicto e do crime. Delicto é a transgressão culposa da

quanto seja de todos o mais energico, não deixa de ser mediato — a punição daquelle que infringe as normas do Estado. Aqui tratamos sómente de determinar o logar que a pena occupa no systema juridico e de assignalar, dest'arte, a importancia especial do direito penal.

III. — Si a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal é *a reforçada protecção de interesses, que principalmente a merecem e della precisam, por meio da comminação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso.*

Advertindo e intimidando, a *comminação penal* accrescenta-se aos preceitos imperativos e prohibitivos da ordem juridica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a fórma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella

---

norma, crime o conjuncto de circumstancias a que se liga a pena. Com esta distincção, sem duvida insustentavel em face do direito vigente, a « theoria das normas » de Binding obtem a base em que se firma para chegar a uma serie de consequencias ulteriores que aqui ainda não nos interessam. — O vicio capital da theoria está na concepção puramente formal do delicto como offensa ao dever de obediencia (*Normen*, 1.º, § 45) com o que a direcção do crime contra as condições de existencia da collectividade humana ordenada segundo o direito fica completamente na sombra (°).

(°) Nesta nota o autor resume admiravelmente a « theoria das normas » de Binding, e ao mesmo tempo, n'uma simples phrase, assignala o seu vicio capital. Prescindindo, porém, do desenvolvimento dado por Binding á theoria das normas e dos pontos de doutrina que lhe são especiaes para termos em attenção sómente a idéa fundamental, certo é esta uma dessas verdades simples que, uma vez achadas, illuminam a sciencia e não podem ser mais esquecidas.—As disposições penaes contêm ou regras geraes sobre a responsabilidade criminal ou declaram quaes são as acções puniveis e as respectivas penas. Nesta ultima categoria de dis-

põe em perspectiva, como consequencia do acto injuridico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendencias criminosas.

Mas é na *execução penal*, na confirmação da vontade da ordem juridica pela *coacção resultante da pena*, que esta desenvolve toda a sua força peculiar. Nesta parte o Estado não recua diante das lesões mais graves e mais reaes dos bens dos seus subditos, — a vida, a liberdade, a honra e o patrimonio, ou diante de um regimen que affecte profundamente o criminoso e se prolongue, não só por dias, semanas e mezes, senão tambem, quando se faz necessario, por annos e dezenas de annos. Varios são os effeitos da execução penal, e valiosissimos, por isso mesmo que podem ser combinados ou isolados.

A execução actua:

1.° sobre os membros da collectividade em ge-

---

posições penaes notam-se duas partes: o preceito juridico que, como ordem imperativa ou prohibitiva (*norma*), estabelece uma regra para acções humanas, e a sancção penal que estatue a pena para o caso de transgressão da regra. O legislador póde escolher indifferentemente uma destas duas fórmas: estabelecer o preceito expressamente e em seguida declarar a sancção penal (fórma usual nas leis antigas e ainda hoje usada em leis especiaes e sobretudo nas chamadas *leis em branco*), ou limitar-se a comminar penas contra quem pratica ou deixa de praticar certas acções exactamente descriptas (fórma adoptada nos codigos penaes modernos). Em um e outro caso o que o delinquente transgride é a *norma*. Assim no segundo caso o que o delinquente viola, praticando a acção prohibida ou deixando de praticar a acção exigida, não é o artigo da lei penal em que incorre — este é pelo contrario observado pelo juiz que o applica, impondo a pena comminada — mas a *norma implicitamente contida no artigo* (não matarás, não furtarás). Esta distincção é do maior valor theorico e pratico, como demonstram os dous volumes da obra monumental de Binding e a cada passo se verá no correr deste tratado (Ver van Hamel, *Ned. Strafrecht*, § 15). N. do trad.

ral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendencias criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento juridico dos cidadãos;

2.° egualmente sobre o offendido, a quem, além d'isto, proporciona a *satisfação* de que o attentado dirigido contra a sua pessoa não escapa á devida punição;

3.° e especialmente sobre o delinquente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, differente pode ser o centro de gravidade do effeito exercido sobre o delinquente pela execução penal.

*a*) A pena pode ter por fim converter o delinquente em um membro util á sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o effeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro logar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os máos instinctos ou de modificar o caracter do delinquente.

*b*) A pena póde ter por fim tirar perpetua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inutil á sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregal-o da sociedade (selecção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao *estado de inocuidade* (*Unschädlichmachung*).

IV. — O legislador deve afeiçoar a execução penal diversamente, conforme tiver em vista, no caso dado, um ou outro dos effeitos da pena. E' sobretudo o effeito intencionado com relação ao delinquente que determina a natureza e a extensão da pena. A exigencia da politica criminal cifra-se em que se utilise a aptidão da pena a ser empregada como meio para fim tão completamente quanto fôr possivel e que ella se adapte ás necessidades do caso concreto. Mas na sua disposição geral a legislação penal não perderá de vista os effeitos tanto da commi-

nação como da execução da pena que vão além do delinquente. Basta esta consideração para mostrar que a controversia sobre as chamadas theorias do direito de punir, isto é, as doutrinas sobre a natureza e o fim da pena, tem solução, pelo menos, parcial.

Os diversos fins da pena — cada um dos quaes desde o fim do seculo passado tem sido elevado a principio exclusivo do direito de punir — encontram todos nesta concepção a attenção que lhes é respectivamente devida. Evita-se assim o exclusivismo, e é posto em evidencia o effeito da execução penal sobre o delinquente (3).

---

(3) A concepção exposta no texto comprehende as seguintes theorias dos escriptores anteriores: 1.º a theoria *da intimidação* (intimidação de todos pela comminação da pena); 2.º a theoria da *coacção psychica* (conter o criminoso, pondo-lhe em perspectiva o mal da pena). O representante, sem duvida, mais importante desta doutrina, já enunciada por Aristoteles e completamente desenvolvida por Hobbes, doutrina que durante dezenas de annos dominou a sciencia e a legislação, é A. Feuerbach († 1833). Além de varios opusculos, cons. as seguintes obras: *Anti-Hobbes*, 1798, *Revision der Grundbegriffe*, 1799, *Ueber die Strafe als Sicherheitsmittel*, 1800, *Tratado*, 1801. Ao passo que Hobbes diz: «Comparantes enim quod in crimine jucundum cum eo quid in pœna molestum est (a *tanquam in balancio ponderatio* é denominada em outro logar *theoria da balança*), id quod sibi optimum esse putant, necessario eligunt, — deve, segundo Feuerbach, a coacção psychica, além da coacção physica, servir para tornar impossiveis as offensas ao direito. «Todas as infracções, lê-se no § 13 do Tratado, têm a causa psychologica de sua origem nos sentidos, em tanto quanto a sensualidade do individuo é estimulada á pratica do crime pelo prazer que o acto causa ou que do acto resulta». Esse impulso sensual pode ser obstado, si o individuo souber que *ao seu acto seguir-se-ha infallivelmente um mal maior do que o desprazer resultante do impulso não satisfeito*. Mas para que esta convicção se firme e se generalise, faz-se mister, de um lado, a *comminação*, e, de outro, a *exe-*

V. — Em todas as suas fórmas e sem embargo do seu caracter especial, o direito penal é *direito*, isto é, protecção de interesses. Não é a qualidade dos interesses protegidos, os quaes podem pertencer aos ramos mais diversos do direito, mas a qualidade da protecção que faz a essencia do direito penal. Direitos de familia e direitos patrimoniaes, a existencia e o territorio da communhão politica, a posição do chefe do Estado e os direitos politicos

---

*cução* da pena (incorrida). « A acção concurrente (§ 14) do poder que executa e do poder que legisla para o fim da intimidação constitue a coacção psychologica ». — Nos pontos essenciaes a doutrina de Feuerbach é seguida pelo criminalista italiano Romagnosi, chefe de escola († 1835), ao passo que Schopenhauer († 1860), *Welt als Wille und Vorstellung*, 1.°, 418, a repete, dando-lhe base metaphysica. E' uma variedade da mesma doutrina a theoria da *advertencia* de Bauer, *Archiv*, 1826, 9.°, 429 (*Die Warnungstheorie*, 1830, *Abhandlungen*, 1.°, 1840), segundo a qual a comminação penal (como taboa de aviso) não se dirige sómente á natureza sensual, senão tambem á natureza moral do homem. — 3.° A theoria da *prevenção geral* (intimidação de todos pela execução penal); 4.° a theoria da *prevenção especial* (intimidação do criminoso pela execução penal); 5.° a theoria da *emenda*, importante especialmente para o desenvolvimento das prisões, mas francamente nociva no seu exclusivismo (emenda do criminoso pela execução penal). Entre os seus defensores devem ser mencionados Stelzer, *Kritik über Eggers Strafges. - Entwurf für Schleswig-Holstein*, 1812, Groos (determinista), *Der Skeptizismus in der Freiheitslehre*, 1830, Krause († 1832), *System der Rechtsphilosophie*, ed. de Röder, 1874, Ahrens († 1874), *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., 1870, 2.°, 453, Schleiermacher († 1834), *Die christliche Sitte*, Röder († 1879), diversos trabalhos, e especialmente *Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, 1846, *Besserungsstrafe und Besserungsanstalten als Rechtsforderung*, 1864. Esta theoria tem por fim a prevenção de futuros crimes pela emenda do criminoso operada por meio da execução da pena; a emenda intencionada dá a medida da pena.

No essencial o ponto de vista deste Tratado é acceito (deixando de parte a litteratura estrangeira) por Dankwart, *Psychologie*

dos cidadãos, os interesses da administração publica e os das sociedades anonymas, a honra da mulher e a segurança do commercio, todos os interesses, sem nenhuma excepção, podem compartilhar a protecção reforçada que a pena dispensa. O direito penal, completando e garantindo, accresce a todos os ramos do direito (caracter secundario, complementar e sanccionador das disposições do direito penal).

---

*u. Kriminalrecht*, 1863; Dühring, *Kursus der Philosophie*, 1875; E. v. Hartmann, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, 1879; Kräpelin, *Abschaffung des Strafmasses*, 1880; Mittelstädt, *Gegen die Freiheitsstrafe*, 1879, e Z., 2.º 419; Janka, *Notstand*, 1878, *Strafrecht*, 1884 (2.ª ed., 1890), *Die Grundlagen der Strafschuld*, 1885; Lammasch, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches*, 1879, Z. 9, 423, e G. S., 44.º, 170; Jellinek, *Die social-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1878; Hertz, *Das Unrecht u. die allg. Lehren des Strafrechts*, 1880; Hrehorowicz, *Grundfragen und Grundbegriffe des Strafrechts*, 1882; o mesmo, relatorios para o 21.º congresso dos juristas allemães, 1.º, 247; Medem, Z., 7.º, 185; Sichart, Z., 10.º, 401, 11.º, 478; o mesmo, *Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen*, 1892; Klippel, Z., 10.º, 570; Lanterburg, *Die Eidesdelikte*, 1886; Krone, 219; Wahlberg, H. G., 1.º, 130; von Holtzendorff, H. G., 1.º, 134; Appelius, *Die bedingte Verurteilung*, 4.ª ed., 1891; o mesmo, Z., 12.º, 1; Finger, *Begründung des Strafrechts vom deterministischen Standpunkte*, 1887 (cons. tambem Z., 10.º, 706); Thomsen, *Kriminalistische Bekämpfungsmethoden*, 1893.— Igualmente os sectarios da escola sociologica mencionados adiante na nota 5.ª ao § 13.

Entre os autores mencionados acima dá-se em parte divergencia de opiniões sobre a questão de saber si se deve ter em vista antes de tudo, como quer o Tratado, o effeito da execução penal sobre o criminoso. Contra a nossa opinião pronunciam-se principalmente Janka e Lammasch; segundo este ultimo, os fins que com segurança devem ser obtidos são os designados acima sob III, 1 e 2, por elle denominados *constantes* em contraposição aos *variaveis* (acima III, 3.)

## §. 13.º — As causas da criminalidade e os diversos generos desta.

I. — A utilisação consciente da pena como arma da ordem juridica na luta contra o delinquente não é possivel sem a indagação scientifica do crime na sua manifestação exterior material, e nas suas causas internas que se inferem dos factos. Para designar essa «sciencia do crime» (causal, naturalistica) póde-se empregar a expressão *criminologia* já introduzida tanto na sciencia ingleza como na dos paizes latinos [1] [a].

(1) O defeito da antiga direcção da politica criminal no seculo XVIII (ver acima a p. 58) está em que faltavam firmes alicerces ao seu magestoso edificio. Mas este defeito só podia ser supprido depois que, de um lado, as sciencias naturaes nos ensinaram a conhecer o homem (anthropologia no mais amplo sentido) e, de outro lado, obteve-se um methodo seguro para a sciencia social (a estatistica). A antiga direcção racionalista da politica criminal terminou com os trabalhos de J. Bentham († 1832). A doutrina deste pensador inglez foi reduzida a systema pelo seu amigo e discipulo o genebrense Étienne Dumont, e traduzida em allemão por Beneke (*Grundsätze der Zivil- und Strafgesetzgebung aus den Handschriften* J. B, 2 v., 1830). Ed. das obras completas por Bowring, 11 v., 1843. Desde então esta sciencia, comquanto tenha sido cultivada por alguns (como Bérenger e Bonneville de Marsanay em França, Osted na Dinamarca, Mittermaier e v. Holtzendorff na Allemanha), foi impellida para a penumbra tanto pelas fantasias da escola philosophica, como pela sufficiencia da escola historica.

(a) As sciencias que sob pontos de vista diversos têm por objecto o crime e a pena são:

1º o direito penal, sciencia *systematica* e *pratica*, baseada sobre a lei penal;

2º a sociologia criminal (criminalogia e penalogia), sciencia meramente *especulativa*, que estuda o crime e a pena, como factos sociaes, mediante a applicação dos methodos das sciencias naturaes;

Poderiamos ser levados a dividir a criminologia, como sciencia do crime, em *biologia* (ou anthropologia) *criminal* e em *sociologia criminal*. Aquella descreveria o crime como phenomeno que se produz na *vida do individuo*, e estudaria *o penchant au crime* na sua conformação e nas suas condições individuaes. A biologia ou anthropologia criminal se subdividiria em dois ramos, a *somatologia criminal*

---

3º a politica criminal, sciencia *critica* dominada pela idéa *finalistica* ou *teleologica*.

O direito penal e a politica criminal são *sciencias do jurisconsulto*. Eis como o autor se pronunciára a este respeito na 5ª ed. do seu tratado em um trecho que não reproduzio na 6ª ed. « Só pela união e mutua influencia do direito penal e da politica criminal completa-se a idéa da sciencia do direito penal (das *sciences pénales*, como dizem os Francezes) Crial-as, desenvolvel-as, transmittil-as, é a missão do criminalista, não é missão do medico, do sociologo, do estatisicista. Desde que não actue o pensamento de que o direito penal e a politica criminal são dous ramos do mesmo tronco, duas partes do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se frutificam, e que, sem esta relação de mutua dependencia, se desnaturam, é inevitavel a decadencia do direito penal. Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da technica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocinio logico-juridico, a politica criminal degenera em um racionalismo esteril a fluctuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado o direito penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho á vida, si não fôr penetrado e guiado pela convicção de que o crime não é somente um idéa, mas um facto do mundo dos sentidos, um facto gravissimo na vida assim do individuo como da sociedade; que a pena não existe por amor della mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objectivo na protecção de interesses humanos. Sem uma sciencia do direito penal voltada para a vida e ao mesmo tempo adstricta ao rigor das formas, a legislação penal converte-se em um jogo das opiniões do dia não apuradas, e a administração da justiça em um officio exercido com tedio. É somente da sciencia que o direito penal e a administração da justiça recebem a força vivificadora! » N. do trad.

(anatomia e physiologia) e *a psychologia criminal*. A *sociologia criminal* teria por objecto descrever o crime como phenomeno que se produz na *vida social* e o estudaria na sua conformação e nas suas condições sociaes.

Mas semelhante distincção só é admissivel, satisfazendo-se estes dois requisitos: 1.º Deve-se ter clara consciencia de que o objecto da indagação é um só e que apenas o methodo é que differe: alli emprega-se a observação individual systematica, e aqui a systematica observação de massas (a estatistica); pois o crime, como phenomeno social-pathologico, compõe-se de um certo numero de crimes individuaes, e cada um destes é apenas um elemento de um facto social. 2º Não se deve esquecer que somente com a união dos dois methodos, de modo a verificar e a completar os resultados de cada um delles pelo do outro, pode-se chegar ao conhecimento exacto do crime (2).

(2) Por não terem sido attendidas as considerações feitas no texto explica-se a scisão da criminologia em duas escolas francamente hostis, a anthropologica e a sociologica. Da copiosa litteratura respectiva somente podemos destacar neste logar algumas obras que se recommendam por imprimirem direcção ao movimento. 1º A *observação individual systematica* começa com a descripção pyschologica de alguns crimes notaveis. A esta categoria pertence o chamado *antigo Pitaval*, 1734 — 43, publicado em Paris por Guyot de Pitaval (†1743), e muitas vezes imitado; H. Blum o deu em resumo. Entre os numerosos trabalhos dos primeiros decennios deste seculo, a exposição authentica de crimes notaveis organisada por Feuerbach, *Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen*, 1828 e seg., é ainde hoje classica sob muitos pontos de vista. Krauz, na sua *Psychologie des Verbrechens*, 1884, tentou dar uma recapitulação systematica dos resultados. Os trabalhos sobre as prisões (adiante § 61) encerram tambem muitas observações valiosas. — Com a historia do crime de profissão occupa-se a grande obra de Avé Lallemant, *Das deutsche Gaunertum in seiner sozial-poli-*

II. — A observação mostra que todo crime resulta do concurso de dous grupos de condições — de um lado, *a natureza individual do delinquente*, e, de outro, *as relações exteriores, sociaes, e especialmente as relações economicas que o cercam.*

Mudam o aspecto e a importancia do crime, segundo as relações reciprocas destes dous grupos

---

*tischen, litterarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande*, 1858 — 62. A situação actual é descripta, entre outros, por Valentini, *Das Verbrechertum im preussischen Staate*, 1869, Schrader, *Das Verbrechertum in Hamburg*, 1879, Starcke, *Verbrecher und Verbrechen in Preussen* 1874 bis 78, 1884. Ω Σ, *Die Verbrecherwelt von Berlin*, 1886 (ed. especial extr. da Z., 4º 5º e 6º), Byrnes, *Professional criminals of America* (sem indicação do anno, talvez 1886, com excellentes figuras), Laurent, *les habitués des prisons de Paris*, 1890, Guillot, *Les prisons de Paris*, 1890 (sobre estas duas obras cons. Gantier, Z., 12º, 400). Têm muito valor os relatorios da prefeitura policial de Berlin (1871 a 1880, 1881 a 1890), 1882, 1892. Exposições para o povo encontram-se na obra de Lindenberg, *Die Berliner Polizei und das Verbrechertum*, 1892, bem como na de Klausmann e Weien, *Verbrechen und Verbrecher*, 1892. — A *anatomia* e a *physiologia* do criminoso têm sido estudadas com zelo especialmente pelos cultores das sciencias medico-naturaes. Cons. as indicações litterarias sobre a psychiatria e a medicina legal (adiante § 57, VIII). Das investigações sobre o cerebro e o craneo dos criminosos (Schweckendieck, M. Benedikt e outros) originou-se na Italia a «escola criminal-anthropologica» fundada pelo medico Lombroso e dirigida pelos juristas E. Ferri e R. Garofalo. As obras capitaes desta escola que se assignala accentuadamente pela defeza do typo anthropologico do criminoso são: Lombroso, *L'uomo deliquente*, 1ª ed., 1876, 4ª ed.. 1889, traduzida em allemão por Fränkel, 1887 e seg.; Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 2ª ed., 1884, 3ª ed. italiana e franceza sob o titulo de *Sociologia criminal*, 1892; Garofalo, *Criminologia*, 2ª ed., 1891, novo arranjo em francez na 2.ª ed., 1891; Lombroso e Laschi, *Il. delitto politico e le revoluzioni*, 1890 (trad. em allemão por Kurella, 1891); Lombroso e Ferrero, *Das Weib als Verbrecherin und Prostituierte* (trad. em allemão por Kurella, 1894). Entre os trabalhos

de condições. Claramente se reconhecem e se distinguem dous typos principaes.

1.° *As circumstancias exteriores que dão causa ao crime preponderam.* Arrebatado por uma excitação repentina e apaixonada, ou sob a influencia de uma oppressiva necessidade, o agente, até então irreprehensivel, commette o crime que, alheio á sua indole,

---

allemães merecem menção: Kurella, *Naturgeschichte des Verbrechers*, 1893 (systematicamente no sentido de Lombroso); Bär, *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*, 1893; Näcke, *Verbrechen und Wahnsinn beim Weibe* com respeito á arthropologia criminal em geral, 1º, 1894 (Bär e Näcke contra Lombroso; cons. tambem Näcke, Z., 14ª). — Revistas desta escola, *Archivio dei psychiatria, anthropologia criminale e scienze penali per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente*, publicada em Turim desde 1881 por Lombroso e seus amigos; *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales*, publicada em Lyon deste 1886 por Garaud e Lacassagne, e desde 1892 por este e por Tarde, revista scientificamente muito mais valiosa do que o archivo de Lombroso. São importantes os trabalhos dos congressos internacionaes de authropologia criminal de Roma, 1885, Paris, 1889, Bruxellas, 1892, (ver Rosenfeld, Z. 13º, 164). — 2º Só gradualmente a *Estatitica criminal* separou-se da Estatistica judiciaria. Fundador, o belga Quételet (†1874); publicou primeiramente o livro *Sur l'homme et le développement de ses facultés ou Essai de physique sociale*, e depois uma serie de escriptos — Na Allemanha a obra capital é o *Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Sozialethik* de A. v. Oettingen, 1 ed. 1868-69, 3ª ed. 1882 — Cons. tambem v. Oettingen, Z., 1, 414, Ferri, Z., 2º, 11, Aschrott, Z., 5º, 337, Beurle, Z., 8º, 325, Wurzburger, 2., 8, 923, Sichart, Z., 10º, 36, Bennecke, Z., 10º, 321, Damme, Z., 12º, 657, Köbner, Z., 13º, 615, Mischler, 1889 — Material valioso, mas ainda pouco aproveitado, encerram as estatiscas officiaes (para o anno de 1825) publicadas em França, e interrompidas desde 1827. Tem especial importancia a estatisca das prisões e penitenciarias pertencentes ao departamento do ministerio prussiano do interior, publicada desde 1870, bem como a estatisca criminal do Imperio magistralmente organisada, que se publica desde 1883 (concernente aos annos de 1882 e seguintes).

se apresenta como um episodio isolado na sua vida e amargamente lamentado (*o crime de occasião*, como o denominam com pouca propriedade; *criminalidade aguda*).

2.° Dada uma *occasião externa futil*, o crime resalta, digamos assim, da indole, das disposições arraigadas do delinquente, e nos revela a sua natureza intima. Rudeza brutal, crueldade destituida de toda sensibilidade, estupido fanatismo, descuidosa leviandade, invencivel repugnancia ao trabalho, desregrada sensualidade levam o agente, por numerosas phases de transição, a situações indubitavelmente psychopaticas. Não é possivel comprehender todos esses casos sob a denominação de *crimes por habito*; mais correcta é a denominação, que se lhes tem dado, de *crimes por estado* (*Zustandsverbrechen*; *criminalidade chronica*). Como variedade mui commum e por isso mesmo sobretudo perigosa, apparece o *crime* como officio ou profissão, que vae muito além do circulo dos crimes contra o patrimonio. (3)

III.—Do que fica dito já se vê que é falha toda concepção do crime puramente *biologica*, isto é, que o deriva exclusivamente da natureza physica e moral do delinquente. D'ahi segue-se necessariamente, o que aliás resulta tambem de outros fundamentos, a impossibilidade da existencia de um unico typo anthropologico de delinquente. Em tanto quanto

(3) A explicação dos typos ou generos de crime segundo suas causas é um dos problemas mais importantes e mais difficeis da criminologia. A distincção dos crimes de occasião e por habito (Wahlberg a iniciou em numerosos escriptos) é insufficiente. As distincções dos italianos pouco têm adiantado. E' de muito valor o trabalho de Obrik, Z., 14°, 76 (extr. de um trabalho de maior vulto em dinamarquez). Desenvolvemos a doutrina exposta no texto no relatorio que dirigimos ao congresso de anthropologia criminal de Bruxellas de 1892.

trata-se sómente do crime por estado, no qual a occasião externa representa um papel completamente secundario, poder-se-hia suppor a existencia de um typo que se desvia do normal. Mas a indagação rigorosamente scientifica, com quanto tenha até aqui encontrado nos criminosos por estado numerosas *atypias* (desvios do typo normal), sobretudo nos que o são por herança, ainda não descobrio o typo do criminoso por estado. Dest'arte desmorona-se a doutrina de Lombroso e dos seus partidarios. (4)

---

(4) Já definimos a nossa attitude em face de Lombroso na Z., 9ª, 462. Os trabalhos mais recentes têm confirmado a exactidão da nossa concepção. Cons. de preferencia a todas as outras a obra de Bär mencionada acima na nota 1ª. No congresso de Bruxellas de 1892 o *typo do delinquente* não encontrou um só defensor. (a)

(a) Concluindo o seu livro baseado sobre as observações que durante longos annos fizera, como medico das prisões, o Dr. A. Bär pergunta:

«Pode-se nestas condições affirmar seriamente a existencia de uma coincidencia regular, de um nexo causal entre a conformação craneana e a moralidade, entre a deformidade craneana e o crime? Resolutamente negamos essa connexação, bem como toda dependencia entre a disposição craneana e a criminalidade. Pela organisação do seu craneo o homem não se converte em criminoso. Onde se mostra uma relação de causalidade, a organisação não é physiologica, mas effectivamente pathologica, o individuo não é são de espirito, e as suas acções são as do louco.....O crime não é a consequencia de uma organisação especial do criminoso, de uma organisação que lhe seja peculiar e que o leve a praticar actos delictuosos. O criminoso, aquelle que o é por profissão e que apparentemente nasceu com taes disposições, traz em si muitos signaes de uma má conformação physica e mental, mas nem no seu conjunto nem individualmente considerados esses signaes têm um cunho tão especial e determinado que assignalem o delinquente como typo, e o distingam dos seus contemporaneos e compatriotas. O criminoso traz os vestigios da degeneração que apparecem frequentemente nas baixas classes populares, donde ás mais das vezes saem, e que, adquiridas e transmittidas pelas condições de vida

IV.—Mas a influencia dos factores sociaes só se manifesta sob a sua verdadeira luz, quando se considera que a natureza do delinquente dada no momento do facto desenvolvera-se de disposições innatas e fôra determinada pelas relações exteriores que o circumdaram desde o nascimento. O conhecimento deste facto torna possivel *actuar*, posto que de um modo limitado (por meio da educação moral, mental e especialmente physica), sobre as inclinações criminosas acaso adormecidas no individuo em via de crescimento. Ainda mais: justamente a doutrina tão exagerada na poesia como na sciencia do *onus hereditario*, dos peccados dos paes transmittidos aos filhos, nos descortina um futuro melhor. Si paes a quem o meio social exgotara a vitalidade e a força de procreação, legam aos filhos, como uma herança maldita, a «inferioridade psychopathica», a enfraquecida força de resistencia na luta pela vida, podemos então nutrir a convicção scientificamente fundada de que todas as nossas medidas politico-sociaes aproveitarão aos *vindouros* com dobrada força. Em muito maior escala e de um modo muito mais seguro do que a pena e qualquer medida analoga, a politica social actuará como meio para combater o crime, já que este, assim como o suicidio, a mortalidade das creanças e todos os outros phenomenos

---

social, ás vezes se manifestam sob fórma accentuada. Quem quizer remover o crime, deve remover os males, onde o crime tem as suas raizes e pelos quaes elle se propaga, deve na escolha dos generos de pena e na execução da pena ter mais em attenção a individualidade do criminoso do que a categoria do crime» O Dr. Bär reconhece porém o grande merecimento da escola de Lombroso, á qual se deve ter tirado da apathia e da immobilidade as antigas intuições sobre o criminoso, «tel-o posto na sua individualidade e nas suas qualidades no centro da observação, attrahindo a indagação antes para o agente do que para o facto». *Der Verbrecher* etc., p. 408. N. do trad.

pathologico-sociaes, têm as suas mais profundas raizes nas relações do passado e do presente, cujas influencias se exercem sobre as gerações successivas. (5)

## § 14. — As exigencias da Politica criminal.

LITTERATURA. — Os « Boletins » da União internacional de direito penal (até o presente 4 volumes); os trabalhos do grupo norueguense da União, 1892-93. Quanto ao mais tambem aqui nos reportamos a Z. — Accrescentem-se Friedmann, *Zur Reform des österr. Strafrechts*, 1891; Thomsen, *Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden.*

I. — Ao passo que *á politica social* toca supprimir ou limitar as condições sociaes do crime, a *politica criminal* só tem que ver com o delinquente individualmente considerado.

---

(5) Esta concepção *sociologica* do crime, em opposição á concepção puramente *biologica*, tem a pouco e pouco prevalecido, principalmente no estrangeiro. A grande massa dos escriptores allemães ainda hoje não a entende e não pode comprehender sequer (como mostram os trabalhos de Merkel e Mittelstädt mencionados no § 15) o alcance e a opposição fundamental das duas escolas. Cons. N. Colajani, *Socialismo e sociologia criminale*, 1884 e seg.; Prins, *Criminalité et répression*, 1886; o mesmo, *Criminalité et l'Etat social*, 1890; v. Liszt, *Kriminalpolitische Aufgaben* (Z. 9º 452, 737, 10º, 51, 12º, 161); Franck, *Naturrecht, geschichtlisches Recht und soziales Recht*, 1891; Tallak, *Penological and preventive principles*, 1889; W. D. Morrisson, *Crime and its causes*, 1891; Tarde, *Criminalité comparée*, 1886; Joly, *La France criminelle*, 1889; o mesmo, *Le combat contre le crime*; Hymans, *La lute contre le crime*, 1892; Garraud, *Le problème de la criminalité*, 1889; Krohne, 204; Fuhr, *Strafrechtspflege und Soziapolitik*, 1892. Tambem Bär, Gauckler, Zürcher, Foinitzki, Drill e outros pertencem a esta escola. A União internacional de direito penal fundada em 1889 por v. Liszt, Prins e van Hamel é tambem dominada por esta concepção fundamental. Cons. Z. 9º, 363, e os «boletins» que a sociedade publíca desde 1889.

A politica criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim (§ 12), isto é, seja determinada quanto ao genero e á medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens juridicos — a vida, a liberdade, a honra e o patrimonio) para impedir que no futuro elle commetta novos crimes. Nesta exigencia encontra-se, de um lado, o seguro criterio para a critica do direito vigente, e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programma da legislação futura.

II. — E' natural que a critica do direito vigente se iniciasse de um modo negativo. O começo do movimento reformista assignalou-se pela luta contra as *pequenas penas de prisão* que predominam na nossa administração da justiça. Como são actualmente applicadas, ellas não corrigem, não intimidam nem põem o delinquente fóra do estado de prejudicar, e pelo contrario muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novel. D'ahi resulta a exigencia de que o legislador substitua, tanto quanto fôr possivel, as pequenas penas de prisão por outras medidas adequadas (trabalho forçado sem encarceramento, penas principaes relativas á honra, prohibição de frequentar as tavernas, prisão domestica, castigos coporaes) ou que pelo menos, aggravando-as, lhes dê a força de intimidação que presentemente não têm (1) (a).

(1) Ver principalmente Rosenfeld, *Welche Strafmittel können an Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden?* (dissertações do *Kriminalistisches Seminar*, 2.°, 1889). Trabalhos do 21.° congresso dos juristas allemães. Sobre os castigos corporaes, cons. Mittelstädt, *Gegen die Freiheitsstrafe*, 82; v. Schwarze, *Für die Freiheitsstrafe*, 42; Sontag, Z. 1.°, 501; Lucas, G. A., 32, 143; Bennecke, Z., 7, 212; Illing, *Blätter für Gefängniskunde*, 15.°, 93; v. Liszt, Z., 3.°, 40; H. G., 1.°, 296, 312, 323, 332, 360. Como penas criminaes, foram abolidos já antes, já depois

Mas a pouco e pouco a critica formulou uma serie de proposições positivas (2). Sómente as mais importantes podem encontrar aqui uma breve menção.

1.° —Em casos dignos de especial attenção, deve-se proporcionar ao delinquente de occasião a possibilidade de evitar o cumprimento da pena pelo seu procedimento irreprehensivel. Tal é a chamada «condemnação condicional» com ou sem fiança. Esta instituição existe ha muito tempo no direito anglo-americano, tem sido introduzida na Belgica, em França, em Neufchatel e Genebra, e se acha em perspectiva em outros paizes (3) (b).

---

de 1848, nos Estados da Allemanha, mas encontram-se ainda como penas disciplinares nas penitenciarias da Prussia, Saxonia, Hamburgo e Lübeck.

(a) Já o autor dissera na Z.,9.°: «como as pequenas penas de prisão não prestam, tambem para nada serve toda a administração da justiça penal». Com effeito, as estatisticas mostram que $^4/_5$ das penas de prisão ficam abaixo de tres mezes, e que apenas 4 % excede a um anno. Kirchenhein, *Litteratur des Strafrechts*. N. do trad.

(2) Cons. as valiosas explanações de v. Bar na *Nation* de 1893.

(3) Ver a littteratura e a legislação no indice geral, p. 345. Falta uma exposição completa sobre o movimento dos ultimos annos. Sobre a fiança, cons. Schierlinger, *Die Friedensbürgschaft*, 1877; v., Pfenninger, *Strafrecht der Schweiz*, 1890, especialmente a p. 828; Für, *Strafrechstpflege und Sozialpolitik*, 1892 *(passim)*.

(b) Esta instituição sob a denominação de «condemnação condicional», «sursis à l'exécution», «suspension de l'exécution», «conditional discharge», «release upon probation of good conduct», «suspension of punishment», figura na legislação da Inglaterra (1879, 1887), Belgica (lei de 31 de Maio de 1888), França (lei de 26 de Março de 1891, loi Bérenger), Neufchatel (C. p.de 1891), Genebra (lei de 29 de Outubro de 1892), Massachussets (1878), Nova Zelandia (1886), Queensland (1886), Portugal (1893), nos projectos da Austria (1891), da Italia (1893), nos «avant-projets» officiaes da França (révision du C. p. de 1889), da Suissa (1893) e nos projectos de varios criminalistas (van Hamel). Na Allemanha a questão tem sido discutida nos congressos, no parla-

2.° — Em relação aos criminosos adolescentes, a pena de prisão deve ser substituida, quanto fôr possivel, por medidas de educação. Assim pede-se que a minoridade criminal seja elevada aos 14 annos completos; que se revogue a disposição sobre o discernimento (adiante § 39,); que uma lei imperial regulamente a educação sob a inspecção do Estado, e que esta se extenda tambem aos casos de abondono moral (4).

3.° — A lei e a administração da justiça devem ter mais em conta do que até o presente o tem feito o motivo do crime. Com relação ao delinquente de occasião basta que grave-se-lhe profundamente na consciencia a idéa dos preceitos prohibitivos e imperativos do Estado (intimidação). A comminação incondicional da pena de morte no assassinato é um contra-senso. E' justamente nos crimes de occasião que a ampliada applicação da pena de multa promette o resultado desejado, uma vez que a multa seja accommodada á fortuna do condemnado e se exclua, quanto fôr possivel, a conversão desta pena em prisão (5).

---

mento e na imprensa; d'entre os que impugnam a innovação distinguem-se Kirchenheim (G. S., 53.° 51) e Wach (*Reform der Freiheitsstrafe*, 1890). Ver especialmente o art. 47 do projecto suisso.—N. do trad.

(4) Cons. especialmente Appelius, *Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder*, 1892; Trabalhos da secção allemã da União int. de d. p., 1893, na Z., 13.°, 741; Münsterberg, W V, 2.° 1003; Muskat, *Archiv für öffentliches Recht*, 8.°, 315; e tambem Lenz, *Die Zwangserziehung in England*, 1894.

(5) A moderna sciencia allemã não presta attenção ao motivo. Cons. em sentido contrario Gram, *Om motivets betydning i straffe-retlig henseende*, 1889. São dignos de attenção o Cod. italiano e o projecto suisso. Sobre a multa ver a 3.ª assembleia geral da União int. de d. p., 1891; Boletins, 3.°, 236; trabalhos do 22.° congresso dos juristas allemães, 1893.

4.° — Desde que o acto do delinquente revela uma tendencia criminosa arraigada (crime por estado), exige a segurança da ordem juridica que elle seja posto em estado de não offender. A pena tem de desempenhar esta missão com relação ao delinquente são de espirito, como ao hospicio cabe desempenhal-a com relação ao que soffre alienação mental. Difficuldades especiaes porém resultam dos numerosos estados de transição. Póde-se dizer que em taes casos dá-se sempre uma « imputabilidade restricta » e que devem ser applicadas penas mais brandas; mas o essencial continúa a ser tornar inoffensivo á ordem juridica o delinquente que cumprio a pena, collocando-o em um estabelecimento especial ou em uma secção especial ([6]). Não é necessario que repetidas reincidencias patenteiem a arraigada tendencia criminosa, ella póde revelar-se de um modo evidente por occasião do primeiro crime sujeito a julgamento ([7]).

---

([6]) Cons. Sander e Richter, *Die Beziehungen zwischen Geistesstörung u. Verbrechen*, 1886; Mœli, *Ueber irre Verbrecher*, 1888. Controversias psychiatricas (por ex. sobre a idéa da *loucura moral*) não podem prejudicar a protecção da ordem juridica. — Os ebrios devem ser tratados ou postos em estado de innocuidade em estabelecimentos especiaes.— Abre caminho o projecto do Cod. suisso.

([7]) Pedem pois muito pouco os que querem a innocuidade do delinquente « depois de reiteradas reincidencias » ou ainda a inocuidade dos « delinquentes habituaes e incorrigiveis ». — Cons. sobre a reincidencia v. Münchhausen, *Rückfall*, 1870; Friedländer, *Der Rückfall im gem. deutschen Recht*, 1.°, o desenvolvimento da doutrina (inclusive a Carolina), 1872; Olshausen, *Einfluss von Vorbestrafungen*, 1876; v. Lilienthal, *Kollektivdelikte*, 1879; Sichart, Z. 10.°, 40; Sacker, *Der Rückfall*; dissertações do *Kriminalistisches Seminar* de Halle, III, 1, 1892; Joly, *Le Combat contre le crime*, 336; André, *La récidive, Théorie d'ensemble et commentaire détaillé des lois préventives ou repressives de la récidive*, 1892. Sobre a lei franceza de 26 de Março de 1891, cons. Felisch, Z., 12.°, 356. — Servem para a averiguação da

5.° — Si o acto do delinquente revela tendencia ao crime, que não está ainda arraigada, e apenas se acha em via de desenvolvimento (estreia do criminoso por estado), deve-se tentar corrigir a disposição criminosa por meio de uma pena duradoura e energica (correcção civil, não necessariamente moral) (8). Uma tal acção não é sem resultado,

reincidencia os *casiers judiciaires*; cons. sobre elles a instructiva dissertação do H. Seuffert no W V, 2.°, 565. Tem muita importancia a verificação da identidade por medidas exactas do corpo (systema Bertillon). Cons. Bertillon, *Das anthropometrische Signalement*, 1890; a Revista suissa, 4.°, 88.— Como meio de *innocuidade*, além da pena de morte, cujo effeito é absolutamente seguro, mas tem contra si muitos inconvenientes (a litteratura no § 60), e da pena de prisão perpetua, occorre especialmente a deportação. Ver as indicações litterarias em v. Holtzendorff, H. G., 1.°, 427, e mais v. Jagemann, H. G., 1.°, 372, nota 5; Fuchs, H. G., 267; Stölzel, *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung*, 2.°, 346, 35); Krohne, 267; Joly, *Le Combat contre le crime*, 359. A obra capital (mas em parte antiquada) é a *Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit* de Holtzendorff, 1859. — Diverso da deportação é o favorecimento da *emigração voluntaria* de réos corrigidos e libertados. — Como meio de segurança, depois de cumprida a pena, serve a *vigilancia da policia;* mas na sua fórma actual pouco tem aproveitado e muito tem prejudicado, e sómente acompanhada de uma tutela regrada pode produzir effeitos beneficos. Cons. sobre esta materia principalmente Führ, *Strafrechtspflege u. Sozial-Politik*, contribuição para a reforma da legislação penal, tendo por base dados estatisticos e de direito comparado sobre a vigilancia policial, 1892.

(8) Para a correcção civil pela educação no trabalho servem as *casas de correcção*, mas esta instituição sómente pode corresponder á sua missão, si se limitar a correcção a elementos que sejam capazes della. Cons. Wintzingeroda-Knorr, *Die deutschen Arbeitshäuser*, contribuição para a solução da questão da vagabundagem, 1885; Sichart, H. G., 2.°, 265, 519; v. Jagemann, H. G., 2.°, 128; v. Hippel, *Die Korrektionelle Nachhaft*, 1889; Krohne, 2. 1º, 81 (Tratado, 240); Sontag, Z., 8, 505; v. Liszt, Z., 8.°, 39; Bennecke, Z., 10º, 321; Nümsterberg, W V., 1º, 842; as discussões da União int. de d. p.; a secção allemã, 1893 (Z., 13º, 741) e 1894.

principalmente sobre os jovens criminosos de profissão.

6.° — E' condição indispensavel de exito uma união solida e organica entre a administração da justiça e a execução penal. Sobre a realisação desta idéa as opiniões são ainda muito divergentes. Vivamente defendida e do mesmo modo impugnada é a exigencia de que a sentença judiciaria não fixe a pena: a pena imposta — talvez nos limites de um maximo e de um minimo — deve ser afinal graduada, tendo-se por base a verificação ulterior e exacta do caracter do delinquente (sentença indeterminada). Os defensores desta instituição já experimentada com bom resultado nos Estados Unidos da America do Norte (em Elmira e outros logares) divergem entre si, emtanto quanto uns entendem (van Hamel) que a decisão definitiva deve ser deixada ao segundo julgamento do tribunal judiciario, e outros (von Liszt) que deve ser confiada a uma autoridade especial (á autoridade incumbida da execução da pena). Tambem a respeito dos casos, em que deve ter cabimento a sentença indeterminada, não se dá ainda accordo. Entretanto actualmente não é mais contestado que a execução penal deve especialmente servir a fins de politica criminal designados pela lei e pela sentença judiciaria, e que, portanto, foi um erro funesto ter-se separado a legislação penal do concernente ás prisões (§ 61) (a).

---

(9) «*Indeterminate sentences*». Cons. especialmente a 4.ª secção da União int. de d. p., 1893; boletins, 4º, onde se encontram outras indicações; e mais Fuhr, *Strafrechtspflege u. Sozial-Politik*, 1892; Sternau, *Gegen die Abschaffung des Strafmasses*, Z., 13.°, 17.

(a) Note-se que na Allemanha o Cod. do proc. penal é lei imperial e o legislador bem podia ter regulado a execução da pena. Entre nós, porém, não compete á União legislar sobre o processo penal, e portanto não pode regular plenamente a execução da pena! N. do trad.

7.° — Finalmente a luta consciente contra o crime presuppõe a educação profissional de todas as pessoas que se envolvem com a administração da justiça, convindo em particular que se tenham familiarisado completamente com o *modus vivendi* do mundo dos delinquentes sob todas as suas direcções (10).

III. — A logica e estricta realisação da pena finalistica soffre varias e importantes limitações que decorrem immediatamente da mesma idéa finalistica (11).

1.° — A liberdade individual não pode ser abandonada sem amparo ao interesse geral. Comquanto os limites da protecção á liberdade individual tenham sido traçados em diversas epochas por modo diverso, segundo as opiniões reinantes sobre os fins do direito e do Estado, certo é que no *Estado juridico*, no *Estado segundo o direito* (*Rechtsstaat*), só se justifica a imposição do mal da pena, quando o agente tem manifestado a sua intenção hostil por meio de um facto determinado e precisamente qualificado pela lei (adiante § 15, nota 4.ª).

2.° — O legislador ha de ter em conta as intuições juridicas que dominam n'alma popular, os «juizos moraes tradicionaes» (Merkel), como um poderoso e valioso factor. Deve abster-se de romper bruscamente com essas intuições, sem todavia esquecer jamais que é chamado e está em condições de dirigil-as e gradualmente formal-as.

3.° — Além do effeito da pena sobre o delinquente, cumpre ter em attenção os effeitos da pena

(10) Cons. especialmente Gross, Z., 14ª, 1.

(11) Cons. v. Liszt, Z., 18°, 325. Sobre o principio *nullum crimen sine lege*, ver o § 16, I.

em relação á collectividade. O exaggero da idéa da emenda é tão nocivo á consciencia juridica do povo, quanto uma dureza destituida de toda consideração para com o delinquente de occasião ou uma brutal crueldade para com o incorrigivel. A idéa finalistica serve de limite e de protecção a si mesma: nunca ha de parecer conveniente levar o meio além do fim.

4.° — Tambem o reconhecimento de que o crime tem as suas mais profundas raizes no meio social servirá de protecção contra os exaggeros da idéa finalistica. A convicção da « culpa collectiva da sociedade» (A. v Oettingen) refreará a acção repressiva do Estado; prevenir a pratica do crime parecerá cousa de maior monta e de maior valia, tanto para o individuo como para a sociedade, do que punir o crime commettido.

## § 15. — Justificação da pena finalistica ante os adversarios

LITTERATURA. — Sobre as theorias antigas do direito de punir cons. as obras mencionadas nos §§ 7 e 9. Da extensa litteratura allemã dos ultimos annos devem ser mencionados: Köhler, *Das Wesen der Strafe*, 1888; Löning, *Ueber die Begründung des Strafrechts*, 1889; Merkel, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892; Mittelstädt, *Schuld und Strafe*, G. S., 46, 237, 387, 47°, 1; contra ambos v. Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, Z., 13°, 325; Pfenniger, *Grenzbestimmungen der Kriminalistischen Imputationslehre*, 1892; Herold, *Bemerkungen über das Prinzip der Zweckstrafe*, Z., 12°, 573; Sternau, *Eine Strafrechtstheorie*, 1893; Seeger, *Die Strafrechtstheorie Kants und seiner Nachfolger im Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen der kritischen Philosophie*, 1892.

I. — A justificação da pena finalistica está na *necessidade della para a manutenção da ordem juridica*

*e consequentemente para a manutenção do Estado* (1). Outra justificação será superflua, emquanto o direito do Estado á existencia fôr sómente impugnado pela theoria anarchista; será falha, desde que transpuzer os limites do conhecimento scientifico (2); será inutil, si se contentar com explicar a pena historica ou psychologicamente (3), ou referil-a a uma outra idéa juridica, que por sua vez dependerá do conceito do Estado (4).

---

(1) E' desconhecer os verdadeiros termos da questão contraporem-se, como mui ordinariamente acontece, as theorias que assentam sobre a necessidade e as que assentam sobre a conveniencia. A pena finalistica tem sido sempre baseada na sua necessidade e nunca sómente na sua conveniencia.

(2) Devem ser, pois, incondicionalmente rejeitadas as seguintes doutrinas: 1.ª a que refere a pena a um preceito divino. Neste sentido Protagoras, S. von Cocceji (ver a p. 56) e dentre os modernos Jarcke († 1852), *Handb. des gem. deutschen Strafrechts*, 1.°, 1827; Bekker, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, 1.°, 1859; Stahl († 1861), *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 1830 a 1837. — O que é tambem verdade das doutrinas que envolvem a mesma idéa em roupagem pantheistica, como as de Platão (em Georgias) e de Leibnitz († 1716, em sua Theodicea), e recentemente a de Kohler, *Wesen der Strafe*, 1888, ou da doutrina que, — pretendidamente segundo as sciencias naturaes — deriva a pena de uma lei cosmico-tellurica. (Post, nas obras citadas no § 2, por ex., *Grundzüge*, 1.°, 176). — 2.ª Toda derivação *metaphysica*, isto é, que vá além da experiencia. Isto tem applicação tanto ao *Imperativo categorico* de Kant (acima á p.) como á *Idéa absoluta* de Hegel (acima p. 75, nota 4.ª).

(3) A doutrina que refere a pena ao instincto de vingança, como manifestação do instincto da propria conservação (acima § 2), póde sómente explical-a, mas nunca justifical-a, quer a pena tenha em vista o individuo, quer o desenvolvimento da humanidade.

(4) São, pois, inuteis: 1.ª a theoria da *defesa ou da legitima defesa*, no que suppõe offerecer mais do que a justificação enunciada no texto. Por intermedio de Servin e de outros filiados á escola do direito natural, esta doutrina encontrou numerosos e importantes defensores,

II. — A pena finalistica é de todo ponto compativel com um « livre arbitrio » subtrahido á lei da casualidade, mas completamente independente da verdade desta hypothese (5). A pena presuppõe

especialmente entre os escriptores italianos (Rossi, Carmignani, Romagnosi, Carrara, Lucchini, etc.), como *teoria della tutela giuridica* (note-se bem, não *tutela sociale*). Tambem alguns escriptores francezes (como Franck) e alguns poucos escriptores allemães prestaram-lhe homenagem. Dos ultimos merecem menção Schulge, *Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerl. u. peinl. Rechts*, 1813, e Martin († 1857), *Trat. de d. crim.*, 1825. — 2.ª A theoria que deriva a pena de um pacto concluido com o delinquente, e portanto da propria vontade deste. Neste sentido já Aristoteles (*Eth. Nicom.*, 2.º, 3, § 1, 10.º, 9, §§ 3, 8, 9), e depois numerosos representantes do direito natural e do periodo philosophico, desde Grocio até Rousseau, desde Beccaria até Fichte († 1814); modernamente (além de Schopenhauer) Laistner, *Das Recht in der Strafe*, 192. — 3.ª A theoria da reparação ou retribuição de Welcker († 1869), *Die lezten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813, *Encyklopädie*, 1829. Esta theoria (como outr'ora a de S. v. Cocceji) encontra o fim da pena na cessação do damno intellectual causado pelo crime (do mesmo modo que a indemnisação civil visa resarcir o damno material) e vê o seu fundamento juridico na obrigação que incumbe a todo membro da communhão de reparar a offensa que tenha causado. Semelhantemente Hepps († 1851), *Theorie der bürgerlichen Gerechtigkeit*, exposição critica das theorias do direito de punir, 1829, 2.ª ed., 1843-45. Nas doutrinas de Binding e de v. Wächter (appenso, 17) reconhece-se claramente a influencia de Welcker. Tambem segundo Löning, a pena é «o restabelecimento do equilibrio juridico no corpo social». Herold, Z., 12º, 573, defende a mesma idéa fundamental.

(5) E', pois, vicioso o methodo daquelles escriptores que querem construir o direito penal sobre o conceito transcendente da liberdade e portanto sobre a base vacillante da especulação metaphysica. Assim fazem v. Ihering, *Zweck im Recht*, 1.º, 8, Rumelin, *Reden und Aufsätze*, 1881, Hälschner, Binding, *Normen*, 2.º, 3, v. Holtzendorff, Lammasch, G. S., 44, 152, v. Meyer, *Die Willensfreiheit im Strafrecht*, 1890, Löning, Kohler, Berner, v. Buri ultimamente, G. S., 48, 369; Birkmeyer, *Ursachenbegriff*, notas de 10 a 12 (contra elle Janka, Z., 9.º,

sómente que o individuo sobre quem ella recae póde sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infligido, e, como todos os outros homens, póde assimilhar-se as idéas que a comminação e a execução da pena devem suscitar. A condição da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado que de facto se produz, é apenas a capacidade de determinar a vontade (capacidade, sem duvida, propria a todo homem maduro e são de espirito) por meio de idéas e representações em geral, e especialmente pelas idéas e representações oriundas da religião, da moral, do direito e do senso pratico que regulam toda a nossa conducta.

Mas comquanto a disputa philosophica sobre uma liberdade psychologica que fica além dos limites da

---

502), Zitelmann, *Irrtum u. Rechtsgeschäft*, 153, Wundt, *Essays*, 1885, p. 105, Proal, *Le crime et la peine*, 1892., Restano, *La negazione del libero arbitrio e la responsabilità penale*, 1.°, 1892, Krohne, 205, Pfenninger (muito commodamente declara que o livre arbitrio é uma premissa que não está sujeita á prova), Kuhlenbeck, *Der Schuldbgriff als Einheit von Wille und Vorstellung*, 1892, Ortloff, Z., 14.° e outros. O direito penal, como qualquer sciencia, só se occupa com o homem empirico, e este absolutamente não é livre, determina-se por idéas e representações (motivos), e consequentemente está sugeito á lei da causalidade. Esta doutrina (defendida por Santo Agostinho, Calvino, Luthero e outros) seguem moderadamente Merkel, 72; o mesmo Z., 1°, 533; o mesmo, *Vergeltungssidee u. Zweckgedanke*; Mittestadt, G. S., 387; Hertz, *Unrecht*, 1.°, 119; Haupt, Z., 2.°, 533; Jancha, 4.°; Jellinek, *Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe*, 64; Kräpelin, *Abschaffung des Strafmasses*, 1.°; Hrehorowies, *Grundbegriffe*, 17; Bunger, Z., 7.°, 80, 8.°, 576 (muito recommendavel); Fuhr, *Notstand*, 4.°, nota 2; van Houten, *Das Kausalitätsgesetz in der Sozialwissenschaft*, 1888; Wallascheg, *Studien zur Rechtsphilosophie*, 1889, p. 182; Moriand, *Délit necessaire*, 1889, p. 150; Appelius, *Die bedingte Verurteilung*, 1890, p. 72; Glaser, *Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit, Gewissen und Strafe*, 2.ª ed., 1887; Klippel, Z. 19, 534; Zürcker na Revista do direito penal

experiencia, tão pouco possa abalar as bases do direito penal, quanto as de qualquer outro ramo do direito, qualquer que deva ser a solução da controversia, é, todavia, certo que só a theoria da culpa que assenta sobre a intuição rigorosamente determinista póde, de um lado, assegurar á legislação penal uma estabilidade inabalavel e um desenvolvimento tranquillo e, de outro lado, impedir que idéas confusas, tomadas já ao direito e já á moral, lancem a obscuridade na sciencia. Emquanto a capacidade de determinar-se que incontestavelmente possue o homem normal não puder ser contestada, a possibilidade de derminar o delinquente por meio da pena ficará subtrahida ao conflicto das opiniões, a responsabilidade pelo resultado, a *culpa*, terá uma base firme

---

suisso, 5.°, 1; Dieffenback, *Die Willensfreiheit u. die deutsche Rechtswissenschaft insb. die Strafrechtlehre*, 1889; Kurt, *Willensfreiheit*, 1890; Delman, *Die Wissenschaft und das Strafrecht*, 1892; Vogt, *die Frage der Verantwortlichkeit für unsere Handlungen*, 1892; Forel, *Hauptreferat für die Versammlung der Schweitzer Schutzaufsichtsvereine*, 1891; Lotmar, *Vom Rechte, das mit uns geboren* etc., 1893; Leithner, *Was ist Recht?*, 1893; Biedenkapp, *Beiträge zu den Problemen des Selbstbewusstseins der Willensfreiheit und Gesetzmässigkeitdes Geistes*, Diss., 1893; os italianos Ferri, Z., 2.°, 11, Lombroso, Z., 1.°, 127, como todo os seus partidarios, o russo Foinitzki no seu Manual e muitos outros. — Anteriormente Wolff, *Jus. nat.*, 8.°, 714, que qualifica a opinão expressa no texto de *res satis manifesta;* Hommel (A. v. Jack), *Belohnung u. Strafe nach türkischen Gesetzen*, 1770; os encyclopedistas francezes do XVIII seculo (cons. Hertz, *Voltaire*, 126); Feuerbach, *Revision*, 1799 e nas primeiras edições do seu Tratado; Klein e v. Kleinschrod, Thibaut, *Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie*, 1802, p. 57 (que, como Moriand, 161, nota 1.ª, observa, define a idéa da imputabilidade justamente como o nosso texto) e tambem Geib, 3.ª, 57. Na philosophia moderna Kant (que Binding completamente falsea) e Schopenhauer pronunciaram-se pelo emprego absoluto da lei da causalidade no mundo da experiencia (e sómente com este se occupa o criminalista).

e inatacavel e o direito penal desenvincilhar-se-ha da idéa da retribuição, que, sem a hypothese do livre arbitrio, não póde mais subsistir, pois cae com o «deves, logo podes» (6).

III — A pena é *justa*, quando e em tanto quanto é *necessaria* para a manutenção da ordem juridica. A idéa finalistica na pena não só nos traça a mui disputada linha divisoria entre o injusto punivel e o não punivel, senão tambem nos dá a medida da gravidade da pena quanto a sua qualidade e a sua extensão.

IV — Mas ainda quando não se queira deixar de contrapôr á pena finalistica a pena retribuidora baseada sobre o indeterminisno, não é impossivel a conciliação destas idéas extremas. Em sua grande maioria os escriptores modernos, nenhum dos quaes tem a coragem de contestar na pena a idéa finalistica,—prestam homenagem a alguma das chamadas *theorias mixtas*, isto é, partem da justiça *retribuidora*, mas abrem um maior ou menor espaço aos respeitos da conveniencia (7).

---

(6) Não pensa assim Merkel que, com inconsequencia notavel, considera a pena retribuidora compativel com o determinismo.

(7) Neste logar é inutil enumerar opiniões entre si tão divergentes. Basta mencionar alguns escriptores mais notaveis. Consultem-se: Abegg, *Die verschiedenen Strafrechtstheorieen in ihrem Verhältnis zu einander*, 1835 (applicação do methodo dialectico de Hegel ao desenvolvimento historico da pena); Grolmann († 1829), *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft*, 1798, sobre o fundamento do direito de punir e da legislação penal, 1799; Henke († 1869), *Ueber den Streit der Strafrechtstheorieen*, 1811, Tratado, 1815, Manual, 1823 e seg.; Trendelenburg († 1872), *Naturrecht auf dem Grund der Ethik*, 2.ª ed., 1868 (os tres ultimos escriptores veem a origem do injusto na intenção do agente, e portanto a extincção da culpa na emenda deste) — Ao mesmo grupo pertence toda a escola de Herbart. Este philosopho († 1841), *Allgem. prakt. Philosophie*, 1808, refere a pena á

Segundo o nosso ponto de vista, a conciliação póde ser tentada do seguinte modo (8).

A justiça retribuidora exige que cada um soffra pelo que faz e que a pena seja medida conforme a gravidade da culpa. Cumpre pois entendermo-nos sobre o padrão, pelo qual se afere a gravidade do crime.

---

idéa da justiça compensadora, á retribuição. O facto não compensado afflige; a pena é pois exigida como necessidade esthetica, mas, como a retribuição sómente por amor da retribuição pertence á esphera da malevolencia, a pena precisa ainda de um motivo, e este é dado pelas idéas ethicas do direito e da benevolencia. Os principaes representantes de Herbart na litteratura especial do direito penal são Geyer († 1885, cons. especialmente a *Geschichte und System der Rechtsphilosophie*, 1863, e a *Introducção* do mesmo escriptor no Encyclopedia juridica de v. Holtzendorff, 2ª ed., 1882, opusculos, 65) e Wahlberg (cons. principalmente os *Grundzüge der Strafrechtlichen Zurechnungslehre*, 1857, e tambem a collecção de opusculos, 1º, 1).— Tambem Heffter († 1880), Trat., § 108; Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, Man., 1889; o mesmo, *Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesamtentwicklung der öffentlichen Zustände und des geistigen Lebens der Völker*, 1889; Löning, *Ueber die Begründung des Strafrechts*, 1889; Ziebarth, *Forstrecht*, 322.— Berner, Trat.; v. Meyer, Trat., p. 19, 25, G. S., 33º, 101, 161, (contra elle v. List, Z. 1º, 604, 3º, 29); Merkel, Z. 1º, 557; Löning, Z., 3º, 373; Geyer, *Krit. Vierteljahreschr.*, N. F., 5º 440).—Hälschner, *Gem. deutsches Strafrecht*, 1.º, 558; v. Bar, Man., 1º, 311 (ver v. Liszt, Z., 3º, 23) — Sonntag, Z., 1º, 495 (ver Mittelstädt, Z., 2º 432, v. Liszt, Z., 8º, 27) — Binding na *Grünhuts Zeitschrift*, 4º, 417, *Normen*, 1º, 2º, ed., 412 (ver v. Liszt, Z., 3º, 45; Geyer, *Grundriss*, 15, v. Bar, 1º, 308).

(8) Não cogitamos absolutamente de accrescentar uma nova theoria a tantas outras theorias eccleticas. Quem não compartilhar o desejo de uma *entente*, póde considerar como não escripta a explanação subsequente, que não é essencial á contextura da nossa concepção scientifica. Nunca e em parte alguma o principio — *luta consciente contra o crime* — deixou de servir-nos.

Os defensores da justiça retribuidora encontram esse padrão no *facto concreto* sujeito á apreciação do juiz e determinam a gravidade do facto, antes de tudo, pelo valor que a ordem juridica liga ao bem lesado. O homicidio é mais grave do que a offensa physica, o roubo mais grave do que o furto. E' pois pelo *resultado* que se determina o valor da acção.

Os defensores da idéa finalistica, porém, encontram o padrão na intenção *delictuosa demonstrada pelo facto*. No julgamento do delinquente vão além do facto individual que faz actualmente objecto da accusação, investigam-lhe o passado e d'elle tiram conclusões sobre o futuro. Releva notar: não se trata da intenção delictuosa em si, mas da intenção demonstrada por um crime certo e determinado. A imposição de pena é medida que tão profundamente offende a liberdade individual e tão immediatamente affecta o bem estar da collectividade que nunca a intenção só, isto é, a suspeita, mas sempre sómente o facto, isto é, a realidade, póde dar causa justificada á acção repressiva do Estado (9).

Estas duas intuições não são entre si tão contrarias, como poderia parecer á primeira vista.

Antes de tudo cumpre notar que os defensores da justiça retribuidora abandonaram desde muito o seu ponto de vista em duas importantes questões. Em todos os casos em que o direito vigente aggrava a reincidencia, toma-se em consideração na graduação da pena não só o facto a julgar, senão tambem a sua historia, não só o resultado material, se-

(9) Como delinquio é punido, para que não torne a delinquir. A velha disputa escolastica sobre o *punitur quia peccatum est* e o *punitur ne peccetur* tem justamente o mesmo valor pratico e scientifico, que teria a questão suscitada entre medicos sobre saber si elles curam para que o doente gose saude, ou si curam, porque o paciente está enfermo.

não tambem e em primeiro logar a intenção delictuosa do agente. E si, de accordo com as instrucções do ministerio da justiça da Prussia, ao criminoso adolescente é applicada uma pena restrictiva da liberdade mais duradoura do que aquella que em igual caso recahiria sobre o adulto, a justiça retribuidora no sentido corrente nada tem, na verdade, que ver com esta medida da pena (a).

Mas em todos os demais casos (e abstracção feita dos adolescentes e dos reincidentes mal restará a metade de todos os delinquentes) a medida da pena conforme a intenção delictuosa demonstrada pelo facto não é, attentamente considerada, um desvio, senão uma mais profunda comprehensão da idéa da retribuição.

O agente deve expiar conforme a sua *culpa*. Mas a gravidade da culpa não se determina, pelo menos em primeiro logar, segundo o resultado material do facto, mas segundo o gráo da revolta, que pelo facto se manifesta, da *vontade individual contra a ordem juridica*. Os defensores da justiça retribuidora não pódem regeitar pura e simplesmente esta these.

Ora, na culpabilidade juridica dá-se uma distincção fundamental. A revolta da vontade individual contra o direito póde ser uma reluctancia por principio, por estado, correspondente á natureza innata ou adquirida do delinquente, ou um desvio excepcional, eventual, episodico: *a luta de profissão contra a ordem juridica e a aberração occasional são os dois*

(a) O autor allude á educação correccional *(Zwangserziehung)*, a que pódem ser sujeitos os jovens delinquentes nos termos dos arts. 55 e 56 do C. p. da Allemanha e das leis prussianas de 13 de Março de 1878 e 23 de Junho de 1884. Mas esta medida não é pena, pois applica-se a menores que não têm ainda responsabilidade criminal ou que obraram sem discernimento. N. do trad.

*contrastes incisivos que se observam na culpa subjectiva*, e, já que determinam a gravidade do delicto, a elles deve corresponder, segundo as exigencias da justiça, a gravidade da pena. Mas é este exactamente o mesmo resultado a que nos conduzio (§ 14) a politica criminal dominada pela idéa finalistica. Com profundar-se a idéa da culpa desapparece o antagonismo das duas intuições. O categorico imperativo da retribuição coincide com os respeitos de utilidade em que se inspira a politica.

# As fontes do direito penal imperial

## § 16. — Enumeração das fontes

I.—Segundo a intuição moderna, a lei é a unica fonte do direito penal. Todas as disposições penaes pertencem pois ao direito estatuido [1] [a]. A legislação penal moderna parte da hypothese de que ella é completa e sobre esta hypothese funda o principio do seu *exclusivismo*. Tal é o preceito formulado nesta proposição que desde o periodo philosophico (Constituição franceza de 3 de Setembro de 1791) encontra-se regularmente nos codigos e é repetida no art. 2º, 1º al., do C. p. imp.: «nenhuma infracção póde

---

(1) Binding, 1.° 197, 201 e Z, 1.°, 4, é o unico escriptor que se afasta desta these.

(a) Os jurisconsultos allemães denominam *direito estatuido (gesetztes Recht*, o *statute law* dos inglezes) o que é estabelecido pela lei, e *não estatuido* (*ungesetztes Recht*) o que tem outra fonte que não a lei; no direito moderno esta distincção corresponde ao direito escripto e não escripto. O direito penal é direito estatuido, porque não é costumeiro e repousa sobre estes principios fundamentaes: *nulla pœna sine lege, nulla pœna sine crimine, nullum crimen sine pœna legali.* — Binding porém entende que ha tambem no direito penal direito não estatuido, porque liga a esta expressão um sentido mais restricto, considerando como tal sómente o direito declarado *expressis verbis* pela lei e na lei,

ser punida com penas que não tenham sido previamente estabelecidas pela lei». Sómente são puniveis as acções contra as quaes a lei tem expressamente comminado penas, e sómente as penas expressamente comminadas pela lei são applicaveis.

A concepção relativa ás fontes do direito penal está em intima connexão com a missão que o direito publico de uma época dada impõe ao juiz criminal, missão que, por sua vez é determinada e limitada pela relação politica em que se acha o poder publico para com a liberdade individual. Sómente quando e em tanto quanto o juiz criminal não é mero instrumento da *applicação* do direito, mas tambem orgão de sua *formação*, ha outras disposições penaes que não as do direito estatuido. Assim o Imperio

---

e como não estatuido todo direito que se infere de *actos concludentes*, e portanto todo direito implicito ou latente. Ora, no direito penal admitte-se a interpretação para fixar o verdadeiro sentido da lei, quando esta é imperfeita e não diz o que o legislador quiz dizer; admitte-se a interpretação por via de consequencia, bem como a analogia que de uma lei ou de uma pluralidade de leis deduz o direito latente, embora o emprego da analogia seja limitado em materia penal; e finalmente a lei decretada póde ter por presuppposto outras disposições que não foram legalmente formuladas, como quando a lei expressa a excepção, mas não a regra, ou quando se baseia em normas não expressamente reconhecidas e declaradas. Além disto, sustenta que o direito costumeiro póde derogar a lei penal, não só pela *desuetudo*, como por uma *consuetudo* contrária. Em relação a esta, diz elle: «quando é manifesto que o legislador deixa de attender á necessidade imperiosa da qualificação de novos factos não de proposito deliberado, mas por incapacidade ou lethargia, ha de chegar a época — isto é tão certo como correrem os rios para o mar — em que a praxe considerará abandonado aquelle principio (*nulla pœna sine lege*) pelo legislador e segundo a vontade presumida deste applicará penas a novos factos. Poder-se-ha então formar o uso e o legislador o approvará, guardando silencio, sanccionará assim a nova comminação e a extincção da regra não ha pena sem lei». (1.°, § 40 e seg.) N. do trad.

Romano, em contraposição ao direito vigente no periodo das *Quæstiones*, permittia que o juiz impuzesse penas *ad exemplum legis* (l. 7, § 3, D. 48, 4); *o inventor da sentença*, o *urteilsfinder* da idade média, hauria da sua convicção o preceito juridico; o direito penal commum da Allemanha, baseado no art. 105 da Carolina, deixava á sciencia e ao costume o desenvolvimento de suas theses. E' esta a concepção que ainda se encontra na Theresiana. Mas no periodo philosophico (já a Austria em 1787) o juiz não era mais do que o orgão da lei, ligado pela sua letra, e não pelo seu espirito. Chegou-se ao ponto de pretender prohibir, como outr'ora no tempo de Justiniano, toda interpetração da lei (2). As legislações modernas abstiveram-se destes exaggeros e incumbem ao juiz a applicação do direito tal como elle é reconhecido na sua ligação intima, isto é, scientificamente. D'ahi segue-se immediatamente que á *praxe judiciaria* (e sómente por ella se manifesta o *direito costumeiro*) não pode competir a força *productora do direito*, quer se trate de pôr em vigor novas prescripções, quer de abolir disposições vigentes (*desuetudo*) (3) (b).

---

(2) Cons. Geib., 1.° 328, Loning, Z, 3.° 320, Binding, 1º, 23, nota 18, Stotzel, *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung*, 2.° 209.

(3) A opinião contrária é ainda hoje sustentada por alguns escriptores como Binding, 1º, 210, Hälschner, 1º, 82, v. Meyer, 133 (mas «quando muito no campo do direito penal estadual»), Olshausen, § 2º, 5. — A praxe judiciaria póde pois ser sempre alterada. Cons. tambem o Cod. de Org. jud., § 137. — Não raro tem produzido confusão de idéas a concepção completamente absurda de que a sentença judiciaria é uma *lex specialis*.

(b) Eis o raciocinio dos criminalistas que admittem a *desuetudo*: «como a funcção negativa do direito costumeiro derogatoria do direito existente não foi expressamente vedada pelo art. 2 do C. p. (*nulla pœna sine lege*) e não se póde contestar que o direito costumeiro consi-

Des'arte nega-se tambem á sciencia a força de crear direito. Pela *hermeneutica* ella póde explicar o conteúdo das disposições legaes; pelo *desenvolvimento das idéas* póde descobrir theses já existentes, mas não expressa nem immediatamente enunciadas. Mas não póde nunca por autoridade propria crear ou abolir preceitos juridicos. Sómente á lei inhere a força productora do direito (c).

---

derado em si tenha tambem justificação no campo do direito penal, deve-se admittir que a *desuetudo* póde revogar disposições penaes estabelecidas pela lei» (Olshausen, § 2, 5). N. do trad.

(c) Os criminalistas allemães distinguem a interpretação propriamente dita e a analogia: a primeira fixa o sentido da lei ou infere as consequencias que a lei implicitamente encerra, ao passo que a segunda, baseada, não já na *dispositio*, mas na *ratio legis*, serve para preencher lacunas e é instrumento para o desenvolvimento do direito. A interpretação com todos os seus processos, segundo a conhecida distincção em grammatical, logica, systematica e historica, é applicavel ao direito penal do mesmo modo que o é a qualquer outro ramo do direito, podendo d'ahi resultar uma interpretação restrictiva ou extensiva para quem se colloca no ponto de vista da letra da lei. Uma e outra resultam do mesmo methodo. Quanto á analogia, ella é vedada pelo principio *nulla pœna sine lege*, é portanto inadmissivel para a qualificação de novos factos, a applicação de penas diversas das que a lei tem comminado, a aggravação ou attenuação das penas legaes (n'este sentido a opinião commum); fóra d'estes casos, são controvertidas a admissibilidade e a extensão da analogia. Olshausen (§ 2 e 4) estabelece como principio geralmente aceito que a analogia é admissivel para preencher lacunas da *lei*, mas não para preencher lacunas do *direito*, segundo uma distincção feita por Grolman e vulgarisada por Wächter, isto é, segundo a analogia se baseia em uma só lei ou no espirito do direito positivo, nos principios que d'este resultam no seu conjuncto. Merkel admitte a analogia, não para o desenvolvimento do direito, mas para a sua applicação necessaria, quando se dá uma lacuna na legislação, e tal lacuna se dá, quando «a observancia de preceitos juridicos suppõe a decisão de uma questão de principios, que o direito positivo não decidio; pois n'esses casos incumbe á jus-

II. — Consequentemente a legislação imperial é a unica fonte do direito penal do Imperio. As prescripções do legislador imperial apresentam-se sob tres fórmas: 1.° como *lei* no sentido estricto, no sentido do direito publico; 2.° como *ordenança*, quando por excepção é facultado aos orgãos do Imperio um direito regulamentar em materia penal (c); 3.° como *tratado internacional*, quando este, segundo o direito publico, adquire força obrigatoria (d).

---

tiça completar a lei para poder applical-a. Assim o C. p. allm. fixa o maximo e o minimo das penas, sem declarar as circumstancias que o juiz terá em attenção para gradual-as. A analogia porém não serve no direito penal para fazer desapparecer inconsequencias, fundando-se na regra «*ubi eadem legis ratio, ibi ejusdem legis dispositio.*» (HH, 2.°, 4.°). Binding vae mais longe: o emprego da analogia não é um direito, mas um dever que só soffre os limites estabelecidos pela lei. No direito penal ella é tambem factor do desenvolvimento do direito e só é vedada nos estrictos termos do art. 2 do C. p. Assim pode-se, por exemplo, estender a outros incapazes as disposições dos arts. 51 e 54 sobre os menores.—N. do trad.

(c) Cons. Laband, 1.°, 589, Hänel, 1.°, 271, especialmente Seuffert, Cod. p., 1.°, 88 (que indica o amplo direito penal facultado ás ordenanças pelas leis sobre o seguro). E' importante o art. 4 da lei sobre a jurisdicção consular de 10 de Julho de 1870, bem como o art. 3 da lei de 19 de Março de 1888 concernente á situação juridica dos territorios sob o protectorado allemão.

(d) Compete ao *Bundesrat* (e não ao Imperador) estatuir os regulamentos de *administração* para a execução das leis imperiaes (art. 7 § 2 da Const. imp.). Qualquer outra ordenança sobre materia juridica só póde ser decretada em virtude de uma delegação da lei, e esta a póde conferir ao *Bundesrat*, ao Imperador, ao chanceller do Imperio etc.—Si os tratados com os Estados estrangeiros referem-se a materias que pertencem ao dominio da legislação do Imperio, o consentimento do *Bundesrat* é necessario para a sua conclusão e a approvação de *Reichstag* para a sua validade (art. 11 da Const. imp.). N. do trad.

III. — Lei é a vontade da collectividade declarada pelo concurso dos factores legislativos e publicada nos termos da Constituição (Const. Imp., art. 2, 5, 17).

Lei é a vontade *declarada* da collectividade (e); não é a vontade que não foi *declarada* nem a declaração que não foi *consentida*. A declaração opera-se pela resolução que tomam o *Reichstag* e o *Bundesrat* e pela promulgação acompanhada da ordem de *publicação* por parte do Imperador.

E' de accôrdo com esta these que devemos apreciar os chamados *erros de redacção* (5). Diz-se que ha erro de redacção, quando a declaração mesma da vontade do legislador assenta sobre um erro. Como o legislador quer o que declara e declara o que quer, a lei defeituosamente redigida é lei que obriga os cidadãos e que só por outra lei póde ser abolida, e disto temos um exemplo na lei complementar de 25 de Fevereiro de 1875 que em um certo numero de casos (não em todos) corrigio o C. p. Cousa diversa é a não conformidade entre a letra da lei publicada e a da resolução tomada. A lei erroneamente publicada não é lei, como não o é a resolução na verdade tomada, mas não publicada. Assim em tal caso a falta só póde ser remediada por uma nova publicação que a rectifique (6).

---

(e) A collectividade constituida e organisada, isto é, o Imperio. Os factores legislativos são unicamente o *Bundesrat* e o *Reichstag*; o Imperador não tem a faculdade de dar ou negar sancção. N. do trad.

(5) Schütze, G. A., 20, 351; Sontag, *Die Redaktionsversehen*, 1894; v. Wächter, G. S., 29.°, 321; Merkel, H. H., 4.°, 76; Wach, 1.°, 266; Binding, 1.°, 460.

(6) Segundo Binding, 1.°, 460, o vicio na letra da lei deve ser simplesmente rectificado pela critica. Isto é tão incorrecto quanto a asserção que elle adduz como justificação; isto é, que a publicação

Do que fica dito segue-se que os trabalhos legislativos (*Materialen der Gesetze*), especialmente os motivos justificativos dos projectos de lei e os debates parlamentares devem ser utilisados, como meio de interpretação, com extrema cautela. Elles não são a vontade declarada da collectividade, e na hypothese mais favoravel nos dão a conhecer os motivos que actuaram no animo de membros de um ou outro dos factores legislativos para declararem a sua respectiva vontade (7).

IV. — As leis que servem de fontes ao direito penal do Imperio são:

1.° o codigo penal (§ 10);

2.° as chamadas leis penaes accessorias (§ 11).

Fórma especial apresentam as leis penaes, em que o legislador imperial apenas fixa as penas que commina, e deixa a outros poderes ou autoridades a qualificação do facto. Estes podem ser o Imperador, o *Bundesrat*, a administração dos negocios da justiça, a lei ou a policia estadual, ou mesmo a lei estrangeira.

Exemplos encontram-se no C. p., art. 145, 327, 328, 361, § 6, 366, §§ 1 a 10, 367, §§ 2, 5 e 14,

---

falseada basta para satisfazer a exigencia da publicação formal. — A expressão «erros de imprensa» é muito estreita para a designação de taes casos. Frisante exemplo offerece o art. 141 do C. p. mil. (*Festungsstrafe*, em logar de *Freiheitsstrafe*); ver tambem o art. 95 do mesmo Cod. Hecker, 208.

(7) N'este sentido já se pronunciaram v. Wächter, *Archiv*, 1839, 345; Schaffrath, *Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze*, 1842. Actualmente é opinião reinante na sciencia. Cons. Binding, 1.°, 471; Wach, 1.°, 282; Glaser, 1.°, 317. O Tribunal do Imperio não raro utilisa-se com muita largueza da «historia da genesis» das disposições penaes e para a interpretação do C. p. remonta-se aos projectos do C. prussiano de 1851 e mesmo até ao *Landrecht* prussiano.

368, § 2, nos art. 6 e 7 da lei sobre viveres e em muitas outras leis accessorias. Merece especial menção a lei de 17 de Julho de de 1881, art. 2 e 3, concernente ás infracções das leis aduaneiras austro-hungaras.—Taes disposições são denominadas *leis em branco* (Binding) ou comminações *suppostas* ou *abertas* (Heinze, Janka). Em todos estes casos a força obrigatoria que liga o facto qualificado ás suas consequencias juridicas, isto é, á disposição penal mesma resulta de um preceito de lei imperial.

## § 17.—Litteratura do direito penal imperial e das sciencias auxiliares

Falta uma bibliographia completa do direito penal. Para o periodo anterior são recommendaveis as seguintes obras: G. W. Böhmer, *Handbuch der Litteratur des Kriminalrechts* nas suas relações geraes, com particular respeito á politica criminal e acompanhada de notas scientificas, 1816; Kappler, *Handbuch der Litteratur philosophischer und medizinischer Hilfswissenschaften*, 1838.—Para o novo periodo offerece informações tão completas quanto é possivel o indice geral systematico e alphabetico dos 12 primeiros volumes da Z., que indicamos aqui uma vez por todos.—Sobre as leis accessorias, ver o § 11.

Neste logar devem ser mencionados como trabalhos mais importantes os seguintes:

I.—Edições dos textos: Rudorff, 17.ª ed., 1894 (de Appelius); Olshausen, 5.ª ed., 1893; Dande, 5.ª ed., 1893; Dalcke, 5.ª ed., 1893; Rubo, 4.ª ed., 1893; Standinger, 5.ª ed., 1893.

II.—Exposições systematicas: tratados de Berner, 1. ed., 1857, 16.ª ed., 1891; Schütze, 2.ª ed., 1874; H. v. Meyer, 4.ª ed., 1888; Holtzendorff († 1889), *Handbuch des deutschen Strafrecht* por

contribuições de varios autores, 4 v., 1871-77; v. Wächter, *Deutsches Strafrecht*, preleções publicadas por O. v. Wächter, 1881; Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, systematicamente exposto, 1.° v., 1881, 2.ª v., 1884, 1887; v. Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, 1.° v., historia do direito penal e das theorias sobre o direito de punir, 1882; Binding, *Handbuch des Strafrechts*, 1.° v., 1885 (analysado por Merkel, Z. 6, 496, v. Liszt, Z. 6°, 663). Elementos de Binding, 4.ª ed., 1890, Geyer, 1884-85, Löning, 1885, Birkmeyer, 2.ª ed., 1892, v. Lilienthal, 1892. Exposições summarias de Merkel, 1889, Geyer na Encyclopedia de Holtzendorff (3.ª ed., 1879, 5.ª ed., revista por Merkel, 1890 e seg.), Kolner, 2.ª ed., 1893, Ziebarth, *Forstrecht*, 2.ª parte, e Olshausen no 3.° fasciculo do seu *Grundriss zu rechtswissenschaftlichen Vorlesungen* (na academia florestal de Eberswalde), 1891.—E' excellente a exposição de Seuffert na *Strafgesetzgebung der Gegenwart*, 1°, 1894.

III.—Dos commentarios, além dos de Meyer (Thorn), Kirchmann, Blum, Hahn, Puchelt, Rubo, devem ser mencionados os de Oppenhoff, 12.ª ed., 1891, publicados por Th. T. Oppenhoff; de Rüdorff, 4.ª ed., publicados por Stenglein, 1892; de v. Schwarze, 5.ª ed., 1883. A obra de Olshausen, 1.ª ed., 1879 a 1883, 4.ª ed., (2 vol.) 1892, é o commentario mais desenvolvido e ao mesmo tempo mais solido sob o ponto de vista scientifico.—Binding, *Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher, Kommentare*, 1.°, introducção, 2.ª ed., 1877.

IV.—Monographias sobre generalidades: Seeger, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1858; Köstlin, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, livro publicado depois da morte do autor por Gessler, 1858; Glaser († 1885), *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1.°, 1858; o mesmo, opusculos sobre o direito

penal e o processo penal, 2.ª ed., 1883; Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867; Wahlberg, collecção de opusculos e fragmentos sobre o direito penal etc., 1.º, 1875, 2.º, 1877, 3.º, 1882; Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, investigação sobre a acção juridica e as epecies de delicto, 1.º, 1872 (2.ª ed., 1890), 2.º, 1877; Hertz, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, 2.ª ed., 1882; Bunger, *Ueber Vorstellung, Wille und Handlung als Elemente der Lehre von der Strafe*, 1888; Geyer, opusculos sobre materia penal publicados por Harbürger, 1889; Kohler, *Studien aus dem Strafrecht*, 1.º, 1880.

V.—Revistas: *Archiv des preussischen Strafrechts*, fundado em 1853 por Goltdammer, dirigido em 1872 por Mager, de 1873 a 1880 por Hahn, de 1880 a 1886 por Backoffner, desde então por Meves, e do 37.º volume em diante por Meves, Dalcke e Mugdan; desde 1871 tem o titulo de *Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht. Gerichtssaal*, revista fundada em 1849 por Jagemann, publicada desde 1872 por v. Schwarze, depois da sua morte acontecida em 1886 por v. Holtzendorff, e desde o 42.º vol. em diante por Stenglein. *Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung*, revista publicada por Holtzendorff de 1861 e 1873, e fundida desde 1874 com a *Gerichtssaal*. A *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, fundada em 1881 por Dochow e v. Liszt, depois da morte do primeiro (1881) continuada por v. Liszt e v. Lilienthal. *Mitteilungen* da União int. de d. penal desde 1889. *Abhandlungen des (preuss.) Kriminalistischen Seminars* (a principio em Marburg, presentemente em Halle sobre o Saale), revista publicada desde 1888 por v. Liszt. *Strafrechtliche Abhandlungen des juristischen Seminars der Universität Breslau*, revista publicada por Bennecke, 4.ª serie, 1893.

VI.—Collecções de sentenças. *Die deutsche Strafrechtspraxis*, 1.° vol. publicado em 1877 por Pezold, Stiegele e Köhn, 2.° vol. publicado em 1880 por Zimmerle, confronto synoptico das decisões do Tribunal supremo do Imperio com o C. p. *Die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen*, collecção começada no fim do anno de 1888, ao todo 10 vol. *Enstscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, decisões publicadas pelos membros do tribunal, e desde o 19.° vol. tambem pelos membros do ministerio publico do Imperio. *Sammlung der Entscheidungen des OLG Munchen in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses*, 1881 e seg. *Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Kolmar in Strafsachen* 1886, de Franz, 1891. *Grundlegende Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts auf dem Gebiet des Strafrechts*, colligidas por Apt para estudo e para a praxe, 1892. *Kritische Ueberschau über die Rechtsprechung des Reichsgerichts* na Z. por Franck.

VII.—Casos criminaes. Além da antiquada *Kasuistik des Kriminalrechts* de Osenbrüggen (1854), v. Bar, *Strafrechtsfälle*, 1875, Dochow, *Strafrechtsfälle*, 4.ª ed., publicados por v. Liszt e Bennecke, 1891; Kohler, *Strafrechtsaufgaben zum Gebrauche bei dem akademischen Strafrechtspraktikum*, 1.ª secção, 1889; Schultze, *Rechtsfälle aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts als Strafrechtsaufgaben mitgeteilt*, 1891; Harburger, *Strafrechtspraktikum*, casos criminaes para estudo e para a praxe, 1892.

VIII.—Sciencias auxiliares.

1.° Sobre os trabalhos concernentes á biologia criminal, bem como á politica criminal, ver o § 13; sobre os trabalhos concernentes a prisões, o § 61.

2.° Psychiatria e medicina legal: Manual de Casper-Liman, 2 vol., 8.ª ed., 1889-90; Maschka, Manual por contribuições individuaes, 4 vol., 1881

e seg; Hoffmann, tratado, 5.ª ed., 1890. Cons. tambem Hoffmann, Z. 2.°, 82. v. Krafft-Ebing, *Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie*, 5.ª ed., 1893; o mesmo, *Grundzüge der Kriminalpsychologie für Juristen*, 2ª ed., 1882; o mesmo, Z., 2.°, 358, 4.°, 81, 5.°, 150; Sander e Richter, *Die Beziehungen zwischen Geitesstörung und Verbrecher*, 1886; Moeli, *Ueber irre Verbrecher*, 1888; v. Krafft-Ebing, *Psychopathologia sexualis*, 8ª ed., 1893; Moll, *Die Konträre Sexual-Empfindung*, 1891 — Terel, *Hypnotismus*, 1889; Moll, *Hypnotismus*, 2.ª ed., 1890; v. Lilienthal, 2, 7, 281; Bieger, 2, 8.°, 315; Forel, Z., 9.°, 131. As obras de Gilles de la Tourette e Bernheim sobre hypnotismo indicadas na Z., 9.° 725.

3.° Policia criminal. Ortloff, *Lehrbuch der Kriminalpolizei*, 1881; Avé-Lallemant, *Physiologie der Polizei*, 1882; Seuffert, W V., 1.°, 885; Gross, *Handbuch für Untersuchungsrichter*, 1893.

## § 18.—Imperio da lei penal em relação ao tempo

(Direito novo e direito antigo)

Litteratura.— Berner, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum, Person*, 1853; Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, 1862 (Monographias, 2.°, 1); Schmid, *Herrschaft der Gesetze nach ihren raumlichen und zeitlichen Grenzen*, 1863; Lassalle, *System der erworbenen Rechte*, 1861, 2ª ed., 1880; Binding, 1.°, 225, *Normen*, 1.°, 168.

I.—Já acima (p. 66) declaramos a epocha em que o C. p. imp. entrou em vigor nas differentes partes do Imperio da Allemanha. Quanto ás outras leis penaes imperiaes, o começo e o fim de sua efficacia determinam-se segundo as regras geraes. Assim a lei

começa a obrigar—si por ventura ella mesma não fixar outra epocha—no 14.º dia depois d'aquelle em que a *Folha official* do Imperio a publica em Berlim (Const. imp., art. 2). Para os districtos consulares este prazo é elevado a quatro mezes (lei de 10 de Julho de 1879, art. 47 ); disposição que prevalece tambem em relação aos territorios sob o protectorado da Allemanha. A efficacia da disposição penal, si a lei mesma não limitou a sua força obrigatoria a um certo periodo ou não a fez depender da realisação de uma condição, só termina pela revogação expressa ou tacita por parte do poder legislativo. A lei é á unica fonte donde procede tanto a origem, como a extincção das disposições penaes do Imperio.

Quanto á revogação tacita, a regra a observar é que a *lei posterior nas materias por ella reguladas revoga as disposições da anterior.* A idéa de *materia* determina-se segundo as regras dadas no § 19 (1).

Este preceito tem applicação, primeiramente, ás leis penaes do Imperio nas suas relações reciprocas, pouco importando que a lei posterior ou a anterior seja uma lei accessoria ou uma disposição do C. p. Assim o art. 23 da lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra (lei accessoria) foi revogado pelos arts. 275 e 276 do C. p., e ao envez o art. 287 do C. p., foi substituido pelo art. 14 da lei de 30 de Novembro de 1874 sobre marcas de fabrica.

Rege em segundo logar as relações das leis penaes imperiaes com as leis penaes estaduaes anteriores (mas não *viceversa*). Cons. a este respeito o § 19.

---

(1) E' singular o accordo de Binding (1.º, 334) nesta parte. Veja-se adiante o § 19, nota 1.ª.

Rege finalmente as relações entre os diversos ramos do direito imperial. (Cons. tambem o art. 2.º da lei de introducção do C. p.)

II. — Imperio ou validade de uma lei quer dizer que os effeitos juridicos que ella liga a um certo facto se produzem, desde que o facto é dado. D'ahi segue-se que toda lei é sómente applicavel aos factos que occorrem sob o seu imperio, salvo si o legislador declarar o contrario em relação a factos occorridos, quer antes, quer depois de vigorar uma lei.

Este principio prevalece tambem em materia de direito penal. Tambem a lei penal não tem effeito *retroactivo ou ulterior*, senão quando o legislador lh'o dá expressamente (2).

---

(2) A questão é muito controvertida. Com o texto concorda a opinião commum (em razão da hypothese de uma obrigação oriunda da culpa). Pelo effeito retroactivo Schmid, 190, Binding, 1.º, 230, Geyer, 1.º, 89, Hälschner, 1.º, 166, Schütze, 48. Outros, por ex. Meyer, 150, querem que em these applique-se sempre a pena mais branda (a).

(a) Os que se pronunciam pelo effeito retroactivo, como Schwarze, H. H., 2º, 26, ponderam: cada lei começa a vigorar, salvo disposição em contrario, desde o momento de sua promulgação e desde então é para o juiz a norma reguladora no julgamento das causas que lhe são sujeitas; as excepções a esta regra não a podem alterar nem converter a these contraria em principio. Binding funda-se na sua theoria das normas, de que faz justamente nesta materia uma das suas mais notaveis applicações: como o delinquente viola a norma, e não a sancção penal, nada obsta em principio que a nova lei se applique aos factos occorridos sob o imperio da anterior. — Sendo disposição do direito positivo a applicação da nova lei, quando mais branda, as diversas opiniões reduzem-se a uma ou outra destas duas formulas — «a nova lei applica-se a factos anteriores, salvo quando a lei antiga fôr mais branda» — «a lei antiga applica-se aos factos occorridos sob o seu imperio, salvo quando a lei nova fôr máis branda». — Entre nós a solução não é duvidosa, pois a não retroactividade das leis é principio constitucional. N. do trad.

D'ahi a regra, aliás implicitamente contida no art. 2.°, 1.° al. do C. p.: *as disposições penaes são applicaveis aos actos praticados sob o seu imperio, e inapplicaveis aos actos praticados antes ou depois que a lei penal começou a vigorar ou cessou de vigorar.*

Attendendo porém ás exigencias de uma benignidade que não se funda em razões juridicas, mas que é digna de approvação, o legislador, sem revogar esta regra como principio, abre-lhe a seguinte excepção:

«Si desde a epocha em que a infracção foi commettida até a epocha do respectivo julgamento a lei penal fôr alterada, applicar-se-ha a disposição mais branda» (C. p., art. 2.°, 2.° al.).

Assim dá-se effeito retroactivo á lei mais branda e ao mesmo tempo admitte-se este principio: «depois que uma lei penal cessa de vigorar, ninguem póde ser mais condemnado por acto que a mesma lei qualifica e que tenha sido praticado anteriormente á epocha da revogação». (Exemplo, a abolição da lei sobre os socialistas). (3)

Uma vez admittido este ponto de vista, segue-se logicamente que os tribunaes devem ter em attenção não só as leis vigentes *a*) ao tempo da acção e *b*) ao tempo do julgamento, senão tambem *c*) as leis penaes que foram decretadas no periodo intermediario (considere-se a abolição transitoria da pena de morte em alguns Estados da Allemanha).

III. — Quando o juiz tem de escolher d'entre duas ou mais leis a menos severa, deve antes de tudo decidir o caso que lhe é sujeito successivamente em face de cada uma das leis em questão, e

(3) Porque a attenção que deve ser prestada á lei mais branda, não póde ser negada á isenção de pena resultante da nova lei. Não ha que distinguir si a lei é revogada expressa ou tacitamente. Semelhantemente Hälschner, 1º, 123; pelo contrario Binding, 1º, 237, 258, v. Meyer, 153, Olshausen, § 2.°, 16; R., 15 de Janeiro de 91, 21.°, 294.

portanto verificar as circumstancias constitutivas do crime segundo a qualificação de cada uma dellas. Qualquer combinação de leis penaes diversas lhe é absolutamente vedada. O *resultado mais favoravel* para o accusado é o que prevalece. Note-se que devem ser tomadas em consideração, não só a qualidade e a extensão da pena, senão tambem todas as circumstancias relevantes em direito penal, como as penas accessorias, a influencia das circumstancias aggravantes e attenuantes, as disposições legaes sobre a reincidencia, a cumplicidade, a tentativa, as condições de punibilidade etc. Si d'esse exame resultar a impunidade do facto ou uma pena mais branda, segundo alguma das leis de que se trata, porque essa lei, por ex., não pune a tentativa ou não aggrava a reincidencia, é ella que deve ser exclusivamente applicada. A mesma regra prevalece a respeito das causas extinctivas de pena e especialmente a respeito da prescripção: si a acção ou a execução da sentença prescreveu segundo uma ou outra de ditas leis — e n'esta parte cumpre tomar para ponto de partida do lapso da prescripção em relação tanto á lei anterior como á posterior a epocha da pratica do facto ou a epocha em que a sentença passou em julgado — segue-se a absolvição (4). Os

(4) Não tem fundamento a opinião, segundo a qual a prescripção que deve ser contada de accordo com a lei posterior começa a correr da epocha em que esta entrou em vigor. Tem-se dito muitas vezes que a prescripção da pena nos termos do art. 70 do C. p. não tem applicação ás penas pronunciadas por sentenças que passaram em julgado antes de entrar o C. p. em vigor (art. 2.°, al. 2. = « si desde a epocha em que a infracção foi commettida até *a epocha do respectivo julgamento* a lei for alterada.....»). Neste sentido Hälschner, 1.°, 125; Olshausen, § 2.°, 18; Heinze, H. H., 2.°, 21. Nada se oppõe á applicação desta regra por analogia. Correctamente Berner, 317; Binding, 1.°, 266, v. Kisch, Z., 9.°, 42, nota 50.

obstaculos de natureza *processual*, que eventualmente se opponham ao exercicio da acção, não são tomados em consideração. Como a exigencia da queixa deve ser considerada requisito processual, a apresentação ou a não apresentação da queixa não tem influencia. Veja-se o art. 3.º da Novella de 26 de Fevereiro que assim dispõe: « com relação aos actos que tenham sido praticados antes de entrar em vigor a presente lei, a necessidade da queixa e a desistencia della se regulam pelas leis anteriores » (a).

Si as penas estabelecidas pelas leis que devem ser comparadas, forem eguaes quanto ao rigor, prevalece de novo a regra geral, bem como no caso de não poderem as penas ser comparadas.

## § 19. — Imperio da lei penal quanto á materia

### Direito imperial e direito estadual

Litteratura. — Heinze, *Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen*, 1870; o mesmo, *Das Verhältnis des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht*, 1871; Binding, *Der Antagonismus zwischen dem D. St.-G.-B. und dem Entw. des bad. Einf. Ges.*, 1871; Hälschner, 1º, 89; Binding, 1º, 270; Scherer, G. S., 39, 614.

I. — Em virtude do art. 2.º da Const. Imp., o Imperio exerce o poder legislativo nos limites tra-

(a) O confronto das diversas leis penaes que podem ser applicadas se faz *in concreto* e não *in abstracto*. Applica-se a lei que for mais branda em relação ao caso concreto sujeito a julgamento; e assim evitam-se as difficuldades, talvez insoluveis, que resultariam do confronto *in abstracto*. — O nosso C. p., art. 3.º, manda applicar a lei posterior sómente nos casos previstos sob *a* e *b*, e assim deixa de attender á lei nova, quando sob qualquer outro ponto de vista (por ex., prescripção) ella for mais favoravel ao accusado. A formula simples do Projecto, art. 2.º (« disposição mais favoravel »), é preferivel. N. do trad.

çados pela Constituição, cabendo ás leis imperiaes a precedencia sobre as leis estaduaes.

As leis estaduaes não podem contrariar as disposições expressas ou tacitas das leis imperiaes nem têm força para confirmal-as; si o fizerem, os seus pretendidos preceitos não obrigam, não são leis. Assim, de um lado, as leis estaduaes antigas ficam revogadas, quando as disposições das leis imperiaes penetram no campo que ellas occupam, quer as leis imperiaes as contradigam, quer com ellas se conformem, sem que se faça mister uma revogação expressa; e, de outro lado, a acção futura do legislador estadual é, sob o mesmo presupposto e na mesma extensão, destituida de effeito.

A lei de introducção do C. p., art. 2.° e 5.°, expressa de um modo pouco feliz este principio constitucional, declarando revogadas as leis penaes dos Estados « concernentes ás materias, que fazem objecto do C. p. do Imperio da Allemanha ». O Cod. tem por *materia*, isto é, por objecto, as acções que o legislador declara *passiveis ou não passiveis de pena* (1). A legislação local é, por consequencia, destituida de vigor:

1.° quando a legislação imperial declara expressamente que um acto é punivel;

2.° quando a legislação imperial declara expressa ou tacitamente que um acto é isento de pena.

---

(1) Mas não as denominadas doutrinas geraes que só têm importancia em relação a certos crimes. Não ha uma tentativa de crime em geral, mas sómente tentativa de homicidio, de furto etc. No espaço que lhes é deixado livre, podem as legislações territoriaes estatuir disposições que se desviem das do C. p. imp., e desta attribuição ellas tem feito largo uso. Vêr as leis de policia florestal e as leis penaes florestaes. Ziegner – Gnüchtel, Z., 8.°, 232. De accordo Olshausen, Lei de intr., § 2.°, 13, e as dec. do Trib. do Imp. do 1 de Maio de 80, 2.°, 84, e 19 de Maio de 84, 10.°, 392, bem como anteriormente o an-

Como esta ultima declaração é de ordinario tacita, o silencio da legislação imperial póde ter dupla significação: póde importar uma disposição negativa e tacita (silencio qualificado) ou significar que o legislador deixa a regulamentação da materia á legislação estadual. Qual seja o pensamento do legislador imperial é questão que deve ser resolvida, tendo-se em attenção não só a historia da lei respectiva, senão tambem e principalmente a *lei mesma* estudada na connexão das suas disposições expressas. A questão de saber qual o espaço deixado á legislação territorial é uma questão de *interpretação* da legislação imperial. Si o caso é duvidoso, devemos decidir-nos contra a admissão da regulamentação por lei estadual em consequencia do disposto no art. 4.° n. 13 da Const. Para a solução da questão não se deve deixar de tomar tambem em consideração a gravidade das penas que a lei estadual póde decretar (lei de intr., art. 5.°).

---

tigo tribunal (federal) superior do commercio, e especialmente Seuffert, St. G., 1.°, 86, 87. Divergentes Binding, 1.°, 307, Hälschner, 1.°, 110, v. Meyer, 147, Merkel, 147, Ziebarth, 328 (*).

(*) A questão de saber si as leis especiaes dos Estados que continuam em vigor ou que podem ser decretadas, devem conformar-se com as regras da parte geral do C. p. all., tem recebido soluções oppostas, além das opiniões intermediarias. Uns (v. Liszt, Olshausen, v. Schwarze) affirmam a plena independencia das leis locaes em relação ás regras geraes do C. p. commum; outros (Binding, Rubo) querem que as regras geraes do cod. tenham absoluta applicação ás infracções previstas nas leis especiaes dos Estados. Na praxe é a primeira opinião que tem prevalecido e os tribunaes tem applicado leis dos Estados que no concernente á punição de menores, á prescripção, á tentativa e ao crime consumado, apartam-se das regras do cod. commum. Entretanto admitte-se que os Estados não podem contrapor a parte geral dos seus antigos cod. á parte geral do cod. all., mas sómente desviar-se desta nas leis especiaes. Binding assignala com vigor esta inconsequencia. N. do trad.

Exemplos. No ultimo capitulo do C. p. o legislador agglomerou, sem uma idéa directora, um certo numero de contravenções de caracter diverso, e d'ahi infere-se que não vedou a acção legislativa dos Estados em materia de contravenções policiaes (2). Continúa pois a vigorar na Prussia rhenana a prohibição concernente aos annuncios de remedios secretos (dec. do Trib. do Imp. de 25 de Maio de 82, 6.°, 329). A falta de systema que se nota no cap. 25 do C. p. imp. autoriza tambem a affirmar que continuam a vigorar o art. 270 do C. p. prussiano e o art. 412 do C. p. francez, al. 2.ª, concernente á liberdade de offerta nos leilões publicos (dec. do Trib. do Imp. de 27 de Março de 84, 10.°, 221, 6 de Março de 88, 17.°, 203, Olshausen, cap. 25, 3; em contrario v. Meyer, 147, 155, Ziebarth, 327, 385). Tambem não estão revogadas as leis penaes locaes sobre os advogados não autorisados. Estão, pelo contrario, em contradicção com o direito imperial as leis locaes que prohibem jogar em loterias estrangeiras. Do modo minucioso e completo por que o C. p. imp. trata o falso testemunho, infere-se que o depoimento falso não jurado deve ficar impune, e a mesma razão prevalece contra a vigencia das disposições contidas nas leis locaes sobre os duelos de estudantes que se denominam *Schlägermensuren*. Ver sobre estas tres questões a parte especial.

(2) Dos codigos penaes de policia podem ser apontados como mais importantes o bavaro de 26 de Dezembro de 1871 (Commentario de Standinger, 3ª ed., 1893), o wurttemberguense de 27 de Dezembro de 1871 (Schicker, 2ª ed., 1888), o badense de 31 de Outubro de 1863, modificado em 1871 (Schlusser, 1888), o hessense de 1855. A Prussia, a Saxonia, a Alsacia não possuem legislação policial codificada. Vêr em geral Rosin, W V, 2.°, 273, Seuffert, St. G., 1.°, 94, Mascher, *Die preussisch-deutsche Polizei*, 4ª e 5ª ed., 1885.

Tendo o Tribunal do Imperio contestado por varias vezes e com razão (dec. de 17 de Novembro de 89, 16.º, 340, 20 de Fevereiro de 88, 17.º, 134) estar em vigor o art. 8 da lei prussiana de 25 de Março de 1822, a lei de 29 de Março de 1888 declarou expressamente que continuavam a ser passiveis de pena os *cris séditieux*.

A influencia do direito penal imperial sobre as penas privadas do direito civil suscita duvidas. Cumpre observar a seguinte regra; estão abolidas as chamadas *penas privadas* que têm realmente o caracter de pena, isto é, aquellas que vão além de uma indemnisação pecuniaria ao offendido, inclusive a *satisfação* (em dinheiro) por offensa a interesses que não são patrimoniaes (3). Estão pois abolidas a *retractação*, o *pedir perdão*, o *dar publica satisfação* (b), mas não a mera acção de injuria do direito civil; está abolida a estimação do damno feito com fim

---

(3) Ver os tratados de direito civil de Windscheid, Dernburg, Stobbe e outros; Mandry, *Zivilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze*, 3 ed., p. 234, 226, 231; Landsberg. *Injurien und Beleidigung*, 1886, e especiamente Seuffert, StG., 1º, 85. — Pelo facto de conceder ao offendido o direito a uma multa privada que póde ser pedida no processo penal (adiante § 67), a lei não affectou outras pretenções mais amplas e admissiveis segundo o direito civil.

(b) *A Widerruf (recantatio, palinodia* — declaração por parte do offensor ao offendido de não ter dito a verdade), *Abbite (deprecatio*, manifestação de arrependimento e pedido de perdão) e a *Ehrenerklärung (honoris declaratio*, declaração formal do offensor de que reconhece a honra do offendido e que não teve a intenção de desacreditá-lo) eram penas do direito commum da Allemanha oriundas de usanças da edade média (Feuerbach, Trat., § 95, Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 711). A chamada acção de *palinodia*, para que o injuriante se desdissesse, retractasse ou recantasse a *palinodia* em publico ou em audiencia, é mencionada por M. Freire, que reprovava o seu uso em Portugal (*Cod. Crim.* § 20, obs. ao tit. 35, *Inst. Jur. Crim.*, t. 8, 16). N. do trad.

penal de accordo com o lei Aquilia, mas não a acção de indemnisação que sobre esta se baseia. Não está abolido o *preço da dôr* (c), mas estão revogadas não só as penas publicas comminadas contra quem illicitamente faz justiça por suas proprias mãos (Baviera, 1813, Wurttemberg, Braunschweig, Saxonia, 1868), senão tambem os effeitos penaes de direito civil que ultrapassem os limites da reintegração e da indemnisação (*decretum Divi Marci*) (d).

II.—Quanto ás *materias não reguladas por lei imperial*, o legislador estadual tem os movimentos livres. As antigas leis continuam a vigorar e novas leis podem ser decretadas. E' este o principio que o art. 2.°, al. 2.° da lei de introd. enuncia, comquanto induza em erro, contrapondo ao C. p. as *disposições especiaes* da legislação local. O facto material da inserção da disposição em um cod. penal ou em um cod. policial, ou ainda em uma lei accessoria, não tem a minima importancia para a nossa questão. Mencionando as disposições concernentes ás infracções á policia da imprensa, ás leis sobre os correios,

---

(c) *Schmerzensgeld.* Assim se chama a satisfação que, além da reparação do damno patrimonial, é devida ao offendido no caso de offensa physica pela *dôr soffrida.* A acção é civil (*actio utilis ex lege Aquilia*). A questão de saber si tal satisfação está abolida é controvertida. Stobbe, *Handb.*, § 203, 2. N. do trad.

(d) A *Selbsthilfe* (fazer valer o seu direito por autoridade privada) distingue-se em defensiva e aggressiva. A primeira pertence á doutrina da extrema necessidade, da legitima defesa e da resistencia a ordens illegaes. A segunda é punida, quando constitue algum dos delictos definidos no C. p. imp., e nos demais casos fica impune; é mesmo permittida pelo direito civil em certos casos, como o apeamento de animaes encontrados em terreno alheio.—O *Decretum Divi* Marci, varias vezes mencionado no Digesto (l. 13, 4, 2, l. 7, 48, 7) impunha penas civis ao credor que fazia valer o seu direito independentemente da autoridade da justiça. N. do trad.

os impostos, as alfandegas, a pesca, a caça, a policia rural, bem como as disposições concernentes ao direito de associação e de reunião e as que versam sobre o furto de madeira nas florestas, o art. 2º da lei de introd. fez apenas uma enumeração exemplificativa (4).

III.— Mas certos limites são traçados á legislação estadual ainda no campo que lhe é reservado, e portanto nas materias não reguladas por lei imperial.

1.° Em todos os csaos em que as leis estaduaes se referem a disposições penaes que o C. p. do Imperio revogou expressa ou tacitamente, as disposições correspondentes do mesmo Cod. serão applicadas em logar dos textos revogados (art. 3º da lei de introd.).

Assim, quando as leis penaes accessorias dos Estados guardam silencio sobre as regras geraes do direito penal, devemos entender que ellas se referem aos seus respectivos codigos e que, portanto, têm applicação as disposições geraes do C. p. Imperial.

2.° Desde o 1.° de Janeiro de 1872 (1871) não é permitida a applicação de penas de natureza diversa daquellas que o C. p. imperial tem estabele-

(4) A menção do furto de madeira é tambem exemplificativa ; esta infracção é—e sempre foi—cousa essencialmente diversa do furto, com o qual só tem de commum o nome, e nunca foi comprehendida entre as «causas infamantes». Cons. em geral Ziegner-Gnüchtel, Z. 8.°, 222; Schwappach, W V. 1.°, 442. No sentido do texto John, Z., 1.°, 273, Commentario, 1.°, 97; Kayser, H H, 4.°, 46; Glaser, 1.°, 289. *Contrà*, a opinião commum, especialmente Olshausen, Lei de Introd., § 2.°, 10, Binding, 1.°, 346, nota 9, *Normen*, 1.°, 160 (não assim na 1ª ed., 1.°, 73), Seuffert, St.-G., 1.°, 86. As leis respectivas (na Prussia lei de 25 de Abril de 1878 sobre a policia florestal e a policia rural, na Alsacia-Lorena a lei de 9 de Julho de 1888 sobre a policia rural) são enumeradas por Binding, 1.°, 308, nota 3ª. Ver mais Ziebarth, 373.

cido. Este principio soffre a seguinte excepção: quando as leis estaduaes prescreverem ou permittirem a substituição da pena de encarceramento ou de multa por trabalhos florestaes ou communaes, taes disposições continuarão a vigorar (art. 6 da lei de introd.) (5).

3.° As leis estaduaes não podem comminar outras penas que não as de encarceramento até dois annos no maximo, detenção, multa, confisco de determinados objectos e perda de funcções publicas.

Ao passo que as limitações mencionadas nos ns. 1 e 2 referem-se ás leis antigas como ás futuras, a terceira limitação refere-se sómente a estas, sem de modo algum affectar immediatamente aquellas (6).

IV. — Por disposição expressa de lei imperial (art. 8º da lei de introd.) foi reservado aos Estados o direito, aliás subentendido, de decretar medidas transitorias destinadas a harmonisar com os artigos do novo C. p. as leis locaes que continuassem a vigorar e portanto não affectadas pela legislação imperial (7). Em todos os Estados, menos a Prussia, o Lauenburg e Waldeck, foram decretadas taes leis de introducção.

---

(5) Os castigos corporaes não são pois admissiveis como pena, e sim sómente como medida disciplinar. Diverge Seuffert, St.-G, 1.°, 86.

(6) A questão é controvertida. No sentido do texto a opinião commum, especialmente v. Meyer, 146; Olshausen, Lei de introd., art. 5, 2. *Contrà*, Heinze, G. S., 30, 561; Binding, 1.°, 298; Hälschner, 1.°, 103; Kayser, H. H., 4.°, 52.

(7) Dentre os trabalhos que têm por objecto o direito penal local, merecem menção, alem das obras já apontadas no § 11, o *St.-G.B. für das Deutsche Reich in seiner Anwendung im Königreich Bayern*, 5ª ed., 1889 (Bamberg); Gosch e v. Düring, *Mecklenburg-Schwerinsches Landesstrafrecht*, 1887, *Mecklenburg-Strelitzsches Landesstrafrecht*, 1887. Sobre o direito francez cons. Scherer, G. S., 39.°, 621. Sobre a classica lei de introd. bavara, cons. Seuffert, St.-G. 1.°, 93, e sobre a materia do direito penal local o mesmo, 98.

## § 20. — O imperio da lei penal quanto ao espaço

### (Sob o ponto de vista doutrinario)

LITTERATURA.—Berner, *Wirkungskreis*, 1853 ; Schmid, *Herrschaft der Gesetze*, 1863; v. Bar., *Lehrb. des internationalen Privat- und Strafrechts*, 1892; v. Roland, *Das internationalen Strafrecht*, 1877, 1º (ver a *Krit. Viertelj. Schr.* N. F., 1º, 453) ; v. Liszt, Z. 2º, 50 ; v. Bar, G. S., 34, 481, 350, 561 ; Geyer, Z. 3º, 619; Binding, 1º, 370 ; Harburg, *Der strafrechtliche Begriff Inland*, 1882 ; Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, 1887 ; o mesmo, G. S. 40, 1º; v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafrsachen*, 1º, 1888.

I. — Intencionalmente evitámos no titulo deste paragrapho o emprego de expressão *direito penal internacional* introduzida por Bentham, sob a qual se costuma comprehender idéas inteiramente diversas. Com esta denominação designam-se :

1.º As regras sobre a efficacia da lei penal em relação ao espaço. Essas regras, consideradas em si, pertencem ao direito *nacional*. Mas, com o reconhecimento de que a legislação de cada juiz deve ter empenho em harmonisar-se com os dos outros, preencher lacunas e evitar intervenções, surge uma serie de normas de *direito internacional* — e portanto de exigencias internacionaes ao legislador nacional, as quaes podem tambem (e com maioria de razão) ser comprehendidas sob aquella denominação. Uma secção importante dellas é a que tem por objecto a *assistencia internacional em materia juridica*, especialmente sob a forma da extradicção de que tratará o § 22.

2.º Accordos internacionaes sobre a protecção de bens juridicos pela lei penal. Não é grande o numero nem a importancia delles. Mencionaremos

a convenção sobre a philoxera de 3 de Novembro de 1881, o tratado sobre a protecção do cabo submarino de 14 de Março de 1884, o acto geral de Bruxellas de 2 de Julho de 1890 contra o trafico de escravos. Taes tratados impoem aos Estados que os celebram a obrigação *segundo o dircito internacional* de decretar os disposições correspondentes. Origina-se assim em diversos Estados um direito em substancia identico, mas a fonte de sua obrigatoriedade *segundo o direito publico* é a lei nacional e não o tratado internacional, pelo que não se faz mister tratarmos especialmente de tal assumpto neste logar. Neste e no seguinte paragrapho trataremos da materia a que se refere aquella denominação tomada no seu primeiro sentido.

II. — Partindo do principio de *direito internacional* que a soberania do Estado em relação ao espaço é limitada pelo territorio, chegamos a esta conclusão: cada Estado tem de applicar o seu direito penal a *todas as acções puniveis* que forem praticadas no respectivo territorio e portanto no *paiz*. Não ha que distinguir si o agente ou o offendido é nacional ou estrangeiro. O processo e a punição de actos praticados no estrangeiro cabem ao Estado em que o crime foi perpetrado (principio territorial). A favor desta regulamentação militam não só a facilidade e a segurança, com que ella pode ser consequentemente observada, senão tambem e sobretudo as vantagens incontestaveis que offerecem o processo e o julgamento no logar do crime.

III. — Mas a admissão e a observancia do principio territorial por parte de um Estado dado não são possiveis sem estes dois requisitos: 1.° deve esse Estado exigir o reconhecimento do mesmo principio de todos os outros afim de evitar tanto a indevida intervenção de um outro poder publico como lacunas no procedimento criminal; 2.° deve cada Estado

estar certo de que os attentados contra os seus interesses, emprehendidos em territorio estrangeiro, serão vigorosamente reprimidos pelas leis do logar do crime. Actualmente estas condições não se dão e só podem ser obtidas por meio de pactos internacionaes. O direito penal é pois forçado a transpôr os limites do Estado respectivo; mas essa transposição de fronteiras, attentos os inconvenientes que inseparavelmente se ligam ao processo e ao julgamento em lugar diverso daquelle em que o facto foi praticado, não pode ir alem do que exige a imperiosa necessidade. Só se póde reconhecer a existencia de tal necessidade, quando o crime praticado no *estrangeiro* é dirigido *a*) contra a nação e os seus interesses vitaes ou *b*) contra os bens juridicos dos *nacionaes*.

A esta ampliação do imperio da lei penal no espaço costuma-se dar a denominação de « principio de protecção » ou « principio da ordem juridica interessada » D'antes defendido especialmente por Feuerbach, Trat., §§ 31 e 40, Arnold, G. S., 1857, 1º, 340, e outros, tem sido modernamente aceito por Heinze, *Erörterungen*, 147, v. Wächter, *Vorlesungen*, appenso 85, Binding, 1º, 370, v. Meyer, 156, v. Rohland, 157, van Hamel, 142. Nos Estados da Allemanha, onde só foi supplantado pelas intuições franco-prussianas, é elle o unico que corresponde ás exigencias de uma politica criminal vigorosa e dominada do espirito nacional. Comquanto os projectos de lei (1875 e 1889), que o consagravam, não obtivessem o assentimento do *Reichstag*, é certo que este principio predominará até que se celebrem tratados internacionaes, e portanto até um futuro proximo.

IV. — O principio do direito publico, que veda entregar o nacional a um Estado estrangeiro para ser processado ou punido (adiante § 22), obriga a

sujeitar o *nacional*, por actos criminosos que tenha praticado no *estrangeiro*, ao direito penal patrio, embora não se dêm as condições declaradas acima sob o n. III. Induz em erro referir esta ampliação a um principio de direito penal denominado «principio de nacionalidade ou de sujeição,» bem como se deve conceituar de contradictoria a doutrina que quer sujeitar o procedimento e a punição no paiz ás regras do direito estrangeiro.

V — A communhão de interesses dos Estados civilisados em relação a certas manifestações da vida social leva tambem a punir actos que attentam contra esses interesses communs, sem se ter em attenção o logar do crime e segundo o direito do Estado que apprehende o delinquente. A esta categoria de interesses pertencem o commercio internacional com todas as suas necessidades, a segurança das grandes vias de communicação, a segurança da circulação monetaria, a remoção dos abusos da cruz vermelha, a defesa contra os inimigos das nações, os *hostes generis humani*, como os piratas, os traficantes de escravos, os anarchistas-dynamitistas.

Não é necessario nem conveniente ir mais longe.

Scientificamente insustentavel e praticamente inexequivel é pois o «principio da absoluta extraterritorialidade da lei penal» ou «o systema da justiça universal». Os seus partidarios, aliás entre si pouco accordes, querem que cada Estado, em nome da communhão internacional e cultural que representa, tome a si o encargo de punir, pelo menos subsidiariamente, todos os delinquentes que apprehenda, quaesquer que sejam os crimes e onde quer que tenham sido praticados. Esta doutrina esquece a profunda differença das leis penaes mesmo entre Estados visinhos; obriga o juiz a applicar o direito estrangeiro que lhe é desconhecido; não dá o devido apreço ás difficuldades de um processo

penal, em que não se póde colher immediatamente a prova, e apezar de tudo, não dispensa á ordem juridica muito maior protecção do que a que resulta da expulsão do estrangeiro suspeito ou expatriado. Entre os partidarios da alludida doutrina, além de Mohl (*Staatsrecht*, 1.°, 637), Schmid, Ortolan, Carrara, Brusa, notam-se v. Schwarze, H H, 2, 45, Geyer, Z., 3, 619, Hälschner, 1.°, 136, Ullmann, G. S., 32, Leutner, *Der schwarze Kodex*, 1891, p. 82, e especialmente Lammasch, *Auslieferungspflicht*, 26 (1), e v. Martitz (em cuja obra, a p. 106, encontra-se uma indicação mais completa da litteratura), de um modo mais restricto tambem v. Bar, Trat., 216 e v. Lilienthal, 23. — Propensos á justiça universal mostram-se o cod. saxonio de 1855 (art. 2 e 9 do de 1868) e o cod. austriaco de 1803 (art. 39 e 40 do de 1852), em menor gráo os projectos austriacos, o cod. hungaro e o italiano, bem como o projecto russo (commentario 42); tal doutrina porém é estranha á grande maioria dos codigos, bem como ao projecto suisso (2).

(1) Lammach parte do principio da «identidade da norma» e cae assim na «theoria das normas» de Binding, a que aliás elle tão incisivamente impugna.

(2) Sómente no principio denominado *real*, segundo o qual o Estado está autorisado a punir todos os crimes que attentem contra os interesses vitaes, cuja protecção lhe incumbe no desempenho do seu fim juridico, pouco importando o logar do crime e a nacionalidade do agente, encontra a theoria da efficacia da lei penal quanto ao espaço uma base racional e bastante ampla para justificar-se a punição de crimes praticados fóra do territorio nacional por individuos que não são subditos do poder que os pune. O principio *territorial*, o principio *pessoal* e o principio da *protecção* ou «ordem juridica interessada» (este ultimo não é mais do que uma fórma do principio real) são entre si incompativeis, e não podem todos elles reunidos, ou não póde um só delles, ora ampliado, ora restringido pelos outros, servir de base a uma theoria verdadeiramente scientifica. E' um dos grandes merecimentos

## § 21. — Continuação. O ponto de vista da legislação penal da Allemanha

I. — O C. p. imp. (1) estabelece entre as suas disposições preliminares (art. 3) o seguinte principio: « as leis penaes do Imperio da Allemanha applicam-se a todas as infracções que tenham sido commettidas no territorio do Imperio ainda que os delinquentes sejam estrangeiros ».

A *nacionalidade* do agente é pois em regra destituida de importancia. E' certo que muitas disposições se referem expressamente ao *allemão* (C. p., art. 87, 91, 140, 142, 143, lei de 4 de Dezembro de 1876 sobre a pesca de phocas), e outras sómente ao estrangeiro (C. p., art. 296 a, lei de 22 de Maio de 1881 sobre a navegação estrangeira); mas póde o estrangeiro no primeiro caso, e no segundo o allemão, ser responsabilisado como codelinquente (instigador ou cumplice por assistencia), e ainda como autor mediato, comquanto não o possa ser como autor immediato.

A equiparação dos *bens juridicos do nacional e do estrangeiro*, implicitamente firmada no art. 3, soffre tambem excepções. Assim, segundo uma doutrina que na verdade é muito contestada, e cuja justificação reservamos para mais tarde (parte especial), quando trata-se de attentados contra o poder publico, só nos casos especificados pela lei o poder publico estrangeiro gosa de protecção na Allemanha, sem

---

de Binding tel-o demonstrado vigorosamente no seu tratado, §§ 78 e seg. O principio real nada tem de commum com o da *justiça universal*. N. do trad.

(1) O que está em questão é sómente a efficacia das leis imperiaes e não a das leis estaduaes. A respeito destas cons. John, 1ª, 204, Ziebarth, 333, Bennecke, 83, nota 2, v. Kries, 104.

ser, todavia, completamente equiparado ao nacional. E si o autor estrangeiro goza, em materia penal, de protecção identica ou analoga a do nacional, não é que assim disponha o C. p., mas em virtude de tratados internacionaes especiaes. Vejam-se tambem os arts. 112, 141, 144, 275 e outros do C. p.

II. — Cumpre explicar o que seja paiz.

1.° — No sentido do direito publico — e consequentemente tambem no sentido do direito penal — paiz é o territorio federal fixado no art. 1.° da Const. imp. e na lei de 9 de Junho de 1871 relativa á reunião da Alsacia e da Lorena ao Imperio da Allemanha (2). Mas a epocha, em que as diversas partes do actual Imperio da Allemanha foram reduzidas á unidade em materia de direito penal, determina-se pela entrada em vigor, não da constituição imp. (4 de Maio de 1871) e sim do C. p. Assim, do 1.° de Janeiro até o 1.° de Outubro de 1871, sómente os paizes da extincta Federação da Allemanha do Norte constituiam o paiz no sentido do C. p.; nesta ultima data accresceram a Alsacia e a Lorena, no 1.° de Janeiro de 1872 a Baviera, Baden e Wurttemberg, e no 1.° de Abril de 1891 Helgoland (3).

---

(2) Art. 8 do C. p.: «paiz estrangeiro no sentido deste Cod. é todo territorio que não faz parte do Imperio da Allemanha». Ver tambem a lei de 15 de Dezembro de 1890 e a ordenança de 22 de Março de 1891 (Helgoland).

(3) Em sentido contrario a opinião dominante, segundo a qual a Baviera, o Wurttemberg e Baden (inclusive a Hesse meridional) já faziam parte do antigo territorio federal da Allemanha do Norte desde 4 de Maio de 1871, data em que entrou em vigor a lei de 16 de Abril de 1871. Mas o territorio da extincta federação naquelles Estados do sul só podia ser considerado como *paiz* no sentido do direito penal desde o 1º de Janeiro de 1872, dia em que foi nelles introduzido o C. p., como lei imperial. Recentemente Binding, cuja doutrina é correcta, 1.°, 407.

Os territorios sob o protectorado allemão estão tambem sujeitos ao poder publico do Imperio. Entretanto as leis penaes imperiaes só se applicam ahi incondicionalmente aos subditos do Imperio e ás pessoas a elles equiparadas em protecção; quanto aos demais europeus e aos naturaes, taes leis só têm applicação, quando por ordenança imperial lhes é feita extensiva a jurisdicção da justiça allemã (art. 3 da lei de 19 de Março de 1888) ([4])([a]).

2.° — A idéa de direito publico, *paiz*, ora é ampliada, ora restringida por principios de *direito internacional*.

*a*) Como territorio do paiz consideram-se os mares territoriaes, bem como a massa atmospherica que se superpõe ao territorio; esta e aquelles até onde podem ser dominados de facto, e especialmente pelas armas (nos tratados internacionaes o limite dos mares territoriaes é as mais das vezes fixado a tres leguas maritimas contadas do ponto mais baixo a

---

([4]) Ver G. Meyer, *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*, 1888, p. 103; v. Martitz, 63. — Como evidentemente a nossa legislação colonial cinge-se á lei sobre a jurisdicção consular, convem ponderar que a obrigatoriedade do direito penal allemão nos territorios do protectorado tem a sua base no direito publico, ao passo que nos districtos de jurisdicção consular baseia-se no direito internacional (alli assenta no imperio exclusivo do poder publico da Allemanha, e aqui na limitação contractual de um poder publico estranho).

([a]) Comquanto os allemães denominem *Schutzgebiete* as suas possessões coloniaes, ellas não são meros territorios sob o protectorado da Allemanha, mas colonias propriamente ditas, sobre as quaes o Imperio exerce o seu poder soberano, embora limitado onde existem populações indigenas com chefes, cuja autoridade é reconhecida. Stengel, *Die deutschen Schutzgebiete*. — As pessoas equiparadas em protecção *(Schutzgenossen)* são os estrangeiros que, em virtude de accordos internacionaes, gozam da protecção das autoridades consulares da Allemanha, onde não existem consules de sua nação. N. do trad.

que attingem os mares). Cumpre porém observar que os delictos commettidos em navios estrangeiros nos mares territoriaes da Allemanha só caem sob as leis penaes desta, quando affectam interesses allemães (que em numerosos tratados são expressamente declarados).

*b*) Os navios no alto mar e os navios do Estado (não sómente os de guerra), que se achem ainda mesmo em aguas estrangeiras, são considerados como territorio do paiz.

*c*) Segundo os tratados (denominados capitulações) celebrados com Estados não christãos, bem como segundo o art. 4 da lei de 10 de Julho de 1879, as leis penaes da Allemanha applicam-se nos districtos de jurisdicção consular aos allemães e ás pessoas protegidas pelo Imperio ([b]).

*d*) Por tratados entre Estados visinhos póde ser convencionado que certas leis penaes de um d'elles, por ex., as leis fiscaes e aduaneiras, vigorem nas fronteiras do outro. Assim edificios publicos sitos em territorio estrangeiro (postos ou estações para o despacho aduaneiro) podem ser considerados como territorio do paiz ([5]).

*e*) Quanto á ampliação do imperio da lei penal no espaço que o C. p. militar estatue, de accôrdo com os principios do direito internacional para o caso de guerra, vêr a parte especial.

Cumpre finalmente observar que nem todas as leis penaes allemães são applicaveis em todas as

---

([b]) Nos paizes, com os quaes essas capitulações tem sido celebradas (Turquia, China, Japão, Persia), as autoridades consulares allemães tem plena jurisdicção civil e criminal. N. do trad.

([5]) Dec. do Trib. do Imp. de 19 de Março de 86, 13.°, 410, e 19 de Novembro de 88, 18.°, 242. Cons. tambem o tratado austriaco-allemão de 2 de Dezembro de 1890 sobre a admissão da communa Mittersil do Voralberg no systema aduaneiro do Imperio allemão.

partes do paiz: algumas leis podem deixar de vigorar em certas partes do Imperio ou ter sido decretadas sómente para determinados territorios. Assim o art. 31 da lei sobre a imprensa não foi introduzido na Alsacia-Lorena; em Helgoland não entraram em vigor varias leis imperiaes, sobre a extracção de metaes preciosos nos territorios do protectorado allemão foram decretadas disposições especiaes.

III. — O alludido principio, que o C. p. collocou á frente de suas disposições, soffre numerosas excepções. Cumpre distinguir entre crime ou delicto e contravenção. As contravenções commettidas em paiz estrangeiro — emtanto quanto estas são previstas na legislação imperial — sómente podem ser punidas, quando a tal respeito existam leis especiaes ou tratados celebrados pelo Imperio ou por algum dos Estados que delle fazem parte com paizes estrangeiros (C. p., art. 6). Assim, segundo o tratado belgo-allemão de 29 de Abril de 1885, os allemães, que nas fronteiras belgas infringirem as leis florestaes, ruraes, ou relativas á caça ou á pesca, serão responsabilisados de conformidade com o direito allemão. Disposições analogas encontram-se tambem em tratados celebrados com outros Estados.

IV. — Em relação aos crimes ou delictos commettidos em paiz estrangeiro, a lei faz uma nova distincção, sujeitando o allemão ao direito nacional em maior numero de casos do que o estrangeiro. Em todos esses casos o processo depende do prudente arbitrio (e não do mero arbitrio) do funccionario competente para provocal-o (C. p., art. 4, al. 2.°) (6).

(6) Esta disposição (censurada por Binding, 1.°, 404, *Normen*, 1.°, 33), mesmo quando se julgue conveniente o exaggero do chamado principio da *legalidade* admittido no nosso C. do proc. penal, justifi-

1. — O nacional póde ser processado segundo o direito patrio.

*a*) independentemente de qualquer outra condição, quando se faz culpado de alta traição ou de traição contra o Imperio ou contra um dos Estados da Federação, ou de injuria para com o imperante de algum dos Estados (e não contra algum dos membros das familias reinantes), ou do crime de moeda falsa, ou quando na qualidade de funccionario do Imperio ou de algum dos Estados, pratica um acto que segundo as leis imperiaes (e não simplesmente segundo o C. p.) é considerado crime ou delicto de responsabilidade (C. p. art. 4, n.os 1 e 2). A mesma disposição tem applicação ao abuso de materias explosivas, segundo o art. 12 da lei de 9 de Junho de 1884 (os crimes definidos nos arts. 5, 6, 7, 8 e 10 da citada lei), bem como á traição em materia de segredos militares, segundo os arts. 1, 3 e 5 da lei de 3 de Julho de 1893 (§ 10).

*b*) Em outros casos sómente quando se dão os seguintes requisitos: 1.° é necessario que o acto tenha sido qualificado crime ou delicto pelas leis do Imperio allemão; 2.° que seja punivel segundo as leis do logar em que foi praticado. Si o acto for praticado em logar que não pertença ao territorio de algum Estado, como em uma viagem de descobrimento no interior d'Africa ou ao pólo do Norte, no alto mar e fóra do navio (por ex., durante a

---

ca-se, attentas as difficuldades que, em caso dado, póde suscitar o processo de um facto praticado no estrangeiro. (c)

(c) O art. 4 do C. p. allemão *permitte* nos casos que enumera o procedimento contra crimes ou delictos praticados no estrangeiro, sem todavia prescrevel-o obrigatoriamente. E' o principio da *opportunidade* em contraposição ao da *legalidade*, isto é, á obrigação que o art. 152 do C. do proc. p. impõe ao ministerio publico de proceder contra as infracções praticadas no paiz. N. do trad.

natação), esta ultima condição não se póde dar (7). O allemão, que se casa muitas vezes em um paiz onde a polygamia é permittida (abstracção feita dos districtos de jurisdicção consular), voltando ao Imperio, não póde ser punido. E' porém indifferente que a lei do logar do delicto puna o facto sob o mesmo ponto de vista ou sob ponto de vista diverso do direito allemão. — 3.° E' necessario que o acto não tenha sido definitivamente julgado por tribunaes estrangeiros e que o réo não tenha sido absolvido ou que, no caso contrario, não tenha cumprido a sentença. Mas si o delinquente foi punido, póde ter logar um processo especial para o fim de ser elle privado de direitos civicos (C. p., art. 37, cons. o § 66, IV). 4.° E' necessario que (ao tempo da iniciação do processo) a acção ou a execução não se ache prescripta segundo as leis do paiz estrangeiro, ou que a pena não tenha sido perdoada. 5.° Si a lei estrangeira exige queixa do offendido é

(7) Portanto o acto é punivel segundo o direito allemão e independentemente de outra condição. A verdadeira doutrina é defendida por Fuld, G. S., 42.°, 37, 44.°, 248, Binding, 1.°, 436, como d'antes o fôra por Meves, *Novelle*, 92, 83. A maior parte dos escriptores cingem-se á letra da lei; n'este sentido Hälschner, 1.°, 167, v. Meyer, 161, Olshausen, § 4, 16, Schütze, 59, Geyer, 1.°, 96 e Z., 3.°, 629, Lammasch, *Auslieferungspflicht*, 53, van Hamel, 144. Cons. tambem v. Martitz, 69, 77, bem como o projecto de lei apresentado ao *Reichstag* a 17 de Maio de 1889 (d).

(d) Como o art. 4 do C. p. allemão exige nos casos do n. 3 que o crime ou delicto praticado no estrangeiro seja punivel segundo a *lex interna* e a *lex loci*, alguns concluem que o crime ou delicto praticado em territorio ou logar que não pertença a algum Estado fica impune; outros porém entendem, como o autor, que a exigencia do C. p. só se refere a logares onde vigorem leis penaes, e admittem que na hypothese figurada o allemão seja punido segundo o direito patrio. N. do trad.

necessario que o offendido a dê. Sómente quando occorrem estas cinco condições é admissivel o procedimento segundo o direito nacional (C. p., art. 4, ns. 3 e 5).

A questão de saber si o agente é nacional ou estrangeiro deve ser resolvida, tendo-se exclusivamente em attenção a epocha em que o crime ou o delicto foi perpetrado.

2. — Quanto ao estrangeiro que em paiz estrangeiro commette um crime ou delicto, observa-se o seguinte:

*a*) o estrangeiro é processado segundo o direito allemão e independentemente de outra condição, quando trata-se de alta traição contra o Imperio da Allemanha ou contra alguns dos Estados da Federação, bem como do crime de moeda falsa, ou quando o acto for praticado pelo estrangeiro na qualidade de funccionario do Imperio ou de algum dos respectivos Estados e é considerado, segundo as leis imperiaes, crime ou delicto de responsabilidade (C. p., art. 4, n. 1). A mesma disposição é applicavel, quando se trata dos crimes a que se refere o art. 12 da lei de 1884 sobre materias explosivas.

*b*) Em todos os outros casos é inadmissivel o procedimento contra o estrangeiro, salvo esta unica excepção: si na epocha em que foi o acto praticado o agente não era allemão, mas depois adquirio a nacionalidade allemã, póde o processo ser iniciado contra elle, caso occorram as condições enumeradas acima sob os ns. 1 e 2, e, além d'isto, a autoridade competente (segundo o direito internacional) do paiz, em que o acto foi praticado, pedir que o culpado seja processado. N'este caso applicar-se-ha a lei do paiz estrangeiro, si fôr mais branda do que a lei penal allemã (C. p., art. 4, n. 3, al. 2).

Em todos os casos mencionados sob os ns. 1

e 2, si o réo em consequencia do mesmo facto fôr de novo condemnado no territorio do Imperio da Allemanha, computar-se-ha na pena a que elle tenha cumprido no estrangeiro (C. p., art. 7).

V. — Sobre esta materia encontram-se ainda outras disposições especiaes que, para evitar omissões, mencionaremos n'este logar.

1. — As leis, que regulam relações juridicas no alto mar e em outras aguas internacionaes, não raro deixam de fazer distincção entre o crime praticado no paiz e o que é praticado no estrangeiro. N'este caso estão o art. 100 da lei sobre gente do mar de 27 de Dezembro de 1872, a lei de 4 de Dezembro de 1876 sobre a pesca das phocas (região comprehendida entre 67° e 75° de lat. sep. e 5° de long. or. e 17.° de long. occ.) modelada pela lei ingleza, *Sealfishery act* de 1875, o tratado de Haya de 6 de Maio de 1882 concernente á regulamentação policial da pesca no mar do Norte fóra das aguas territoriaes, o tratado de 30 de Junho de 1885 concernente á pesca do salmão na bacia do Rheno, o tratado internacional concluido a 14 de Março de 1884 para a protecção do cabo submarino, cujas disposições, segundo o art. 1.° do mesmo tratado, tem em parte applicação fóra das aguas territoriaes (segundo o art. 1 da lei allemã de introducção de 21 de Novembro de 1887 tem tambem applicação nas aguas territoriaes da Allemanha).

2. — Considerem-se tambem: a lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 22 (« logo que um exemplar contrafeito fôr preparado, quer no territorio da Federação da Allemanha do Norte, quer fóra d'elle ») e o art. 25, bem como as tres leis de 1876 sobre os direitos de autor; o C. p., art. 102 (« todo allemão que no paiz ou no estrangeiro...»), o art. 140 (« o individuo obrigado ao

serviço militar que... residir fóra [redacted]torio federal »), o art. 298 (« quer o delicto [redacted] commettido no paiz, quer no estrangeiro ») [redacted] p. militar tambem transpõe muitas vezes [redacted] traçados pelo C. p. imperial (ver a parte espec[redacted]

## § 22. — A assistencia internacional

LITTERATURA. — As obras de Lammasch e v. Martitz mencionadas no § 20 tornaram dispensaveis os trabalhos anteriores. Cons. tambem Lammasch, H. V., 3º, 454; Delius, *Die Auslieferung flüchtiger Verbrecher aus fremden Ländern nach dem Königreich Preussen*, 1890; o mesmo, Z., 11º, 677, G. A., 39º, 112; v. Kries, 180; v. Bar, Trat., 277; Seuffert, *St.-G.* 10, 59; Jettel, *Handb. des internationalen Privat- und Strafrechts*, tendo em vista a legislação da Austria-Hungria, da Croacia e da Bosnia, 1893. — Collecções de tratados: Kirchner, *L'extradiction, recueil renferment tous les traités jusqu'au 1 Janvier* 1883, 1884; com relação ao Imperio da Allemanha, Hetzer, *Deutsche Auslieferungsverträge*, 1885; Standinger, *Sammlung von Staatsverträgen des Deutschen Reichs*, 1882, 1884.

I. — A *assistencia internacional* suppre as lacunas que resultam do facto de ser o imperio da lei penal limitado quanto ao espaço. Um dos actos dessa assistencia — não o unico, mas o mais importante — é a extradição de *criminosos fugitivos*, accusados ou condemnados (1).

---

(*) O nosso C. p., art. 5, exaggerando o principio territorial, restringio inconvenientemente a lei de 4 de Agosto de 1875 sobre os crimes praticados no estrangeiro. O brazileiro que delinquir no estrangeiro só é punivel segundo a lei brazileira, quando o crime fôr « homicidio ou roubo em fronteiras. » Assim, exceptuado este caso e os crimes politicos ou de falsificação, o brazileiro que perpetrar crimes inafiançaveis no estrangeiro e se refugiar no Brazil encontrará ahi um asylo seguro á sombra da lei penal. N. do trad.

(1) A extradição é um acto da *assistencia judiciaria internacional*, mas não da *administração cosmopolita da justiça*. Sobre o al-

Em [illegible]stados a materia da extradição é regul[illegible]s que estabelecem as bases estaveis

[illegible]hese, ver v. Liszt, Z., 2.°, 60. Ella é acceita por Bin-[illegible]97, v. Meyer, 166, Marten, *Volksrecht*, 2.°, 392, v. Mar-[illegible]0, Harburger, *Kritische Vierteljahrsschrift*, N. F., 13.°, 122, [illegible]mann, a mesma revista, 314, Bernard, *Traité de l'extradiction*, 1883, 2.°, 209, van Hamel, 1.°, 149, v. Kries, 182, v. Lilienthal, 28; e impugnada especialmente por Lammasch, 142, e pelos Italianos que acompanham Carrara. Esta divergencia de opiniões é de capital importancia para a solução de uma série de outras questões (a).

(a) O Estado entrega o delinquente, quando, segundo a extensão que haja dado ás suas leis penaes, não tem o direito ou pelo menos o dever de punir; a extradição é pois um mero acto de assistencia judiciaria, como o interrogatorio de testemunhas ou qualquer diligencia solicitada a bem da administração da justiça de um paiz estrangeiro. Decorre, de um lado, da falta do direito de punir por parte do Estado extraditor, e, por outro lado, da sua obrigação de respeitar o direito de outro Estado e de auxilial-o no exercicio desse direito, attenta a solidariedade do interesse pela manutenção da ordem juridica. Fundamentalmente diversa desta concepção é a dos escriptores (Schmid, Schauberg, Heinze) que consideram a extradição como consequencia do direito de punir crimes praticados no estrangeiro, como affirmação do proprio poder de punir: a extradição vem a ser assim uma outra fórma, sob que o Estado, em cujo territorio o delinquente se acha, o sujeita á punição. Esta concepção, em ultima analyse, conduz ao principio da *justiça universal*. «As questões de saber até onde um Estado pode estender a applicabilidade de suas normas e leis penaes, e até que ponto pode attender ás reclamações do estrangeiro pela extradição de criminosos fugitivos, diz Binding, em these nada tem que ver entre si. Como extradictor o Estado é um auxiliar voluntario do estrangeiro para que este exerça o seu direito; como repressor o Estado está investido de uma obrigação propria, para cujo preenchimento talvez tenha de solicitar a medida de que se trata. A extradição do criminoso significa sempre a negação do direito de punir por parte do extraditor, e é justamente um erro incomprehensivel o da recente doutrina que designa a extradição como um acto de affirmação do direito de punir no paiz. Em these a assistencia começa, onde o direito proprio cessa». N. do trad.

sobre que assentarão os tratados futuros; em outros a regulamentação é deixada aos usos e costumes ou a tratados internacionaes (2). Mas mesmo nos paizes em que falta uma regulamentação geral que imponha ao Estado solicitado o dever da extradição, nada se oppõe (e neste sentido é a pratica da maior parte dos paizes) a que em caso dado tal providencia seja tomada, em tanto quanto preceitos especiaes (como no direito anglo-americano) não a impossibilitam.

Até o presente a Allemanha tem-se limitado a celebrar tratados com alguns paizes, a saber: Estados Unidos da America do Norte, tratado de 22 de Fevereiro de 1868 (o tratado celebrado entre a Prussia e os Estados Unidos a 16 de Junho de 1852 foi feito extensivo a todos os Estados da Federação da Allemanha do Norte); Italia, tratado de 31 de Outubro de 1871 e mais o accordo entre a Allemanha, a Italia e a Suissa de 25 de Julho de 1873; Bel-

(2) Têm leis de extradição a Belgica (1874), a Hollanda (1875), a Inglaterra (1870 e 1873), o Luxemburgo (1870), o Canadá (1877), a Republica Argentina (1885), a Suissa (22 de Janeiro de 1891), em parte os Estados Uuidos, bem como o Estado do Congo. A iniciativa de v. Bar no *Reichstag* a 28 de Janeiro de 1892 não foi tomada na consideração que merecia (ver Pfizer, Revista do d. int. privado e penal, 2.°, 231). Que não basta uma regulamentação unilateral pela lei, comquanto seja isto preferivel á celebração de tratados destituidos de principios e entre si divergentes quanto á substancia, e que é desejavel uma união internacional em que tomem parte todos os Estados civilisados, tem sido muitas vezes accentuado. Cons. v. Liszt, Z., 2.°, 66, Bernard, *Traité théorique et pratique de l'extradiction*, 2 v., 1883, Geyer, Z., 3.°, 263, Ortloff, GA., 32.°, 395, Bulmerincq, Man. de direito publico, 1.°, 2.° fasciculo, p. 250, Geffcken, no *Völkerrecht* de Heffter, 8ª ed., 145, Seuffert, StG., 1.°, 59. *Contrà*, especialmente v. Bar, *Intern. Privatrecht* (2ª ed.,) 2ª, 517, Lammasch, 114, Rivier, *Völkerrecht*, 200, nota 4.

gica, tratado de 24 de Dezembro de 1874 e publicação de 29 de Dezembro de 1878; Luxemburgo, tratado de 9 de Março de 1876; Brazil, tratado de 17 de Setembro de 1877; Suecia e Noruega, tratado de 19 de Janeiro de 1878; Hespanha, tratado de 2 de Maio de 1878; Uruguay, tratado de 12 de Fevereiro de 1880; Estado do Congo, tratado de 25 de Julho de 1890 (relativo ao territorio do protectorado allemão n'Africa); França, tratado relativo a Alsacia e a Lorena de 11 de Dezembro de 1871. Ver mais o tratado consular com a Servia de 6 de Janeiro de 1883, art. 25, o tratado de commercio e amisade com a Republica da Africa Meridional de 22 de Janeiro de 1885, art. 31. — Os Estados da Federação allemã sómente podem celebrar tratados de extradição, quando o Imperio não tenha feito uso da attribuição que lhe compete e uma vez que taes tratados não sejam incompativeis com os principios estabelecidos nas leis ou tratados imperiaes. Sobre os tratados da Russia com a Prussia e a Baviera do 1.° de Janeiro e 12 de Novembro de 1885, cons. Lammasch, 81, v. Holtzendorff, H. V., 2.°, 144, Gesner, H. V., 3.°, 4. v. Martitz, 241, v. Kries, 185, Seuffert, Cod. p., 1.ª, 59, Geffcken, no *Völkerrecht* de Heffter, 8.ª ed., 19 v. A extradição de marinheiros fugitivos é regulada em tratados de commercio, navegação ou consulares, a dos militares desertores em convenções especiaes.

II. — O exame attento dos tratados de extradição celebrados pelo Imperio da Allemanha mostra que elles se harmonisam nos pontos essenciaes.

1.° — Só é concedida a extradição de individuos accusados das infracções de maior gravidade, e não de infracções ligeiras. Além disto, os tratados não contemplam regularmente os seguintes delictos em razão dos seus caracteres especiaes: o delicto culposo, o duelo, as offensas menos graves contra

os bons costumes, os delictos contra a religião, a injuria, a deserção, a usura, os crimes de responsabilidade, a resistencia contra o poder publico.

2.° — Só é admissivel, quando, segundo as leis de ambos os Estados (o que pede a extradição e o que é solicitado a dal-a) não occorre circumstancia que dirima a criminalidade ou exclua a punibilidade do facto. Não póde pois dar-se a extradição, quando, embora sómente segundo o direito do Estado solicitado, o facto deva ser considerado prescripto.

3.° — O allemão não póde ser entregue ao governo de um paiz estrangeiro afim de ser processado ou punido (C. p., art. 9.°). Esta disposição consagra o principio, geralmente admittido no continente europeu, da *não extradição do proprio subdito*, principio que nos ultimos annos tem sido muitas vezes e com razão impugnado como insustentavel por notaveis escriptores do direito nacional (3) (b).

---

(3) Cons. Lammasch, 396, v. Martitz, 305, v. Bar, Tratado, 311 (com a indicação da litteratura). Contra a extradição recentemente Binding, 1.°, 400, v. Meyer, 167, nota 56, v. Bar, G. S., 34.°, 492, Geyer, Z., 3.°, 632, v. Martitz, Geffcken no *Völkerrecht* de Heffter, 145, Leutner, *Der Schwarze Kodex*, p. 84. Uma doutrina intermediaria *apud* Lammasch, H. V., 3.°, 515 e v. Hamel, 1.°, 149. Segundo o tratado celebrado pela Allemanha com o Estado do Congo, os naturaes dos territorios sob o protectorado allemão tambem não podem ser extraditados. Cons. Meyer, *Die Auslieferung eigner Untertanen*, diss., 1891.

(b) Eis o voto do *Instituto do Direito Internacional* expresso pela resolução 6ª tomada em 1880 em Oxford: « entre pays dont les législations criminelles reposeraient sur des bases analogues et qui auraient une mutuelle confiance dans leurs institutions judiciaires, l'extradition des nationaux serait un moyen d'assurer la bonne administration de la justice pénale, parce qu'on doit considérer comme désirable que la jurisdiction du *forum delicti commissi* soit, autant que possible, appelée à juger ». — Segundo van Hamel, a excepção a favor da não extra-

4.° — Aos *criminosos politicos* concede-se o *direito de asylo*, segundo o principio enunciado na lei belga de 1833 (4) e desde então repetido em quasi todos os tratados. A legitimidade deste principio, porém, suscita fundadas duvidas. O conceito mesmo do crime politico é muito discutido, e por isso tem sido fixado ás mais das vezes de um modo negativo, enumerando-se os crimes que podem dar causa á extradição.

Segundo o direito vigente que não tem em conta o motivo do acto, devem ser considerados como politicos os *crimes dolosos que attentam contra a existencia e a segurança do Estado, bem como contra o chefe do Estado e os direitos politicos dos cidadãos* (não contra a administração publica), isto é, os crimes de que tratam os capitulos 1.°, 2.°, 3.°, 4.° e 5.° da 2.ª parte do C. p.

---

dição dos nacionaes tem sido nestes ultimos tempos impugnada com boas razões; mas, ao seu ver, o vinculo entre o Estado e o subdito não póde ser dissolvido illimitada e indistinctamente, e a egualdade nas relações internacionaes pede que a materia seja regulada, não por tratados especiaes, mas por uma convenção geral internacional. — As leis inglezas e as americanas não prohibem a extradição do nacional, mas a jurisprudencia não tem sido a este respeito uniforme (ver Fiore, *Traité de dr. p. int.*, trad. de Charles Antoine, nota 1ª, á p. 544), e nos tratados mais recentes daquelles paizes não se encontram clausulas que a autorisem (Bulmerincq, no Man. de Marquardsen, 1.° v., p. 244). Por ora predomina nas leis e nos tratados o principio da não extradição. N. do trad.

(4) « Qu'il sera expressément stipulé que l'étranger ne pourra être poursuivi ou puni pour aucun délit politique antérieur à l'extradiction ni pour aucun fait connexe à un semblable délit ». — Não encontra-se o principio nos tratados da Russia com a Prussia e a Baviera de 1885, bem como no tratado da Allemanha com o Estado do Congo de 1890. — Cons. Homberger, *Der Begriff des politischen Delikts und seine Verwertung im materiellen Strafrecht des deutschen Reichs*, 1893. De outro lado talvez Laband, 1.°, 290.

O direito de asylo é ás mais das vezes ampliado aos crimes que « se ligam aos politicos » (os chamados *délits connexes* ou *complexes*, « os crimes relativamente politicos », segundo Lammasch, que nesta categoria comprehende os que o agente emprehende na intenção de perpetrar um crime politico propriamente dito). Seria mais correcto resolver a questão á luz dos principios geraes sobre a unidade e a pluralidade no crime (adiante §§ 54 e seguintes).

5.° — A experiencia das ultimas dezenas de annos tem mostrado que a excessiva amplitude dada ao direito de asylo nos crimes politicos não se compadece com a consciencia juridica da nossa epocha. O movimento reaccionario que vae crescendo em extensão e em energia reclama a limitação do direito de asylo, sem que até o presente tenha achado, para a sua exigencia, uma formula juridica e pratica. A's mais das vezes é apenas expressamente excluido do direito de asylo nos crimes politicos o *regicidio*. Os tratados de extradição (os allemães desde 1874) costumam servir-se da formula, que se tornou classica, adoptada pela lei belga de 22 de Março de 1856 (lei occasionada pelo attentado de Jacquin contra Napoleão III em 1853), a chamada *clausula belga relativa ao attentado* (5); mas essa clausula, comquanto completamente justificada quanto á materia, dá logar a muitas duvidas pela sua redacção juridicamente inexacta. Só a Italia, a Inglaterra e a Suissa se têm recusado até o presente a inseril-a nos seus tratados. Os esforços empregados pelo go-

(5) « Ne sera pas reputé délit politique, ni fait connexe à un semblable délit, l'attentat contre la personne du chef d'un gouvernement étranger ou contre celle d'un membre de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait, soit de meurtre, soit d'assassinat, soit d'empoisonnement ».

verno russo em 1881 no sentido de promover uma conferencia internacional que tomasse conhecimento do seu projecto muito mais amplo, não tiveram resultado. Tambem não conduziram até aqui a uma conclusão definitiva os trabalhos do Instituto do direito internacional (Oxford, 1880, Genebra, 1892) (6).

## § 23.—O imperio da lei penal quanto ás pessoas

LITTERATURA. — Binding, 1º, 667; v. Bar, *Redefreiheit der Mitglieder gesetzgebender Versammlungen*, 1868; Schleiden, *Disziplinar- und Strafgewalt parlamentarischer Versammlungen*, 1879; Heinze, *Straflosigkeit parlamentarischer Rechtsverletzungen*, 1879; v. Kissling, *Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten, und der Schutz gegen Missbrauch derselben*, 2ª ed., 1885; G. Seidler, *Die Immunität der Mitglieder der Vertretungskörper nach österreich. Recht*, 1891; v. Kries, *Archiv für Oeffentliches Recht*, 5º, 338, e Tratado, 84; v. Liszt, *Reichspressrecht*, arts. 45 e 55. Ver os tratados de direito publico e de direito internacional; Stœrk, H V., 2º, 656; Geffcken, H V., 3º, 646.

I. — Por considerações de ordem publica não estão sujeitos á lei penal:

1.º — O chefe do Estado isto é, o imperador,

(6) E' importante a formula da lei suissa sobre a extradição. O art. 10 dispõe: «a extradição é permittida, ainda que o agente allegue motivo ou fim politico, si o acto, em virtude do qual a extradição fôr pedida, apresentar de um modo preponderante o caracter de um crime ou delicto commum. O tribunal federal decidirá no caso dado, segundo o seu arbitrio, sobre a natureza do acto delictuoso, baseando-se nas circumstancias que o constituem». — Duvidosa é pelo contrario a conclusão do Instituto (1892): «Não se consideram crimes politicos os actos delictuosos que attentam, não simplesmente contra um Estado determinado ou uma determinada fórma de governo, mas contra as bases de qualquer ordem social».

os imperantes dos Estados (não os membros das familias reinantes) e o regente (1).

2.° — Os *representantes do povo*, a saber, segundo o art. 30 da Constituição imperial, os membros do *Reichstag* ou dieta do Imperio e, segundo o art. 11 do C. p., os membros das dietas ou camaras dos Estados da federação allemã, os quaes fóra da assembléa a que pertencem não podem ser responsabilisados (criminalmente) em razão dos seus votos ou das opiniões manifestadas no exercicio do seu mandato. Os membros da delegação (*Landesausschuss*) da Alsacia-Lorena gosam tambem desta isenção, mas não assim os membros do *Bundesrat* ou concelho federal e os senados e assembléas representativas (*bürgerschaften*) das cidades hanseaticas.

Em um e outro caso trata-se de circumstancias pessoaes que excluem a pena, sem affectar a illega-

(1) A irresponsabilidade do monarcha, já declarada pelo direito romano (*princeps legibus solutus*, l. 31, D., 1.°, 3), é um dos principios do direito publico do imperio da Allemanha desde a recepção daquelle direito. Outra era a intuição da edade média, que (*Espelho da Suabia*, 3.°, 52, 53, *bulla aurea* de 1356, c. 5, § 2.°) sujeitava o rei ao tribunal real. — A irresponsabilidade do regente é contestada. No sentido do texto pronunciam-se a maior parte dos criminalistas, e nomeadamente Binding, 1.°, 670, v. Kries, 85, v. Meyer, 169, Olshausen, § 3.°, 19, Schütze, 56. *Contrà*, Merkel, 282. Ver especialmente Hancke, *Regentschaft und Stellvertretung des Landesherrn nach deutschem Staatsrecht*, 1887, p. 54. — Deve-se admittir de um modo absoluto a immunidade do imperante, mesmo quando elle se tenha envolvido em um crime de alta traição contra o imperador e o Imperio. Em sentido contrario, John, 2.°, 16. Correcto v. Kries, *Archiv*, 360, Tratado, 85 (a).

(a) A const. do imperio da Allemanha guarda silencio sobre a irresponsabilidade do imperador e dos imperantes dos Estados que fazem parte da Federação, mas essa irresponsabilidade é admittida sem contestação de accordo com o principio tradicional. E' controvertido si a irresponsabilidade deve ser ampliada ao regente, porque a respeito deste não ha a mesma tradição uniforme. N. do trad.

lidade e a criminalidade do acto. Em razão do acto delictuoso praticado pelo imperante ou pelo representante do povo, terceiros podem ser responsabilisados criminalmente como co-autores, instigadores ou cumplices. E' licita a legitima defesa (b).

---

(b) O art. 11 do C. p. revogou todas as disposições das constituições dos Estados que permittiam proceder-se criminalmente contra deputados por abuso da palavra. A irresponsabilidade refere-se tanto á affirmação de factos como á manifestação de idéas, pensamentos e opiniões. Refere-se a todas as manifestações no exercicio do mandato, quer na assembléa, quer nas respectivas commissões. Exclue qualquer procedimento criminal ou disciplinar (fóra da assembléa). Cumpre porém notar que a manifestação feita pelo deputado, quando constitua um facto qualificado por lei penal, não deixa de ser um acto illicito; embora o deputado não incorra em pena, o seu acto pode ser objecto de apreciação por parte da justiça sob outros pontos de vista (por exemplo, em questões de legitima defesa, retorsão, instigação). « O privilegio do deputado, diz Binding, não tem por effeito abrir a favor delle uma excepção á norma. O deputado não está autorisado a injuriar ou a provocar o commettimento de um crime de alta traição. Taes factos ficam sendo delictos (transgressões da norma); contra elles é licita a legitima defesa; applicaveis lhes são os principios sobre a retorsão, si por ventura um delegado do *Bundesrat* ou um expectador diffamado da tribuna retorquir a injuria com a injuria; nelles é possivel uma instigação punivel. Tão sómente fóra da camara taes actos não podem ser processados civil, criminal ou disciplinarmente ». A mesma doutrina é aceita por Zimmermann, Seidler, Fuld, mas não pelo Trib. do Imp., que (dec. de 5 de Março de 1881) não admittio retorsão em um caso de injuria irrogada por um deputado. — O privilegio não foi conferido aos membros do *Bundesrat*. Mas, como o *Bundesrat* é uma assembléa dos delegados dos governos federados, os que della fazem parte, bem como as respectivas familias, gosam da mesma immunidade concedida aos ministros diplomaticos, isto é, não estão sujeitos a outra justiça senão a do Estado a que pertençam. Assim, com excepção dos representantes da Prussia, onde o *Bundesrat* tem a sua sede, os outros delegados não estão sujeitos á justiça deste Estado. — Não se consideram comprehendidos na letra do art. 11 do

II. — Por considerações de direito internacional gosam de isenção:

1.° — Os soberanos estrangeiros, suas familias e sequitos, os regentes, os presidentes de Estados republicanos (2), e finalmente o papa, comquanto não seja soberano (c).

2.° — Os corpos militares estrangeiros que com permissão do governo atravessarem o territorio nacional.

3.° — Os chefes e membros das missões diplomaticas acreditadas junto ao Imperio da Allemanha, suas familias, o pessoal de suas secretarias e seus famulos, uma vez que estes não sejam allemães (C. de org. jud., art. 18 a 21). Neste, como nos dous casos precedentes, a isenção é uma causa pessoal de exclusão de pena (3). Os consules acreditados no Imperio, porém, estão sujeitos á justiça criminal da Allemanha, salvo si gosarem de immunidade em virtude de clausulas especiaes estipuladas em tratados celebrados entre o Imperio e outras potencias.

---

C. p. os senados e as *bürgerschaften* (assembléas legislativas das cidades hanseaticas); mas Olshausen (§ 11, 2) impugna esta interpretação. N. do trad.

(2) Em sentido contrario Stœrk, obra cit., Rivier, *Völkerrecht*, 242, Zorn, W V., 1.°, 372; correcto Gareis, *Institutionen des Völkerrechts*, 93.

(c) E' uma opinião injustificavel a dos escriptores allemães que negam aos presidentes de republica e ao papa a immunidade, de que gosam os seus embaixadores! E a razão é na verdade frivola: «os presidentes de republica não têm direito ás prerogativas dos soberanos» (Marquardsen, no *Staatslx.* de Rotteck e Velker). As republicas não são menos soberanas do que as monarchias. N. do trad.

(3) Pelo que o embaixador estrangeiro, ainda depois de deixar o cargo, não pode ser processado no paiz por um acto delictuoso anteriormente commettido.

4.° — Os representantes de um Estado allemão acreditados juntos a outro Estado allemão são sómente isentos da jurisdicção deste, mas estão sujeitos ás leis penaes da Allemanha.

5.° — Os agentes estrangeiros, que em caracter official vierem ao paiz, não estão sujeitos, emquanto ahi residirem officialmente, á justiça allemã (4).

III. — As leis penaes ordinarias do Imperio são applicaveis aos militares, salvo quando as leis militares dispuzerem por modo diverso (C. p., art. 10).

## § 24. — O direito em tempo de paz e em tempo de guerra

I. — As leis penaes, que, como leis ordinarias no sentido do § precedente, fazem objecto da nossa exposição, soffrem em parte modificações, quando impera o direito marcial.

Consistem essas modificações em que, em certos casos de alta traição e de traição contra o paiz, bem como em alguns crimes de perigo commum (arts. 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323, 324 do C. p.),

---

(4) Caso Schnäbele. Nota do ministerio das relações exteriores da Allemanha de 28 de Abril de 1887. Cons. v. Kries, *Archiv*, 355, e Trat., 87, Stœrk, H V., 2.°, 661, v. Bar, *Internat. Privatrecht*, 2.°, 657, Tratado, 347, Rivier, 296 (d).

(d) Gosam da immunidade as pessoas que tiverem de tratar negocios de caracter internacional, emquanto se detiverem para este fim no territorio da Allemanha; estão neste caso os empregados do correio, de via-ferrea, de policia, de fazenda etc., que no desempenho de suas funcções penetram no territorio allemão. Este principio foi expressamente reconhecido pela nota a que o autor se refere, motivada pelo caso Schnäbele (empregado francez preso na Allemanha onde se achava a serviço). N. do trad.

a pena comminada de reclusão perpetua é substituida pela de morte (adiante § 60), quando os alludidos crimes são commettidos naquella parte do territorio federal que o imperador, nos termos do art. 68 da Constituição federal (e portanto de accordo com os preceitos da lei prussiana de 4 de Junho de 1851, até que seja decretada uma lei imperial) tenha declarado em estado de guerra (1) (a).

Com relação a Baviera este preceito não vigora, segundo o art. 7.° da lei de 22 de Abril de 1871, « até ulterior disposição ».

II. — Quando os crimes previstos nos arts. 57 a 59 e 134 do C. p. militar forem commettidos durante uma guerra contra a Allemanha, e no theatro das hostilidades, tem applicação o art. 160 do mesmo Cod. (e não o art. 4.° da lei de introd. do C. p.

---

(1) As disposições da lei prussiana de 4 de Junho de 1851, que impoem a pena de morte a outros crimes que não os mencionados no art. 4.° da lei de introd., devem ser consideradas revogadas por esta ultima. Ver Seuffert, C. p., 1.°, 2.°.

(a) O art. 68 da const. imp. dispõe: « quando a segurança publica no territorio federal correr perigo, o Imperador pode declarar qualquer parte do mesmo em estado de guerra. Até a decretação de uma lei imperial que determine as condições, a fórma da publicação e os effeitos de tal declaração, vigorarão as disposições da lei prussiana de 4 de Junho de 1871 ». Segundo esta lei, a declaração do « estado de sitio » pode ter logar 1.° no caso de guerra nas provincias ameaçadas ou já occupadas pelo inimigo; 2.° no caso de sedição em tempo de paz ou de guerra, quando correr grave perigo a ordem publica. Os effeitos desta declaração são passar o poder executivo ás autoridades militares, ficar o exercito sujeito aos artigos de guerra, aggravarem-se as penas de certos crimes, ampliar-se a jurisdicção dos tribunaes militares etc. — O «estado de guerra ou de sitio» do direito allemão é pois «dictadura militar» (Laband) e nada tem de commum com o «estado de sitio», de que trata a const. do Brazil (suspensão de garantias individuaes). N. do trad.

imp.), o qual sujeita tanto o estrangeiro como o allemão ás disposições da lei penal militar (2). Cons. a parte especial.

III. — Finalmente devemos fazer referencia ao art. 30, al. 1.°, da lei de 7 de Maio de 1874, segundo o qual continuam em vigor até disposição em contrario as leis especiaes relativas á imprensa em tempo de guerra imminente, de guerra effectiva, de declarado estado de guerra ou sitio, ou de commoção intestina (sedição) (3).

---

(2) Semelhantemente Olshausen, lei de introd., § 4.°, 8; Hecker, 44, contra a opinião commum. Nos casos dos §§ 81, 307, 311, 312, 315, 322, 323, 324, não tem pois applicação a pena de morte, não obstante o art. 4.° da lei de introd.

(3) Cons. v. Liszt, *Pressrecht*, § 12.

# PARTE GERAL

## Livro primeiro

# DO CRIME

### § 25. — Conceito e divisão

I.— Crime é o *injusto contra o qual o Estado commina pena* e o injusto, quer se trate de delicto do direito civil, quer se trate do injusto criminal, isto é, do crime, é a *acção culposa e contraria ao direito*.

1.° — D'estas definições resulta immediatamente a construcção systematica da theoria do crime. Devemos considerar o crime primeiramente como injusto, e portanto: *a*) como acção, *b*) como acção contraria ao direito, *c*) como acção culposa; ao que accresce *d*) a indagação da differença entre o injusto punivel e o não punivel.

2.° — Além dos caracteres (necessarios) do conceito do crime, os quaes em cada crime devem ser encontrados, temos de submetter a um acurado exame as fórmas (eventuaes), sob que o crime se póde objectivar. Essas fórmas são: *a*) a tentativa e a consummação; *b*) a autoria e a cumplicidade; *c*) a unidade e a pluridade no crime.

II. — A edade média distinguia os crimes em *causæ majores et causæ minores* (*ungericht, malefiz,*

de um lado, e *frevel* de outro): as *causæ majores* acarretavam penas criminaes no *pescoço* e *na mão*, as *minores* penas não criminaes ou civis na *pelle* e no *cabello*. Tal é tambem o ponto de vista da Carolina. Entretanto não raro já se encontra nas fontes da edade média, e tambem nas posteriores, uma categoria intermediaria (o *nicht pur-lauter malefiz* ou o malificio impropriamente dito do direito austriaco).

Desde o seculo XVII, sob a influencia dos jurisconsultos saxonios, sectarios de Julius Clarus, e especialmente sob a influencia de Carpsov, tinha curso sob varias denominações uma divisão tripartida que nos crimes graves distinguia os *atrociora* e os *atrocissima*, e incluia n'esta ultima classe os que eram punidos com a pena de morte aggravada (n'elles o *conatus proximus* equivalia á consummação). A mesma divisão encontra-se na constituição criminal austriaca de 1768 e no cod. bavaro de 1751. Sobre base diversa assenta a divisão tripartida que desde o começo do periodo philosophico encontra-se frequentemente na litteratura: distinguiam-se, além das contravenções policiaes, os *crimes* que offendem direitos naturaes, como a vida, a liberdade, etc., e os *delictos* que se dirigem contra direitos creados sómente pelo contracto social, como a propriedade e outros. A' legislação do seculo XIX foi de influencia nociva a theoria do direito francez que desde 1791 distingue entre *crimes, délits et contraventions*, segundo a gravidade da pena comminada contra o acto delictuoso. Esta *trichtomia* do direito francez foi aceita por varios codigos dos Estados da Allemanha, como o prussiano de 1851, d'onde passou, apezar de viva contradicção por parte da sciencia allemã, para o C. p. imp. Tambem a aceitaram o C. p. belga de 1867, o hungaro de 1878, os projectos austriacos e o russo, ao passo que o cod. hollandez de 1881 e o

italiano de 1889 e o projecto norueguense e o suisso substituiram a tripartição pela bipartição (1).

III. — Segundo o C. p. imp., as acções puniveis (crimes em sentido amplo) distinguem-se em:

1.° — *crimes propriamente ditos*, isto é, infracções contra as quaes a lei commina a pena de morte, reclusão ou prisão em fortaleza por mais de cinco annos;

2.° — *delictos*, isto é, infracções contra as quaes a lei commina pena de prisão em fortaleza até cinco annos, encarceramento ou multa superior a 150 marcos;

3.° — *contravenções*, isto é, infracções contra as quaes a lei commina pena de detenção ou multa até 150 marcos (2).

IV. — A pratica d'esta triplice divisão rege-se pelas seguintes regras (3):

1.°— O que serve de criterio não é a pena a applicar (a pena incorrida), mas a que a lei commina,

---

(1) Cons. O. Meyer, *Bedeutung und Wert der Dreiteilung der strafbaren Handlungen für das deutsche Reichsstrafrecht*, diss., 1891 (a favor da tripartição). O absurdo da tripartição está n'isto: de um lado o direito imperial, como uma simples inspecção do Cod. de org. jud. o mostra, não obteve a simplificação incontestavelmente obtida pelo direito francez quanto á discriminação das competencias (a); e de outro lado os delictos do C. p. imp. são por sua natureza completamente analogos aos crimes, de sorte que não ha razões intrinsecas em virtude das quaes os delictos devam ser tratados de modo diverso, por que o são os crimes em relação á tentativa, á cumplicidade, etc,

(a) Vejam-se no C. de org. jud. da Allemanha os arts. 27, 73. 74, 75, 80 e 136, n. 1. N. do trad.

(2) N'esta discriminação o legislador esqueceu completamente a relação por elle estabelecida no art. 21 do C. p. entre as diversas penas de prisão. Esqueceu mais que não ha notavel differença entre a execução da pena de reclusão e a da pena de encarceramento. O C. p. militar distingue sómente entre crimes e delictos, e deixa que as contravenções sejam punidas disciplinarmente.

(3) O C. p. tem em attenção a differença entre crime e delicto

e, sendo comminadas penas alternativas, a que fôr mais grave (a acção contra a qual a lei commina encarceramento ou detenção é sempre delicto). No tocante ás multas comminadas como multiplos ou fracções de uma determinada quantia, multas comminadas principalmente nas leis aduaneiras ou sobre impostos (adiante, § 63), serve de regra o maximo applicavel no caso occurrente, uma vez que o minimo declarado na lei, como se observa no art. 55 da lei imperial sobre bancos, já não tenha decidido que o facto deve ser classificado entre os delictos (4).

2.°— Si o legislador afasta os limites extremos da pena para attender a circumstancias attenuantes ou aggravantes, serve de regra o maximo da escala assim ampliada em todos os casos, ordinarios, leves ou graves. Si se trata porém de especies independentes, leves ou graves, da mesma acção punivel, deve-se ter em attenção tanto a escala penal do caso normal, como e principalmente a da especie. Sem duvida, é muitas vezes difficil, no caso dado, fazer a discriminação. Importantes pontos de apoio para a solução da questão de saber si se trata ou não de uma comminação independente, podem offerecer a historia do crime em questão, a sua denominação e a sua collocação no systema da lei.

Exemplos: a morte dada em acto seguido á provocação (art. 213 do C. p.) é *crime*, como caso menos severamente punido do homicidio; a morte

---

de um lado, e, de outro, entre delicto e contravenção nos arts. 4, 6, 37, 40, 57, ns. 4, 43, 49, 49 A, 257, 27, 29, 67, 74, 79, 126, 240, 241, 151, 157 n. 1.

(4) N'este sentido a opinião commum e a praxe do Tribunal sup. de Berlim e do Trib. imp. (26 de Setembro de 81, 5º, 23). Cons. principalmente Olshausen, §§ 1, 10. Em sentido contrario O. Meyer, 43, e Binding, 1º, 515, segundo o qual deve-se em todo caso classificar o facto como delicto, porque o maximo possivel excede a 150 marcos.

dada a pedido da victima (art. 216 do Cod. p.) é *delicto*, como especie independente do mesmo crime; o art. 313, al. 2.ª, do C. p. não tira á inundação o caracter de crime, bem como a attenuação da pena de que trata o art. 157 do mesmo cod. nenhuma influencia exerce sobre a gravidade do perjurio.

3.°— As escalas penaes que a lei manda rebaixar, quando se trata da tentativa, da cumplicidade e da adolescencia, devem ser consideradas como ampliações da escala penal normal, e não como comminações independentes (5).

(5) N'este sentido a opinião commum. *Contrà*, Olshausen, § 1º, 8. Não é claro Binding, 1º, 516.

# CAPITULO I

# Caracteres do conceito do crime

## I. — O CRIME COMO ACÇÃO

### § 26. — O sujeito do crime

LITTERATURA. — Ao n. I, confronto *apud* Günther, 1.°, 25, nota 12; v. Amira, *Tierstrafen und Tierprozesse*, 1891; Brunner, *Rechtsgeschichte*, 2.°, 556. — Ao n. II, principalmente Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 743; v. Kirchenheim, G S., 37.°, 241, 40.°, 251; Jellineck, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, p. 246.

I. — Segundo a intuição moderna, o crime só póde ser commettido pelo homem. A's legislações antigas, porém, e ainda desde o seculo XIII até o seculo XVII, não eram desconhecidos o processo e a punição de animaes, o que explica-se já por idéas religiosas (sacrificio do boi, p. 10; direito mosaico, Exodo, 21, 28), já porque queria-se verificar por um processo especial o facto constitutivo do damno causado por animal afim de responsabilisar-se o dono, ou porque tratava-se de exorcismar o espirito maligno. Não se apresenta como pena a morte do animal infamado por bestialidade etc. para apagar-se a memoria do facto. A mesma ordem de idéas póde explicar o procedimento contra objectos inanimados, facto tambem attestado pela historia.

II. — Segundo o direito imperial vigente, — abstracção feita de disposições especiaes — só o individuo, e não a entidade collectiva, pode commetter crimes e soffrer as penas respectivas. *Societas delinquere non potest.* O corpo collectivo não póde ser responsabilisado, mas sómente os individuos que funccionam como seus representantes. Não raro as leis penaes accessorias impõem a corpos collectivos o obrigação subsidiaria de responder pelas multas que recaem directamente sobre o culpado (adiante, § 58, I); mas essa garantia não é pena, comquanto os effeitos de uma e de outra sejam equivalentes. Entretanto deve-se affirmar que o reconhecimento da responsabilidade criminal do corpo collectivo, até onde vae a sua capacidade de obrar, e a punição de tal entidade, em tanto quanto figura como sujeito independente de bens juridicos, é não só possivel, como conveniente. Esta these encontra numerosas confirmações, tanto na legislação allemã como na estrangeira (1).

---

(1) A verdadeira concepção (que nos crimes contra o direito internacional, cujo sujeito só pode ser o Estado, tem sido reconhecida sem contestação) não só predominou na edade média allemã (punição das cidades que asylavam a proscriptos, — Espelho da Saxonia, 2.°, 72, 1, paz publica de 1235, § 13), como tornou-se opinião commum na sciencia do direito penal desde Bartolo. Neste sentido Gundling, Engau, Kock, Leyser, J. S. F. Böhmer e outros, que, no caso de dar-se *commune consilium membrorum*, reconhecem explicitamente ser a *universitas* o sujeito do crime commettido (vêr, porém, o cod. bavaro de 1751). Só pelos fins do seculo passado veio a predominar a doutrina opposta sob a influencia dos romanistas (v. Savigny); por muito tempo, desde Feuerbach, imperou ella exclusivamente entre os professores do direito penal. Na sciencia moderna, porém, a doutrina da capacidade criminal do corpo collectivo, quer no direito civil, quer no direito penal, doutrina mantida pelo direito anglo-americano, russo, francez e hespanhol, tem tomado incremento. — Dentre os germanistas foi victoriosamente

defendida por Beseler, Bluntschli, Dahn e outros, e sobretudo por Gierke (já assim no seu *Genossenschaftsrecht*). Collocam-se mais ou menos no mesmo ponto de vista, dentre os romanistas, Bekker, Dernburg, Windscheid, Ubbelohde; como representante do direito civil prussiano, Förster-Eccius, § 282, VIII, e, dentre os criminalistas, v. Kirchenheim, Merkel, 50, Leverkühn, G A., 38.°, 304. Pelo contrario manifestaram-se recentemente no sentido da opinião reinante Olshausen, cap. 4, 6, Janka, 51, Bünger, Z., 8.°, 573, Ziebarth, 340, Storck, *apud* Grünhut, 16.°, 323, van Hamel, 1.°, 158 (este ultimo pelo menos em quanto a palavra pena não comprehender todas as medidas de protecção social), Weisl, *Heeresstrafrecht*, 1.°, 134, v. Lilienthal, *Grundriss*, 40. Jellinek considera somente possiveis o injusto policial e a pena policial, mas desconhece tanto a idéa do delicto como a da pena. Na novissima legislação allemã veja-se o art. 74 da lei do 1.° de Maio de 1889 sobre as sociedades cooperativas de economia e industria: « si a sociedade se fizer culpada de actos ou omissões illegaes, que compromettam o interesse collectivo, póde ser dissolvida »; disposição analoga encontra-se na lei sobre a industria relativamente ás corporações de officio, art. 103, n. 3, 104 g. — A doutrina do texto assenta, não sobre idéas mysticas, mas sobre o conhecimento da vida real. Que uma corporação commetta crimes é *juridicamente possivel;* porquanto, de um lado, os requisitos de sua capacidade de facto em materia de direito penal não são fundamentalmente diversos dos que o direito civil exige ou dos que exige o direito publico (circumstancia esta que de ordinario não é notada). Quem póde celebrar contractos, póde tambem celebrar contractos usurarios ou eivados de burla, ou não cumprir os contractos de fornecimento que tenha concluido (art. 329 do C. p.). Por outro lado, a corporação é tambem um sujeito de bens juridicos (direitos patrimoniaes, direito eleitoral, direitos relativos á existencia, á honra), que podem ser criminosamente lesados ou destruidos. E a doutrina é digna de aceitação. O acto, por traz do qual se acha, não um ou varios individuos, mas uma sociedade, tem outro e muito maior alcance; a cabala eleitoral, a divulgação de escriptos prohibidos, a provocação a acções delictuosas, especulações financeiras de todo genero podem ser tentadas por sociedades e associações em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o numero dos respectivos membros. Por outro lado, é tão incompativel com o sentimento da justiça como com os principios de uma sã politica criminal deixar impune o culpado propriamente dito e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é orgão da vontade alheia. — É certo que a idéa de acção com tudo o que a ella

se refere só mediatamente póde ter applicação ao corpo collectivo. Mas, si este não funcciona physicamente, funcciona por meio de orgãos artificiaes; e assim como essa actividade póde produzir, no campo do direito civil e da vida publica, effeitos juridicos pró e contra a entidade collectiva, tambem deve ser isto possivel no campo do direito penal (a).

(a) No nosso direito admitte-se que as pessoas juridicas podem ser objecto de crimes e que têm competencia para dar queixa contra os seus offensores; não se lhes reconhece, porém, capacidade para delinquir, como entidades distinctas dos seus membros. É isto sobretudo devido á influencia da theoria da *pessoa juridica*, oriunda do direito romano e levada ás ultimas consequencias pelos seus interpretes. Emquanto predominar a idéa de que todo sujeito de direitos, que não fôr individuo, é uma *persona ficta* sob a tutela necessaria dos seus representantes (confundindo-se assim a idéa de orgão com a de representação), e em quanto se regerem exclusivamente pelas regras do mandato as relações entre a pessoa juridica e os seus orgãos ou entre estes e terceiros, perdurará o erro que o autor impugna. Na Allemanha tem-se produzido uma energica reacção, cujo principal representante é Gierke, contra essa theoria estreita que falsea todo o systema juridico, pois que no direito a idéa de pessoa é a idéa capital. No direito publico ella nos leva a considerar o Estado como uma *ficção*, e portanto a basear sobre uma *ficção* todo o systema do direito publico, e no direito penal a conferir ás entidades collectivas, apezar de sua organisação e de sua actividade, muito mais extensa e intensa do que a acção individual, o privilegio da irresponsabilidade criminal. — O nosso C. p. exclue expressamente a responsabilidade da corporação, associação ou sociedade como tal (art. 25); mas não foi consequente com o seu proprio principio, comminando no art. 103 a pena de dissolução contra a corporação que commetter o crime ahi previsto. M. Freire reconhecia, pelo contrario, no seu projecto de *C. Crim.* (tit. 2.º, § 8), que « os collegios, corporações e sociedades podem delinquir pelas pessoas de que se compõem e que os representam e governam », mas só attribuia o delicto á universidade, « quando todos os representantes o commettessem ou a maior parte delles. » N. do trad.

## § 27. — A idéa de acção em geral

LITTERATURA. — As obras mencionadas nos §§ 28 e 29

I. — Para podermos fixar a idéa do *injusto*, devemos investigar qual é o conjuncto de circumstancias a que a ordem juridica liga os effeitos do injusto.

As circumstancias que são a condição para que se siga um effeito juridico consistem sem excepção alguma em *factos* juridicamente relevantes, isto é, em mudanças do mundo exterior apreciaveis pelos sentidos. Mas os effeitos do injusto, e consequentemente a pena, só se ligam a certos e determinados factos. As circumstancias constitutivas do injusto não podem ser *acontecimentos*, que independam da vontade humana, mas sómente *acções humanas*.

II. — Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referivel á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis pœnam nemo patitur*. Mas tambem não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*.

Dest'arte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéa de acção e portanto a de crime: acto de vontade e resultado. A estes dois elementos deve accrescer a relação necessaria, para que elles formem um todo, *a referencia do resultado ao acto*. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior á vontade humana: 1.° quando a mudança foi *causada* voluntariamente; 2.° quando voluntariamente não foi *impedida*. A *commissão* e a *omissão* são as duas formas fundamentaes da acção e consequente-

mente do crime. Trataremos separadamente de uma e de outra nos dous paragraphos seguintes (28 e 29) (a).

III. — A mudança do mundo exterior, causada ou não impedida, denominamos *resultado* da commissão ou omissão. Como toda mudança do mundo exterior acarreta comsigo outras mudanças, deve-se distinguir entre o resultado *proximo* e o *remoto*. Para saber-se qual o resultado que deve ser tomado em consideração, porque a elle se refere a comminação penal,

---

(a) Eis a mesma concepção exposta por van Hamel (p. 185): «*acto* é o movimento muscular que se apresenta como manifestação da vontade. Para o direito porém o movimento muscular só tem importancia, em tanto quanto determina uma mudança no mundo exterior, cuja realisação é pelo direito considerada como offensa ou como compromisso de um interesse juridico, e por isso prohibida e sujeita a pena. A mudança no mundo exterior é o *resultado* do acto. Do ponto de vista do direito penal devem ser consideradas as tres faces do acto, como movimento muscular, como resolução e como causação. Deste conjuncto resulta a idéa de acção, e assim tem ella um triplice aspecto, physiologico, psychologico e causal. A acção punivel é pois antes de tudo *acto*, movimento muscular causado pela acção dos nervos motores, *actividade*, e neste sentido *as palavras e os actos* naturalmente não se contrapoem». E em nota accrescenta: «Por ora não é conhecida uma causação puramente psychica, sem movimento muscular. Si se reconhecer como possivel uma tal causação, não deixará por isso de convir á idéa de acto a expressão *movimento nervoso*, que agora está comprehendida na expressão *movimento muscular*». — A lei póde descrever a acção que é prohibida (*delictum commissionis*), ou descrever a omissão ou abstenção que é vedada, indicando assim a acção exigida (*d. ommissionis* propriamente dito), ou finalmente, sem indicar o modo de execução, prohibir a causação de um determinado resultado, quer seja elle produzido por uma acção, quer por uma omissão (*d. ommissionis impropriamente dito ou d. commissionis per ommissionem*). Exemplos dos tres casos encontram-se nos art. 279, 207, §§ 3, 4, 5 e 6, e 294 do nosso C. p. N. do trad.

cumpre consultar as definições do C. p. (1). Para a idéa do homicidio em direito penal sómente tem importancia a morte da victima, e não o ferimento mortal, nem tambem os effeitos quiçá muito extensos que da morte resultem para a familia do morto. Mas a toda acção, por força da idéa mesma, se liga um resultado qualquer apreciavel pelos sentidos, ainda quando o legislador abstraia apparentemente de um resultado ulterior que na verdade elle tem em vista. Isto é tambem verdade dos delictos de inacção propriamente ditos (adiante, § 23) (2).

A idéa geral do resultado tem tambem applicação ao facto de *pôr em perigo*, tão importante no direito penal. Pôr em perigo ou comprometter é provocar um *perigo*, isto é, uma situação em que,

---

(1) Sómente neste sentido é correcta a formula (quanto ao mais perigosissima) de que se serve Wachenfeld, *Verbrechenskonkurrenz*, 19: « resultado é o effeito natural na sua importancia juridica ».

(2) E' pois um contrasenso distinguir os crimes em *materiaes* e *formaes*, considerando-se como materiaes os que produzem um resultado exterior e como formaes aquelles em que isto não se dá. Correctamente Janka, 60, Herzog, *Rücktritt*, Bekker, *System*, 278, Hermes, *Teilnahme*, 8, Baumgarten, *Versuch*, 349, Schütze, 137, v. Lilienthal, 253 (no trabalho indicado no § 30), Birkmeyer, *Teilnahme*, 95, van Hamel 1.° 189. Cons. v. Liszt, Z, 1.°, 93. Em sentido contrario recentemente Borchert, *Verantwortlichkeit*, 117, Olshausen, cap. 3.°, 5. — Duas considerações fazem patente o erro dos adversarios. 1.° Em todo delicto por commissão, qualquer que seja a definição legal, é concebivel a utilisação de um homem como instrumento (adiante, § 50), e portanto a separação do resultado. Exemplo: a injuria verbal por intermedio de um alienado para este fim industriado. Mas, abstracção feita de um instrumento humano, póde-se empregar sempre um processo complicado para a producção do resultado. Exemplo: o perjurio pela expedição do teor do juramento assignado. 2.° Na omissão propriamente dita o resultado se obscurece, mas não deixa de existir. O descurar a limpesa do esgoto, por exemplo, tem por effeito mudanças do mundo exterior certamente sensiveis.

attentas as circumstancias occurrentes no momento do movimento corporeo do agente e segundo juizo imparcial, dá-se a possibilidade immediata e portanto o fundado receio de que se siga a offensa. As circumstancias constitutivas de muitos crimes assentam sobre a idéa de perigo: a exposição de infante e o duelo, como perigo de vida, o jogo de azar como perigo da fortuna; o pôr em perigo o credito, a paz publica; o envenenamento, como perigo produzido com *animo lædendi;* os crimes de perigo commum, como o incendio, a inundação e outros, estão neste caso. O «perigo actual para o corpo e a vida» é circumstancia que o legislador muitas vezes qualifica. A idéa de perigo assignala especialmente a punibilidade da tentativa. Dá-se a «possibilidade immediata» de que se siga um certo resultado, quando esse resultado só póde ser evitado mediante circumstancias, cujo concurso não depende de nós nem póde ser esperado com segurança [3] [b].

---

[3] Cons. tambem o que se diz adiante, § 47. No essencial concorda com o texto o Trib. do Imp., dec. de 14 de Junho de 82, 6.°, 396.°, de 11 de Março de 84, 10.°, 173, e de 18 de Maio de 86, 14.ª, 135, bem como em geral a opinião commum. Que tenha justificação a idéa de um perigo real é inteiramente contestado por Hertz, *Unrecht*, 73 Janka, 59, v. Buri, Lammasch, Finger nos trabalhos indicados no § 28. Não contestamos que tal idéa resulte sómente da nossa incapacidade, em tantos casos dada, para prever o curso de um acontecimento, visto como não podemos apreciar exactamente as circumstancias que o determinam. Mas o facto de que não falariamos mais em perigo, si fossemos omniscientes, não nos póde impedir de, por emquanto, utilisarmo-nos de tal idéa na administração da justiça, como ella é utilisada na vida ordinaria. No senso commum ella encontra o seu fundamento, como a sua limitação. Ver especialmente Loock (Litt. no § 28).

[b] Como o direito penal ora pune a offensa de interesses juridicos — a vida, a saude, a honra, a fortuna, ora o facto de comprometter-se ou pôr-se em perigo taes interesses, os criminalistas allemães

IV. — A voluntariedade na commissão ou na omissão, não quer dizer livre arbitrio no sentido metaphysico (acima, § 15, II), mas isenção de coacção mechanica ou psycho-physica. Não se dá acção por parte daquelle que, em um ataque de convulsão, damnifica objectos alheios ou que, em razão de uma syncope, não póde cumprir o seu dever; não se dá acção por parte de quem é coagido pelo poder physico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa (C. p., art. 52).

## § 28. — Da commissão

LITTERATURA. — Bekker, *Theorie des Strafrechts*, 1.°, 243; Hälschner, 1.°, 503; Zittelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, p. 25; Pfersche, *Die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts*, 1891; Lammasch, *apud* Grünhut, 9.°, 90; Bünger, Z., 6.°, 291, 8.°, 520; v. Liszt, Z., 6.°, 663; Janka, *Die Grundlagen der Strafschuld*, 1885; o mesmo, Z., 9.°, 510; Weismann, Z., 11.°, 80; Heinemann, *Die Bindingsche Schuldlehre*, 1889; o mesmo, *Die Idealkonkurrenz*, 1893; Kuhlenbeck, *Der Schuldbegriff*, 1892; Wachenfeld, *Die Verbrechenskonkurrenz*, 1893; os tratados e os manuaes de psychologia. — Sobre a idéa de causação: Geyer, opusculos, 108; v. Bar, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange*, 1871, *Kausalität*, 1873, Z., 2.°, 232, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885; Binding, *Normen*, 1.°, 112, 2°, 224; Birkmeyer, *Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht*, 1885, impresso na G S., 37.°, 257; o mesmo, *Die Lehre von der Teilnahme*, 1890; Janka, Z., 9.° 499; Merkel, 97; Kohler, *Studien*, 1.°, 83; Huther, *Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts*, 1893; Horn, *Der Kausali-*

---

distinguem os crimes em *Verletzungsdelikte*, — os que consistem na offensa dos interesses protegidos (homicidio, injuria, furto, etc.), e em *Gefährdungsdelikte*, — os que consistem em compromettel-os. Muitos delictos desta ultima categoria encontram-se no nosso C. p. (liv. 2, tit. 3, cap. 1, 2, 3, tit. 10, cap. 6, etc.) N. do trad.

*tätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht*, 1893; Endemann, *Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten*, 1893. — Sobre a idéa de perigo, especialmente J. v. Kries, *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, 1886, *Ueber die objektive Möglichkeit und einige Anwendungen derselben*, 1888, Z. 9.°, 528; Binding, *Normen*, 1.°, 324, nota 10; Merkel, 45. E mais: Finger, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht*, 1889 (contra v. Kries); v. Rohland, *Die Gefahr im Strafrecht*, 2.ª ed., 1888 e contra elle v. Buri, G S., 40.°, 503; van Hamel, 1.°, 173; Rotering, *Fahrlässigkeit und Unfallsgefahr*, 1892; Loock, *Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen im Deutschen Reich* (artigo do *Kriminal. Seminar*, 3.°, 2) 1893, p. 161.

I. — Commissão é a *causação do resultado por um acto de vontade*. Este apresenta-se como *movimento corporeo voluntario*, isto é, como tensão (contracção) dos musculos, determinada, não por coacção mechanica ou psycho-physica, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores. O movimento corporeo e o resultado constituem pois (v. acima, p.) os dois elementos egualmente importantes da idéa de acção como commissão (1) (2).

O movimento corporeo é o effeito (a resultante) das idéas ou representações que se cruzam,

---

(1) De accôrdo a definição do Trib. imp., dec. de 23 de Dezembro de 89, 20.°, 146, comquanto comprehenda tambem a omissão: « acção é a influencia exercida consciente e voluntariamente sobre o mundo exterior e provocada pelo movimento corporeo em virtude da lei de causalidade. » Egualmente no essencial v. Lilienthal, 33, v. Kries, 167. Divergente em parte Bünger, Z., 8.° 540, que admitte tambem uma acção interna não objectivada por movimento corporeo; e mais Janka, Z., 9.°, 510, que, como Schutze, 100, Bekker, 1.°, 244 e outros, quer separar o resultado da idéa de acção.

(2) O *Körperbewegung* (movimento corporeo), de que fala o autor, é synonimo de *Spielbewegung* (movimento muscular), expressão empregada por van Hamel. N. do trad.

se contrapõem e se auxiliam. A representação que triumpha chamamos *motivo*. Logo que esse triumpho é definitivo, falamos em *resolução* e consideramos o resultado objectivo como facto nosso. A resolução é *premeditada*, quando a representação do resultado desejado, em surgindo, não determina logo a vontade, mas dá tempo a que as demais resoluções, e especialmente as idéas geraes da religião, da moral, do senso pratico, que dominam toda a nossa conducta, se façam valer. A falta de premeditação tanto póde provir de uma violenta emoção como de uma estupidez destituida de reflexão. O C. p. utilisou-se de idéa de premeditação na definição do homicidio e do assassinato (adiante, parte especial) e assim reconheceu a importancia geral desta circumstancia, pelo menos, para a graduação da pena (2).

As representações que induziram o agente a effectuar o movimento corporeo podem referir-se de modo diverso ao resultado. É possivel que a representação do resultado não tenha surgido no seu espirito ou que elle a desviasse; mas póde ser tambem que o agente previsse o resultado, ou mesmo que essa previsão tenha sido o motivo (motivo impulsivo) do movimento corporeo. Da previsão do resultado origina-se a idéa de *dolo* (adiante, § 38). Neste caso costuma-se dizer que o resultado foi

(2) Cons. Wachenfeld, *Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff*, 1887, Alimena, *La premeditazione*, 1887. Dolo premeditado (*dolus premeditatus* em opposição a *dolus repentinus*) é expressão que induz em erro. Correctamente Binding, *Normen*, 2.°, 396, 508, Hälschner, 1.°, 515, Olshausen, § 211, 6, Wachenfeld, l. c. (b).

(b) Segundo o autor, dolo é a previsão do resultado do acto ou « a representação da causalidade da acção ou omissão. » A premeditação caracterisa pois a resolução e não o dolo; a resolução e não o dolo é que póde ser premeditada ou repentina. N. do trad.

*querido;* mas convém que esta expressão seja evitada por causa das suas muitas accepções que a tornam incerta (3).

II. — Consequentemente o resultado deve ser produzido (ou causado) pelo movimento corporeo; este e aquelle devem estar entre si, como ordinariamente se diz, na relação de causa e effeito, em *connexão causal* (4).

---

(3) Linguagem vacillante: *querer*, ora significa desejar o resultado (representação do resultado como motivo), ora a mera previsão delle. Binding pretendeu mesmo aproveitar para a doutrina juridica a *vontade inconsciente* de E. v. Hartman, mas não encontrou quem o seguisse. O melhor é evitar absolutamente a expressão *querer o resultado*, e empregar o vocabulo *querer* ou *vontade* para designar sómente o acto psycho-physico, pelo qual se opera a tensão dos musculos. Segundo esta linguagem, querido é pois, sómente, o movimento corporeo, nunca o resultado. Já anteriormente, neste sentido, Bekker, 1.°, 243, recentemente Zittelmann, 1.°, 136, Bünger, Z., 6.°, 321, Olshausen, § 59, 16; *contrà*, Weismann, Z., 11.°, 85, Enneccerus, *Rechtsgeschäft*, 1.°, 12 (c).

(c) Binding, apoiando-se em Schopenhauer e E. v. Hartman, allude aos *factos inconscientes* (*Normen*, 2.° v., p. 108), como tambem faz Alimena, *La premeditazione*, p. 156. Binding porém observa que « a ethica e o direito nada têm que ver com a vontade inconsciente; o que a ethica e o direito apreciam são os productos da vontade consciente, isto é, da vontade que é, pelo menos, acompanhada da sciencia daquillo que se quer. » Quanto á applicação restricta da expressão *vontade* e *querer* ao acto (como volição e como movimento muscular), seria positivamente uma vantagem para a sciencia do direito penal. « Si a vontade, diz Binding, não é senão o momento causal no homem, tudo o que é causado pelo homem é sempre querido, quer tenha sido ou não de antemão representado. O que causamos chamamos facto nosso » (*Normen*, p. 112). É difficil prever até onde conduziriam as consequencias deste puro doutrinarismo. N. do trad.

(4) A questão da existencia do nexo causal deve ser cuidadosamente distincta da questão sobre a existencia de culpa por parte do agente Cons. sobre esta o § 35. De accordo a opinião commum, especialmente

Dá-se connexão causal entre o movimento corporeo e o resultado, *quando não se póde suppor supprimido o movimento corporeo sem que devesse deixar de occorrer o resultado occorrido* (isto é, do modo por que de facto occorreu). Si o nexo entre o movimento corporeo e o resultado é assim necessario, dizemos que o movimento corporeo é a causa do resultado, que este é o effeito daquelle, isto é applicamos á relação do movimento corporeo e do resultado a categoria da causalidade (como uma forma do nosso entendimento). Desta definição seguem-se immediatamente duas conclusões do maior alcance pratico.

1.° — O resultado deve ser tambem referido ao movimento corporeo, como causa, quando, sem as circumstancias especiaes em que a acção foi praticada ou que á acção sobrevieram, o resultado não se teria dado. O ferimento é causa da morte, ainda quando esta não occorresse, si não fôra a debilidade geral do organismo do offendido, ou si não sobreviera o incendio do hospital á offensa que em si não era mortal.

2.° — O resultado deve ser ainda referido ao movimento corporeo, como causa, quando, sem o concurso concomitante ou posterior de outras acções humanas, o resultado não se teria dado. Especialmente não se oppõe á admissão da connexão causal

---

Birkmeyer, Janka, Kohler, Endemann, Olshausen, cap. 3, 1. Em sentido contrario, v. Bar. (que segue a Luden e Krug), Brich, G. A., 26, 420, Merkel, 71, Z., 1.°, 591. Deve ser tambem sustentada incondicionalmente a these que a lei causal se refere sómente ás mudanças que occorrem no espaço e no tempo, e não á ligação logica das idéas. Mui frequentemente encontra-se tal confusão na novissima litteratura, como se nota em Cohn (tentativa), Binding, Zitelmann, v. Rohland (connexão juridica) 7 v., Kries, Kohler (causalismo da ordem social) e outros. Excellentemente Heinemann, *Die Bindingsche Schuldlehre*, 31, Landsberg, *Kommissivdelikte*, 28. Cons. tambem o § 23, p. 110, bem como a p. 107.

a negligencia do offendido mesmo (exclusão da compensação de culpa).

III. — A applicação logica destas theses não é possivel, segundo o direito vigente, sem importantes limitações.

1.° — Quando entre o acto de um individuo e o resultado produzido intervem a actividade de outrem, não influenciada pelo primeiro, é o segundo agente, e não o primeiro, a causa do resultado. Si B faz um ferimento mortal em C já mortalmente ferido por A, e a victima succumbe ao segundo ferimento, é B, e não A, o causador da morte. Si A fere a C e este arranca o apparelho para que o sangue se escoe, a morte é causada por C e não por A. Estas conclusões decorrem da idéa de causa, como acima fixámos. Si, porém, o acto de B é provocado por A, este é a causa do resultado produzido. O direito vigente só admitte est'outra consequencia com restricções. Quem determina um individuo não imputavel á pratica do acto (ao suicidio, por exemplo), ou quem, por coacção (no sentido do art. 52 do C. p.) ou mediante erro (no sentido do § 39 deste tratado) dá causa ao acto de um imputavel, é responsavel, mesmo em face do direito vigente, como causador do resultado (ver o § 50). Mas a instigação de um imputavel, que exerce a sua actividade sem coacção e com previsão do resultado, não é considerada, segundo a concepção do direito vigente, como causa mediata do resultado e sim como cumplicidade no acto do instigado (adiante, § 49). A hypothese do livre arbitrio (§ 15, II) dá aqui logar a admittir-se uma «interrupção do nexo causal», que em rigor deveria levar á completa impunidade do instigador.

2.° — Quando a lei exige como condição de punibilidade ou como condição para a imposição de uma pena mais rigorosa a producção de um certo resultado (adiante, § 35, nota 6), segundo a doutrina cor-

rente — digna de assentimento para evitarem-se as consequencias intoleraveis que da doutrina contraria seguir-se-hiam — não é admissivel a existencia de nexo causal entre a acção e o resultado, si este foi sómente devido a um conjuncto ou encadeamento de circumstancias inteiramente excepcional (a denominada *causação adequada* — ver abaixo, IV, 3).

IV. — A questão de saber em que casos se póde attribuir o resultado á acção como causa remonta a um loginquo passado. Mas o direito romano offerecia ao exame textos na verdade contradictorios (Pernice, *Labeo*, 2.°, 36) e a edade média allemã procurou cortar o nó, estabelecendo determinados caracteres exteriores (assim, por exemplo, frequentemente deixava-se de admittir a existencia de homicidio, si no intervallo entre o acto delictuoso e a morte a victima foi ao mercado ou á egreja).

Na sciencia do direito commum (nos escriptos de Carpsov e Böhmer, como nos de Feuerbach e Stübel) a questão foi muitas vezes ventilada, e de ordinario a proposito da doutrina sobre o homicidio. Sem grande vantagem distinguiam-se a *lætalitas absoluta* e a *lætalitas relativa*, *in abstracto et in concreto*, *per se et per accidens*. A philosophia (principalmente a escola de Wolff) apoderou-se tambem da questão, mas apenas um ou outro escriptor (por ex., Soden) impugnou as distincções escolasticas. Cedo ellas foram admittidas na legislação. A Prussia deu-lhes grande importancia e em uma ordenança de 1717 lhes consagrou minuciosas disposições. Na sua maior parte os codigos territoriaes da Allemanha do seculo XIX (desde o bavaro de 1813 até o austriaco de 1852) julgaram necessario accentuar em artigos especiaes que pouco importa poder ser o resultado impedido por um auxilio prompto e adequado, bem como que a «offensa tenha tido resultado fatal em razão da compleição especial da victima ou das cir-

cumstancias eventuaes, em que o crime foi perpetrado» (Cod. pruss., art. 185). Só a novissima legislação abandonou essas disposições tão superfluas quanto proprias a induzir em erro (motivos do projecto do C. p. imp., p. 112), sem que com isto puzesse termo ás controversias.

V. — Na discussão scientifica a idéa acima enunciada é considerada sob tres diversos pontos de vista (5).

1.° — Não tomamos a idéa de causa no sentido estricto, segundo o qual causa significa a situação a que uma outra se segue de um modo absolutamente necessario e rigorosamente geral, pois neste sentido (causa como conjuncto das condições do resultado) a acção humana de nenhum modo póde ser causa. Em todos os casos e sem excepção alguma, a efficacia da acção humana com relação ao resultado depende do concurso de uma serie de circumstancias externas, que não se póde pensar supprimidas, sem que se nos apresente tambem mudado o curso das cousas. Sómente podemos designar a acção humana como causa de um resultado no sentido limitado e discreto, segundo o qual a causa não é mais do que uma das muitas condições necessarias do resultado.

---

(5) As camaras criminaes do Trib. imp. compartilham completamente a concepção exposta no texto. Collecção das desições *apud* Birkmeyer, nota 57. O principal representante da doutrina é v. Buri em numerosos escriptos. Seguem-na tambem Geyer, 1º, 119, Hälschner, 1º, 227, Janka, 67 Glaser, dissertações, 297, e posteriormente repetidas vezes, Hertz, *Unrecht*, 167, Berger *apud* Grünhut, 9º, 745, Borchert, *Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter*, 111, Landsberg, *Kommissivdelikte*, 41, Lammasch, *eod. loco* (tambem *apud* Grünhut, 9º, 221), Finger, 22, van Hamel, 1.° 193, (mas não resolutamente), Kuhlenbeck, *Der Schuldbegriff*, 1892, Loock, 182, e outros. Entre os novos adversarios desta doutrina Endemann e Horn distinguem-se por não terem prestado completa attenção á respectiva litteratura do direito penal.

2.° — A identificação de causa e condição no direito penal nos põe em contradicção com as tentativas muitas vezes feitas nos ultimos annos para o fim de destacar-se, dentre as numerosas condições do resultado, uma dellas como causa em sentido rigoroso. Podemos distinguir aqui quatro formulas ou concepções principaes : *a*) v. Bar., presuppondo dadas as condições regularmente existentes, chama causa a condição que perturba o curso supposto regular e o converte em irregular (de modo analogo Zitelmann); *b*) Binding (e egualmente Ortman, Meyer e infelizmente tambem Oslhausen, cap. 3.°, 2), suppondo equilibradas as condições favoraveis ou desfavoraveis ao resultado, considera causa a acção que dá ás condições existentes a direcção decisiva para o resultado; *c*) segundo Birkmeyer, causa é a condição mais efficaz (*contrà* excellentemente Benneke, Z., 5.°, 731, Kuhlenbeck, p. 67, nota 1.ª); *d*) Kohler distingue entre a força de impulsão e a atmosphera, em que aquella se produz. Semelhantemente Wachenfeld, *Verbrechenskonkurrenz*, 16, nota 4, Forcke, *Urheberschaft und Beihilfe*, 1880, Horn. As concepções desta natureza, convertendo uma das condições em causa, tem o inconveniente de que, levadas ás suas consequencias logicas, obrigam á rejeição da idéa de *concausa* utilisada acima sob o n. II, 1 e 2, resultado este com que não se compadece a administração da justiça criminal (não assim o direito civil). Alem disto, a formula de Kohler não passa de uma imagem infeliz.

3.° — O que, no caso concreto, serve de criterio é a fórma real, embora insolita, do curso dos acontecimentos. Em contrario J. v. Kries, segundo o qual o movimento corporeo deve em geral ser apropriado a produzir o resultado que se produzio — *causação adequada* em opposição á *causação eventual*. Semelhantemente Merkel, 99: «o direito penal só

tem em consideração as relações condicionaes, a que a experiencia permitte dar uma importancia geral ». A opinião dos nossos adversarios é completamente arbitraria, e repousa (especialmente a de Merkel) sobre a confusão já acima accentuada (nota 4) de causação e culpabilidade. *A causação adequada* só se faz necessaria, quando se imputa o resultado que não é devido á culpa (acima III, 2) (d).

## § 29. — Da omissão

LITTERATURA. — V. Rohland, *Die strafbare Unterlassung*, 1º, 1887; Landsberg, *Die Kommissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht*, 1890. Vêr ainda Bünger, Z., 6º, 322, Löning, *Haftung des Redacteurs*, 136, Ziebarth, 338, Kohler, *Studien*, 1º, 45, van Hamel, 1º, 196, Wachenfeld, *Verbrechenskonkurrenz*, 42.

I. — Dados certos requisitos (adiante sob o n. II), o direito, justamente como faz o senso pra-

(d) Assim as opiniões dos criminalistas allemães sobre a questão da causalidade dividem-se em dois grupos. De um lado figura a concepção do autor, que considera causa (ou *concausa*) todo factor que não se pode pensar supprimido, sem que o resultado deixasse de occorrer do modo por que de facto se produzio. Mas, cumpre notar, a responsabilidade criminal daquelle, cujo acto foi assim causa do resultado, não depende sómente do nexo causal, senão tambem e em primeiro logar da culpa, isto é, faz-se mister que da parte do agente tenha havido dolo ou culpa propriamente dita. Por isso a questão da causalidade é independente e deve ser distinctamente separada da questão da culpabilidade. De outro lado figuram as doutrinas dos que distinguem os factores em *causas* e *condições*. Por causa entendem uns a condição que converte em anormal o curso normal, outros a que dá a direcção decisiva ás circumstancias, outros a condição em geral adequada á realisação do resultado etc. Praticamente, observa van Hamel, as duas theorias approximam-se: dado um resultado, cuja probabilidade ou possibilidade não podia ser prevista, a 1ª theoria contestará a responsabilidade por falta de culpa, e a 2ª por falta de nexo causal. N. do trad.

tico, equipara á causação o não impedimento do resultado relativamente ás consequencias que se produzem (delicto por omissão impropriamente dito). Esta equiparação não significa que se deva tambem vêr no não impedimento uma causação do resultado: a punibilidade da omissão é completamente independente da hypothese de sua causalidade. A equiparação pode ser incompleta, o não impedir o resultado pode ser punido com menos rigor do que o causal-o. Tambem é de todo ponto possivel que o legislador puna a omissão considerada em si e sem respeito ao resultado. D'ahi a idéa do delicto por omissão propriamente dito (1), como violação de um preceito imperativo do Estado (a). E' do silencio do legislador que surgem as difficuldades, silencio que nos obriga á observancia desta regra: á causação de um resultado equivale o não impedil-o, quando a lei por disposição especial não recommenda que de modo diverso seja tratada a omissão (b). Depois do que foi dito no § 27 basta observar que a omissão deve

(1) Exemplos: deixar de denunciar um crime, art. 139 do C. p., (não assim o art. 160 do C. p. mil.), deixar de salvar uma pessoa, art. 360, n. 10 do C. p.

(a) O delicto por omissão propriamente dito suppõe um preceito *imperativo*, cuja não observancia constitue a infracção, pouco importando que *in concreto* se dê ou não o perigo ou a offensa do interesse que a lei penal quer proteger. O delicto por omissão impropriamente dito é uma subdivisão do grande grupo dos crimes que tanto podem ser commettidos por acção como por omissão; suppõe um preceito que *prohibe* certo resultado, e se dá quando esse resultado é produzido em razão da inacção de quem estava juridicamente obrigado a impedil-o. O confronto, por ex., dos arts. 378 e 298 do nosso C. p., basta para pôr em evidencia o contraste entre as duas classes de crimes em questão. N. do trad.

(b) Isto é, dados os requisitos a que o autor se refere sob o n. II. N. do trad.

ser tambem *voluntaria* (um acto de vontade), expressão cujo sentido é aqui puramente negativo (pois uma inervação dos musculos, como no movimento corporeo, está fóra de questão): a omissão não pode ser determinada por uma coacção mechanica ou psycho-physica.

II. — Mas a idéa da omissão exige uma nova e essencial limitação:

Omissão é, em geral, o não emprehendimento de uma acção determinada e *esperada*. Omittir é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer *alguma cousa*, e, na verdade, o que era esperado. Não dizemos de uma pessoa que nos deixou de saudar, de visitar, de convidar, si não devessemos esperar por parte dessa pessoa a saudação, a visita, o convite.

O direito só se occupa com a omissão *injuridica*. Ella é injuridica, quando ha um dever juridico que obriga a obrar. *Non facere quod debet facere*, podemos dizer com a l. 4, D. 42, 8, de toda pessoa que incorre em omissão.

Mas o dever juridico que obriga a obrar pode ter diversos fundamentos. Pode resultar:

1.° de um preceito positivo da ordem juridica, quer este preceito seja imposto pelo direito penal (por ex., arts. 221 e 359 do C. p., art. 60 do C. p. mil.), quer o seja, expressa ou tacitamente, por um outro ramo do direito (dever dos pais de alimentar os filhos, obrigação contractual do enfermeiro, dever do funccionario publico, do vigia da prisão, da via ferrea etc.);

2.° da *acção anterior* que indica a actividade ulterior como conforme ao dever e como contrario a elle o abandono da direcção assumida. Especialmente a provocação não culposa de um resultado

injuridico origina a obrigação de obviar, quanto fôr possivel, as consequencias posteriores (2).

Exemplos: o bom nadador A determinou a uma partida de natação o máo nadador B, promettendo soccorrel-o em caso de necessidade; no momento em que B perde as forças, A concebe a idéa do crime e deixa o companheiro afogar-se. O cocheiro deixa que os cavallos pisem o ebrio estendido no caminho. — A preparou a taça envenenada para B, C toma-a na presença de A e este não o impede.

III. — Nunca repugnou á antiga sciencia equiparar em geral a omissão á commissão. Mas, ao passo que os italianos, desde os glosadores, bem como Carpsov que os seguia com Beyer e outros, queriam a omissão punida com menos rigor do que o delicto por commissão, J. S. F. Böhmer representava a doutrina mais severa, exigindo, pelo menos no homicidio, punição egual para ambos. As legislações, de accordo com a escola philosophica de Wolff, entendiam que em geral as omissões estavam comprehendidas entre as acções, mas em casos singulares puniam as omissões em parte com penas menos severas. Assim o *Landrecht* prussiano de 1620, acompanhando as constituições saxonias, mandava punir com penas arbitrarias os enfermeiros que deixassem perecer de inanição os enfermos confiados aos seus cuidados; segundo a Theresiana de 1768, art. 87, 5, a mãe «que por mera omissão causasse a morte do filho» (não ligando o cordão umbilical, deixando escoar-se o sangue, privando de alimentos

(2) Contra esta these quasi geralmente admittida Landsberg, especialmente a p. 257, fundando-se na historia do C. pruss. e do C. allemão, bem como na jurisprudencia dos tribunaes supremos da Prussia e do Imperio.

etc.), era punida com a pena de decapitação simples sem empalação; e ainda o Cod. austriaco de 1852, art. 139, pune o infanticidio por omissão com pena mais branda (°).

E' com o seculo XIX que começa a discussão scientifica, a respeito da causalidade da omissão, uma das questões mais infecundas que se tem agitado na sciencia do direito penal.

Ao passo que Feuerbach, Spangenberg, Martin e outros não suscitaram sequer a questão da causalidade da omissão, e sómente estudaram a omissão sob o ponto de vista de sua illegalidade e criminalidade, os successores daquelles criminalistas começaram a collocar a questão n'um terreno falso. *Ex nihilo nihil*, eis o pensamento que servio de ponto de partida. Luden e Zirkler declararam categoricamente que a omissão é «um obrar de outro modo». Krug, Glaser, v. Bar e Merkel viram, pelo contrario, na acção que precede a omissão o momento causal; mas cahiram em insoluveis contradicções com o principio fundamental da theoria da culpa — a culpa deve existir no momento do movimento corporeo. De modo essencialmente diverso trataram a questão v. Buri, Ortman, Binding, Hälschner, Janka, Bünger, procurando encontrar o momento causal na omissão mesma. Formar a resolução criminosa, conter o impulso para a actividade é destruir o obstaculo que se oppõe ao resultado e dest'arte produzil-o (theoria

(°) Pereira e Souza (*Classes dos crimes*, nota 4 ao § 6.°) assim resume o antigo direito portuguez: «debaixo da denominação de facto se subentende tambem o não facto ou a omissão.....Nem sempre tem logar no foro o dito de Seneca: *qui non vetat peccare cùm possit, jubet*. Este principio só pode applicar-se, quando a necessidade de impedir os crimes alheios é imposta por lei especial». Encontram-se casos da omissão propriamente dita na Ord. do l. 5, t. 62 pr. e § 4, t. 12, § 6.°, t. 13, § 5.°. N. do trad.

da interferencia). Semelhantemente Berger, Geyer e Aldosser (causalidade psychica). Tambem Olshausen pode, si bem o comprehendemos, ser contemplado n'este numero. Mas esta opinião sossobra de encontro ao facto de que um tal phenomeno todo interno não se dá na omissão culposa, e na dolosa é difficil, senão impossivel, demonstral-o. Completamente falha foi a tentativa de v. Rohland e outros (Haupt, Z, 2.°, 533, Sigewaart, *Der Begriff des Wollens*, 1879, p. 33, Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, p. 200 e 259) que se propunham salvar a causalidade da omissão, referindo-se ao «seu resultado juridico», pois este não é mudança do mundo exterior, e consequentemente não é resultado no unico sentido admissivel da palavra (acima, § 28, nota 4) ([d]).

([d]) Luden, a quem se deve a distincção entre as duas classes dos crimes por omissão, entendia que, nos crimes por omissão impropriamente ditos, a causa do resultado não é a omissão, mas a acção effectuada ao tempo d'ella. Assim «si a mãi faz meias em vez de alimentar o filho, a causa da morte da criança é a acção de fazer meias.» Krug responde-lhe que a acção deve estar em relação causal com o resultado, e que tal acção não póde ser a que o omittente pratica ao tempo em que devia exercer a sua actividade de outro modo, e sim a acção anterior em virtude da qual ficou constituido na obrigação de agir em certo sentido. D'ahi o segundo grupo de theorias representado principalmente por Glaser e Merkel, que procuram o momento causal na acção anterior d'onde se originou o dever juridico de agir. Quando o vigia da via ferrea deixa ficar a pedra, que rolou, sobre a linha, a causa do sinistro não é esta sua abstenção, mas a acção em virtude da qual elle assumio o cargo e os deveres que lhe são inherentes. Estabeleceu-se assim uma relação invertida entre a culpa e a acção: esta não é culposa e precede talvez muitos annos á resolução criminosa! O terceiro grupo de theorias é representado por v. Buri e Binding, que reconhecem na omissão mesma um caracter positivo, considerando-a como destruição ou annullação da condição que se oppõe ao resultado. O vigia da linha ferrea collocara-se entre o perigo e as pessoas ex-

Assim a nossa sciencia, segundo a sua mais nova orientação, chegou a este resultado, contestar de todo a importancia da omissão como causa. Ao lado do movimento corporeo causante figura a omissão não causante como fórma independente da acção delictuosa. N'este sentido especialmente Löning, v. Meyer, Endemann, Horn, e tambem Oetker, *Jurist. Litteraturblatt*, 3.º, 96.

E, na verdade, devemos convir em que, rigorosamente considerado, o resultado produzido não é em caso algum causado pela omissão em si, mas sempre pelas forças naturaes que exercem a sua actividade collateralmente á omissão. A criança, que a mãe deixa morrer de fome, perece de consumpção; o máo nadador, a quem o companheiro recusa a mão salvadora, morre por asphyxia. As forças naturaes, a que não se oppoz o individuo obrigado a agir, causaram o resultado; não o causou o autor da omissão.

Usamos pois de uma linguagem indubitavelmente inexacta, quando falamos em *causar por omissão*. Trata-se sómente de saber si a sciencia deve conservar ou não essa linguagem commum. Pela affirmativa (e n'este sentido as primeiras edições d'este tratado, bem como v. Kries, Kuhlenbeck, Wackenfeld e outros) poder-se-hia allegar que não é menos inexacto designar como causa do resultado o movimento do corpo humano, o qual não é mais do que uma de suas condições, e entretanto esta expressão a ninguem repugna (§ 28, IV, I). E' porém preferivel, afim de evitar-se todo equivoco, manter

---

postas a perigo como a condição que o remove; com resolver porém inverter a direcção dada as suas forças, annulla a condição que impede o resultado. Mas esta theoria, como pondera van Hamel, não póde salvar o principio da causalidade necessaria, pois que, em ultima analyse, attribue a factos puramente psychicos, como resoluções e annullação de resoluções, o valor de causas physicas. N. do trad.

uma distincção precisa entre a commissão e a omissão na exposição scientifica. Muito mais importante do que esta controversia de pura terminologia, bem como decisivo quanto ao modo de tratar pratica e scientificamente os delictos por omissão, é propor a questão correctamente. Não deve ella ser formulada n'estes termos: « quando a omissão é causal? » E sim d'este modo: « quando a omissão é illegal? » « quando o não impedir o resultado equivale a causal-o? » Ao modo incorrecto por que a questão foi proposta deve a sciencia allemã as conclusões insustentaveis a que chegou.

## § 30. — Tempo e logar da acção

LITTERATURA. — Schneider, *Der Ort der begangenen Handlung*, diss., 1886; v. Lilienthal, *Festgabe der Juristischen Fakultät zu Marburg* etc., 1890, p. 253; v. Kries, 167: v. Bar, tratado, 235.

I. — A commissão. O conceito da commissão comprehende dois factos: o movimento corporeo como causa e o resultado como effeito. Logo que a causa e o effeito, o movimento e o resultado se separam no tempo e no espaço (os denominados *delictos distanciados)*, surge a dupla questão de saber *onde e quando a acção* (e portanto o crime) foi commettido?

Em rigor, a commissão deveria ser considerada como um todo indivisivel. O movimento corporeo e o resultado juntos é que formam a acção. A acção seria praticada no paiz sómente quando n'elle occorressem o movimento e o resultado; sómente estaria a acção sob o imperio de um preceito juridico quanto ao tempo, quando esse preceito tivesse applicação não só ao movimento, como ao resultado. Si o mo-

vimento corporeo se effectuou no paiz e o resultado occorreu no estrangeiro, a acção, considerada como unidade, não seria praticada no paiz nem no estrangeiro. A mesma razão prevaleceria, quando, depois de effectuado o movimento, mas antes de sobrevir o resultado, a legislação soffresse alteração (1).

Esta doutrina nos leva a resultados que de nenhum modo satisfazem, e forçoso é que nos contentemos com uma parte da acção. Tres alvitres se apresentam. Podemos considerar como decisivo, 1.° o movimento corporeo, 2.° o resultado, ou considerar 3.° como equivalentes um e outro (2).

Exemplo: uma machina infernal expedida de Bremen para New-York no 1.° de Junho mata o destinatario a 15 de Julho. Na primeira hypothese a morte foi commettida em Bremen no 1.° de Junho, na segunda a 15 de Julho em New-York; na terceira, no 1.° de Junho e a 15 de Julho em Bremen e em New-York.

Para sabermos qual d'estas tres alternativas merece a preferencia, devemos partir do facto incontestavel que, segundo o direito actualmente em vigor,

---

(1) Consultar sobre este ponto Ullmann, *Lehrbuch des Strafprocesses*, 1893, p. 187.

(2) Consideram decisivo o movimento corporeo v. Bar, Bekker, Hälschner, Hertz, Janka, v. Meyer, v. Rohland, Schütze, v. Wächter, Hancke, *Archiv für öffentl. Recht*, 4.°, 460, Planck, 1.°, § 18, nota 27, Seuffert, C. p., 1.°, 29. A praxe equipara ás mais das vezes os dous elementos da acção. N'este sentido especialmente o Trib. do Imp.; a ultima dec. é a de 17 de Junho de 1892, 23.°, 155 (« todo logar, em que o facto é executado, seja immediatamente pelo movimento corporeo do agente, seja pela força que elle poz em movimento »). Egualmente Berner, 248, Binding, 1.°, 416, Olshausen, § 3.°, 2 até 6, Wach, 1.°, 465, Bennecke, 84, v. Lilienthal, 270, van Hamel, 1.°, 207 e outros. A questão deve ter solução uniforme no direito penal e no direito processual; v. Kries, 167, v. Lilienthal, 257. Não pensam assim Binding,

o caracter da acção é determinado pelo resultado produzido. Não é a remessa de uma machina infernal, mas a mudança por esse facto operada no mundo exterior, que imprime á acção o cunho de um certo

---

Wach, Bennecke, v. Bar, 237, 238 (a). No sentido do texto especialmente Häberlin, G A., 35.°, 434, Merkel, 276, Neumeyer, *Strafbarer Bankerott*, 1891, p. 157. Tem-se tambem considerado toda a serie causal desde o movimento corporeo até o resultado como uma unidade e entendido que a acção é praticada em todos os logares por onde passa a linha que assignala o seu desenvolvimento. N'este sentido o Trib. sup. de Berlim, dec. de 12 e 19 de Maio de 84, 10.° 420, e tambem Binding, 1.°, 423 (b). Mas esta opinião é manifestamente insustentavel. Si uma carta injuriosa expedida de Londres por via de Ostende, Franckfort, Vienna, Pest, etc., chega ás mãos do destinatario em Constantinopla, certamente a injuria não foi commettida por toda parte do seu percurso. Binding, 1.°, 423, teve de abrir uma excepção ao principio sobre os crimes que elle denomina de *transito*.

(a) Segundo o C. de proc. p. da Allemanha, art. 7.° e 8.° (abstracção feita da hypothese do art. 9.°), o delinquente póde ser accusado no *forum domicilii* ou no *forum delicti commissi;* mas como o cod. não define o que seja logar do delicto, suscita-se a questão de saber qual o *forum del. com.*, quando o delinquente exerce a sua actividade em um logar e o resultado se produz em outro. Binding e Lilienthal entendem que esta questão de direito processual nada tem de commum com a de direito penal sobre o logar do delicto. Olshausen pondera que tal asserção é muito absoluta: as disposições processuaes servem para a realização do direito material, e portanto a lei do processo que admitte o *forum del. com.* deve partir dos mesmos principios estabelecidos pelo direito material sobre a efficacia da lei penal no espaço e o logar da pratica do crime. N. do trad.

(b) Dão-se tres possibilidades, diz Binding: o delicto é praticado inteiramente no paiz ou inteiramente no estrangeiro, ou em parte no paiz e em parte no estrangeiro. Esta terceira possibilidade é que suscita duvidas. Devem ser considerados os crimes comprehendidos na terceira hypothese como praticados no paiz ou como praticados no estrangeiro? Eis a sua solução: «é praticado no paiz todo crime que no todo ou em parte se desenvolveu no paiz.» N. do trad.

crime. Esta conclusão corresponde, sem duvida, melhor de que qualquer outra á missão do direito penal — a protecção de bens juridicos. Obtemos pois a seguinte these: *o autor age no logar e na epocha em que produzio o resultado.*

Mas esta these precisa ser explicada: *regulador é o resultado que, já separado do movimento corporeo, e portanto da vontade humana, se apresenta como um effeito em si independente.* Os resultados ulteriores, que decorrem da acção, não são tomados em consideração. O que regula é pois o logar e o tempo do ferimento mortal, e não o logar e o tempo em que a morte produzio-se (3).

II.— A mesma regra applica-se á omissão. O crime por omissão impropriamente dito é commettido no logar e no tempo em que o resultado aconteceu. No crime por omissão propriamente dito decidem o logar e o tempo em que a acção exigida pela lei devia ser effectuada.

III. — Applicações especiaes. (4)

1.° — O direito vigente considera e trata a instigação e a cumplicidade por assistencia (§ 49) como coparticipação em acto de outrem, e não como causação (ou não impedimento) do resultado, independente, posto que mediato. Sob este ponto de vista a resolução criminosa suscitada no animo do autor é o resultado da instigação e a facilidade a ella proproporcionada o resultado da cumplicidade por assistencia. Dahi resulta: no logar em que o instigado recebe o conselho, etc., o autor o auxilio, e no

(3) Em sentido contrario Wachenfeld, *Verbrechenskonkurrenz*, 32, v. Kries, 168.

(4) Em todas estas questões devem chegar naturalmente a outras conclusões aquelles, cuja concepção fundamental diverge da que é exposta no texto.

momento em que isto succede, nesse lugar e nessa epocha effectuam-se a instigação e a cumplicidade. Exemplo: A, residente em Pariz, dirige uma carta a B, residente em Berlim, remettida daquella cidade no 1.° de Janeiro de 1880 e entregue nesta a 3 do mesmo mez, e por ella determina B a assassinar C que se acha em Londres; si o facto foi praticado em Londres no 1.° de Fevereiro de 1880, a instigação effectuou-se em Berlim a 3 de Janeiro.

Consequentemente o auxilio prestado no paiz para um crime commettido no estrangeiro, póde-se considerar como prestado no estrangeiro, mas não é de necessidade que assim se considere.

2.° — Quando, porém, o facto é praticado por intermedio de um terceiro incapaz de imputação, ou imputavel, mas illudido ou coagido, regulam o logar e a epocha do crime praticado pelo individuo que servio de instrumento. Si eu induzir um imbecil a subtrahir um objecto existente além da fronteira, sou eu o autor da subtracção operada além da fronteira. Dá-se neste caso, segundo a concepção do direito vigente, *acto proprio* do culpado, e não co-participação em acto alheio (adiante, § 50, II).

3.° — Com relação á tentativa punivel, deve ser logicamente applicada a regra geral. Como é o facto de pôr em perigo que constitue o caracter especial da tentativa (adiante, § 45), o acto respectivo é praticado no logar e na epocha em que o perigo se dá.

4.° — Uma serie de actos que deva ser considerada como uma unidade segundo o direito — por exemplo, o crime contínuo ou o continuado (adiante, § 55) — não póde ser, no concernente ao ponto em questão, desmembrada em suas partes, pois que estas não são entre si independentes. O crime é praticado durante toda a duração da serie e onde quer que foi effectuada uma de suas partes. Si succeder diver-

girem o direito nacional e o estrangeiro, deve-se decidir a favor do primeiro, e, havendo divergencia entre o direito antigo e o novo, a favor do menos rigoroso. (As diversas jurisdicções competentes tem todas o mesmo direito.)

5.° — Sobre a influencia que exerce uma *condição de punibilidade*, ver adiante o § 43.

6.° — Nos delictos de imprensa regulam o logar e a epocha da publicação do impresso (5).

---

(5) Cons. v. Liszt, *Pressrecht*, § 45, v. Lilienthal, 282; em sentido contrario o Trib. do Imp., dec. de 17 de Junho de 92, 23.°, 155.

# II — O CRIME COMO ACÇÃO ILLEGAL

## § 31. — A illegalidade como caracteristico da idéa

I. — Como injusto, o crime, do mesmo modo que o delicto civil, é *illegal*, ou por outros termos é a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito prohibitivo ou imperativo da ordem juridica (1). Mas essa illegalidade póde revestir fórmas diversas.

1.° — Convertendo os interesses da vida humana em bens juridicos, isto é, em interesses juridicamente protegidos, o direito prohibe, sem que se faça mister uma declaração expressa (2), toda lesão ou offensa de taes interesses (3).

---

(1) O crime é illegal, mas não produz illegalidade. Isto é tão certo como a these que os caracteres do conceito de um objecto são cousa diversa dos effeitos que esse objecto produz. Entretanto esta reação tão simples quanto clara tem sido falsamente concebida. Na theoria dos *Normas* de Binding uma tal confusão é o ponto de partida de uma serie de erros fecundos em consequencias. Vêr acima o § 28, nota 4.

(2) Esta these é a mais das vezes desconhecida no direito civil, e o é egualmente pelo projecto do C. civil. Cons. Liszt, *Grenzgerechte*, 34. Tambem a theoria dos Normas de Binding assenta sobre o desconhecimento desta simples verdade (vêr acima o § 12, nota 2). É da essencia da norma a promessa da protecção do direito, o reconhecimento de um interesse da vida humana como bem juridico.

(3) É claro que as expressões *offender e pôr em perigo*, que rigorosamente tomadas se referem a factos externos, são aqui empregadas

2.° — Por declaração especial, o direito prohibe tambem, dados certos requisitos e dentro de certos limites, que se *ponham em perigo* (ver acima o § 27, III) os interesses juridicamente protegidos.

3.° — Finalmente o direito prohibe (ou exige), e ainda por disposição expressa, a pratica (ou a abstenção) de uma acção determinada, porque o effectual-a (ou o não effectual-a) envolve *ordinariamente* perigo para um bem juridico, pouco importando saber si, no caso dado, a acção corresponde ou não a este geral presupposto. Considere-se o preceito prohibitivo concernente á marcha precipitada de carros e de cavalleiros, ou o preceito imperativo sobre lagartas, vacinas, etc.

Este ultimo grupo comprehende, em opposição ao injusto criminal, o *injusto policial*, a simples desobediencia ([4]) ([a]).

II.—Só excepcionalmente e por *causas especiaes*

---

em sentido figurado. *Offensa do direito* é apenas uma imagem. Offendidos e postos em perigos são somente os homens ou as cousas, como sujeitos ou objectos em que o interesse se concretisa.

([4]) Esta distincção, cujo aperfeiçoamento é possivel e desejavel, tem grande importancia no direito processual vigente, mas não no direito penal.—Em relação á discriminação concordam no essencial com o texto Merkel, diss., 1.°, 35, Binding, *Normen*, 1.°, 179, 204, Hälschner, 1.°, 35, Rosin, W V., 2.°, 274, Stooss, *Grundzüge*, 1.°, 170, tambem Loock (litteratura indicada no § 28), 210. Tem sido porém muitas vezes inteiramente contestada por Bekker, Heffter, v. Bar, toda distincção entre o injusto criminal e o injusto policial; a escola do direito natural e tambem Feuerbach, v. Wächter e outros, limitava o injusto criminal á offensa de direitos subjectivos e comprehendia no injusto policial a offensa de interesses geraes; outros, como Grolmann, Köstlin, Seeger, Geyer, consideram a offensa como injusto criminal, e o facto de pôr em perigo como injusto policial; v. Meyer, toma para base de sua distincção a maior ou menor importancia da acção.

([a]) Sobre a interessante questão da distincção entre o injusto criminal e o injusto policial (o crime e a contravenção), notam-se na sciencia allemã

é licita a lesão de interesses juridicamente protegidos. A doutrina sobre a illegalidade do crime não é mais do que a exposição das causas que por excepção tiram ao crime o caracter da illegalidade. Tal será o assumpto dos paragraphos seguintes. Aqui anteciparemos alguns principios.

---

tres principaes grupos de opiniões. 1.° — O primeiro grupo, representado por Becker, Geib, Heffter e recentemente por v. Bar, contesta toda distincção *a priori* entre um e outro. O delicto policial, cuja discriminação tem sido na historia do direito penal positivo tão incerta e variavel, é, em ultima analyse, uma acção immoral em gráo diminuto e por isso punivel com penas leves. Esta distincção porém tem importancia no ponto de vista do direito positivo: como os delictos policiaes não podem pertencer ao numero d'aquelles que atacam as bases permanentes da coexistencia humana e por isso a sua qualificação depende muito mais de circumstancias transitorias e até de meras necessidades e relações locaes, com razão a lei separa da parte indispensavel e estavel do direito penal a parte menos imperiosa, e por assim dizer, fluctuante. 2.° — Um outro grupo de opiniões designa o injusto criminal como offensa do direito e lhe contrapõe o injusto policial como acção punivel, que não constitue uma offensa d'esta natureza. Esta concepção foi desenvolvida sob dois aspectos. A 1ª direcção, que é especialmente representada por Feuerbach e se prende a intuições da escola do direito natural, vê o injusto criminal na offensa do direito subjectivo (do cidadão ou do Estado). Da prohibição de actos que em si não são illegaes, mas que offendem interesses geraes da collectividade, resulta a idéa do injusto policial. A consequencia d'esta theoria é a classificação de um grande numero de delictos (por exemplo, todos os da carne, segundo Feuerbach) no injusto policial. A 2ª direcção assignala, como contraposição á offensa do direito, o pôr o direito em perigo, e considera como injusto policial todos os actos que simplesmente o compromettem (Kostlin). 3.° — A nova theoria, que tende a predominar, representada por Merkel, Hälschner, v. Liszt, Olshausen, Rosin, vê a differença especifica na offensa do bem juridico, e este não é identico com o direito subjectivo, nem o tem necessariamente por objecto. Por offensa entende-se já a lesão immediata, pela qual o bem é destruido ou soffre diminuição no seu valor, ou o perigo *in concreto*

I.—A illegalidade do crime subentende-se, não precisa que a lei expressamente a assignale. Só em casos especiaes o legislador contempla na qualificação de certos crimes o caracteristico da illegalidade, (5) e por isso mesmo esta circumstancia deve ser expressamente declarada na sentença. A razão

---

e precisamente determinado pela lei, por exemplo, o perigo «para a vida ou para o corpo,» mediante exposição ou abandono de uma pessoa incapaz de valer-se. A's normas que prohibem a offensa e o perigo *in concreto* contrapõem-se as que prohibem certos actos, porque elles envolvem *in abstrato* a possibilidade de um perigo para certos bens juridicos. Em taes casos esse perigo possivel é o unico motivo da norma. Os «delictos de lesão» (*Verletzungsdelikte*) e os «delictos de periclitação» (*Gefährdungsdelikte*) pertencem ao *injusto criminal*, e os «delictos de desobediencia» (*Ungehorsamsdelikte*) ao *injusto policial*. Binding não quer fazer uso da denominação injusto policial para designar o contraste em questão, porque a prevenção, que é o caracteristico da idéa de policia não lhe parece adequada para assignalar a differença entre uma e outra categoria de delictos. A isto responde Rosin, que a policia tem a sua essencia, não no fim indeterminado da prevenção, e sim na fórma juridica da limitação da liberdade individual a bem do interesse commum, pelo que lhe parece absolutamente justificado designar-se como policial o injusto que, sem lesão de bens juridicos e sem outro caracteristico, apresenta-se sob a fórma de mera transgressão de preceitos policiaes (Rosin, l. c.).

—O C. p. all. não distingue o injusto policial como uma especie do injusto; as contravenções, de que trata o cap. 24, caracterisam-se sómente pelas penas.— A definição dada no art. 8 do nosso C. p corresponde ao conceito do injusto policial, como mero delicto de desobediencia. Mas o Cod. não observou a sua propria definição na qualificação das contravenções, e tomou afinal para criterio da distincção entre crime e contravenção a pouca importancia ou gravidade da infracção, como mostra um simples exame do liv. 3º. N. do trad.

(5) Vêr os arts. 123, 124, 239, 240, 246, 291, 303, 305, 339, 353 a e outros do C. p. (b)

(b) Ver, entre outros, os arts. 104, §§ 2 e 6, 156, 159, 198, 239 do C. p. N. do trad.

por que o legislador procede de um modo anormal com relação a esses crimes póde ser encontrada, 1.° em que a respeito d'elles a discriminação entre os casos não illegaes e os casos illegaes offerece incomparavelmente maiores difficuldades do que quiçá no homicidio ou no estupro; 2.° em que a lei imperial confere ao legislador local a attribuição de permittir a pratica de taes acções (jogos de azar, etc., etc).

2.° — Quando é dirimida a illegalidade da acção, não se dá crime, e portanto é idéalmente impossivel uma coparticipação punivel em tal acção.

3.° — A acção em si não illegal, em excedendo os limites estrictamente traçados á exclusão excepcional de sua illegalidade, fica sujeita ás regras geraes relativamente a esse excesso, em tanto quanto elle é susceptivel de discriminação. A offensa physica ou o homicidio, resultante do excesso de um poder disciplinar, quer este tenha sido excedido quanto ás condições do seu exercicio, quer quanto ao seu objecto ou a sua extensão, pode como acção dolosa ou culposamente commettida, ser punida conforme as disposições ordinarias do C. p. Sobre a disposição especial concernente ao excesso da legitima defesa, cons. adiante o § 32, III.

4.° — Abstracção feita dos casos excepcionaes a que se refere o numero 1°, a illegalidade da acção deve ser examinada e verificada de um modo rigorosamente objectivo, sem se ter attenção ao erro em que acaso laborasse o agente. Cons. a este respeito adiante o § 40.

III — O reconhecimento do principio que a illegalidade é um dos caracteres da idéa do crime e a comprehensão mais exacta das circumstacias excepcionaes que tiram á acção o caracter de illegal são a resultado de um lento e ainda não acabado desenvolvimento. O direito romano admitte varios casos especiaes que pertencem a esta categoria, entre

os quaes se destacam a legitima defesa, a extrema necessidade, o direito de matar o ladrão nocturno e o adultero apanhado em flagrante; mas debalde procuraremos ahi uma regra geral. Mesmo a concepção dos casos expressamente mencionados é entre os juristas romanos, no ponto de vista dos principios, completamente vacillante e até ás mais das vezes positivamente erronea: considera-se excluida, não a illegalidade, mas a punibilidade da acção, porque falta o necessario dolo. O mesmo se dá com o direito da edade media allemã. Ao lado de uma regulamentação cada vez mais minuciosa da legitima defesa nas fontes da edade media ulterior e da individualisação de alguns casos de extrema necessidade, cabe a principal importancia ao direito de matar reconhecido em larga escala. Tal é tambem o ponto da vista da sciencia italiana da edade media, da Carolina, e do direito commum que sobre ella se construe, comquanto alguns escriptores, como J. F. S. Böhmer, distingam, pelo menos com relação ao homicidio, entre a exclusão da illegalidade e a falta de dolo. Só a legitima defesa é que pelos fins do seculo passado cessou de vincular-se ao homicidio; foi, como idéa, exactamente definida e collocada na parte geral tanto dos codigos como do systema scientifico. Seguio-se a extrema necessidade, sem que porém até aqui tenha chegado a uma conclusão satisfactoria. As demais causas de exclusão em sua quasi totalidade esperam que sejam explicadas como idéas. Os legisladores abstem-se de determinal-as, e a sciencia deve confessar que as suas conclusões sómente em parte se acham bastante amadurecidas para serem utilisadas pela lei (d).

(d) Entre as disposições geraes do *C. crim.* de M. Freire (tit. 2) á se encontram a legitima defesa, a extrema necessidade e varias outras causas geraes que excluem a illegalidade da acção. N. do trad.

O resultado pouco satisfactorio, que nos offerece o desenvolvimento historico da doutrina, reflete-se no C. p. imp. Tambem este trata a doutrina da illegalidade de um modo que denota falta de logica na intimidade do systema. A respeito sómente de uma acção punivel (a injuria, art. 193) enumera uma serie de circumstancias, que aliás excluem a illegalidade não só ahi, senão tambem geralmente onde occorrem; inclue na qualificação de certos crimes o caracteristico da illegalidade, ao passo que na maior parte das suas qualificações abstem-se de fazer a mesma exigencia; finalmente regulamenta na parte geral a legitima defesa e a extrema necessidade, mas abstem-se de regulamentar outros casos numerosos e importantes, em que é dirimida a illegalidade da acção ou omissão.

## § 32 — A legitima defesa

LITTERATURA. — Levita, *Recht der Notwehr*; Geyer, *Lehre von der Notwehr*, 1857; Seeger, diss., 1º, 1858, p. 173; Janka, *Der Strafrechtliche Notstand*, 1878; Moriand, *Du délit nécessaire*, 1889; van Calker, Z., 12º, 443; Dangelmaier, *Militärrechtliche und militärethische Abhandlungen*, 1892, p. 120 (legitima defesa da honra) — Sobre o direito romano, Pernice, *Labeo*, 2º, 21; sobre as fontes da Bamberguense, Brunnenmeister, 177; vêr tambem Pfenniger, *Strafrecht der Schweiz*, 52 e em outros logares. Sobre apparelhos de defesa, Rotering, G A, 30º 415; Sommerlad, Z S., 39º, 359.

I. — Em todos os tempos e em todos os povos, a legitima defesa tem sido reconhecida, posto que com maior ou menor amplitude, como acção conforme ao direito, e não simplesmente como acção não punivel. Neste sentido tem razão Cicero, quando nos fala de uma « non scripta sed nata lex », ou Geib, quando diz que « a legitima defesa

não tem historia ». Um exame mais acurado porém mostra que a legitima defesa encontra no direito escripto a historia, tão notavel quanto rica, do seu desenvolvimento. O direito romano nos offerece, na verdade, numerosos textos, que se occupam com a repulsa violenta da aggressão violenta, mas nota-se que lhe falta a idéa geral da legitima defesa. Tambem no antigo direito allemão a legitima defesa ainda não se desprendera da vingança e do direito de matar; mas já na edade média ulterior, tanto a sciencia italiana, como a litteratura juridica popular da Allemanha, os direitos municipaes e as compilações nos offerecem uma tão completa e bem acabada exposição da legitima defesa, como não se encontra egual em alguma das demais doutrinas geraes do direito penal. Assim Schwarzenberg pôde, com a precisão e a largueza de um tratado, não sómente fixar a idéa da legitima defesa e regular a producção da prova, senão tambem resolver questões especiaes, como a da legitima defesa contra « uma mulher», e (cingindo-se á l. 45, § 4.°, D, 9, 2) o desvio do golpe no caso de defesa (art. 139 a 145 e 130). Quanto ao mais Schwarzenberg, como toda a edade média, só admitte a legitima defesa para a protecção do corpo e da vida e a trata como um caso de homicidio impune. O direito commum allemão vae successivamente extendendo a legitima defesa á aggressão contra outros bens juridicos, e especialmente contra o patrimonio e a honra (neste sentido Böhmer, Engau, Kock e outros) e procura fixar exactamente os caracteres da idéa respectiva. Pelos fins do seculo passado a legitima defesa, que até então costumava-se tratar em relação com o homicidio, desprendeu-se desta ligação e passou a occupar o logar que lhe compete na parte geral do systema. Foi assim tratada por Globig e Huster em 1783, Erhard em 1789, Tittmann em 1798. A autoridade

de Feuerbach assegurou o triumpho a esta concepção, que a legislação (com excepção da franceza) adoptou tambem, depois que o *Landrecht* prussiano, II, 20, 517, collocára a legitima defesa na introducção dos « crimes particulares ».

II. — Legitima defesa (1) (C. p., art. 53). Assim se chama a *defesa necessaria para a repulsa de uma aggressão actual e illegal, mediante offensa de interesses juridicos do aggressor.*

1.° — A aggressão deve ser :

*a*) *Illegal.* Por isso a legitima defesa não é possivel contra o funccionario publico, que está exercendo legalmente a sua funcção ou contra a pessoa que exerce um poder disciplinar; não é possivel contra o acto mesmo da legitima defesa ou contra a acção não illegal praticada em caso de extrema necessidade (ver o § 33, nota 2). A repulsa é porém licita, desde que um excesso converte em illegitimo o ataque em si legitimo, e consequentemente é tambem licita, dado um excesso da legitima defesa. Aggressões illegaes por parte de pessoas, como o chefe do Estado, o representante do povo, o embaixador (acima § 23), a respeito das quaes militam circumstancias meramente pessoaes, que excluem a pena, constituem tambem o aggredido em estado de legitima defesa. A aggressão que procede de um animal ou de individuo incapaz de imputação, tambem a provoca; pois comquanto tal aggressão não seja delictuosa (illegalidade culposa), todavia não é licita, isto é, attenta

(1) A expressão *Notwehr* (legitima defesa) encontra-se pela primeira vez, segundo Geyer, no direito municipal de Vienna de 1221, mas em todo caso é mais antiga. Ver tambem a *paz publica* de 1235: « ... nisi in continenti ad tutelam corporis sui vel bonorum suorum vim vi repellat, quod dicitur *notwehr* ». — O art. 124 do C. p. mil. encerra uma ampliação da idéa de legitima defesa.

contra interesses que o direito protege (illegalidade objectiva). A opinião contraria deveria limitar a defesa em tal hypothese á repulsa da aggressão contra a pessoa e a vida (C. p., § 54) (2) (a). Si a aggressão foi ou não prevista, si houve ou não culpa por parte do aggredido, é indifferente, segundo o direito actual (b).

---

(2) Muito controvertido. No sentido do texto entre outros Wahlberg, *Schriften*, 3.°, 77, v. Buri. G S., 31.°, 471, Göb, G A., 28, 184, Binding, 1.°, 738, Olshausen, § 53, 6, Hubrich, G S., 46.°, 220, van Hamel, 1.°, 222, especialmente Sommerlad, G A., 34.°, 329; em sentido contrario a opinião predominante, especialmente Hälschner, 1.°, 479, Janka, 116, v. Meyer, 331, Schütze, 113, Stammler, *Notstand*, 2.°, Ziebarth, 348. — Merkel, 163, admitte a legitima defesa contra os loucos, mas não contra os animaes.

(a) Trata-se de saber si, quando a aggressão parte de um animal ou de um incapaz, o aggredido acha-se em estado de legitima defesa ou em estado de extrema necessidade, questão que tem importancia no direito allemão, porque as condições de uma e de outra e o auxilio que póde ser prestado por terceiros não são regulados do mesmo modo em ambos os casos. Binding pronuncia-se, como o autor, a favor da legitima defesa. « Admittindo-se, diz elle, que a aggressão de pessoas incapazes colloca sómente em estado de extrema necessidade, chega-se a deploraveis consequencias. Si o louco atacar o seu medico ou o seu guarda, uma pessoa estranha não poderá vir em soccorro do aggredido; si um menino puzer fogo á casa, mas não houver perigo para o corpo ou a vida de alguém, o proprietario não terá direito de defesa. Ignorando o atacado si o aggressor está ou não no goso de suas faculdades mentaes, deverá informar-se primeiramente para então, *causa cognita*, fugir ou resistir. Estes absurdos não encontram o minimo fundamento no antigo nem no direito actual.» Merkel (Compendio, p. 163), segue uma opinião média, admittindo a legitima defesa contra o incapaz, « mas não contra o cão, salvo si fôr açulado. » O art. 32, § 1 e 2. do nosso C. p. póde suscitar as mesmas duvidas. N. do trad.

(b) O facto de dar o aggredido causa (dolosa ou culposamente) á aggressão não exclue a illegalidade desta, segundo a doutrina corrente fundada no silencio do C. p. allemão. Dahi resulta que cabe

*b*) *Actual*, isto é, a aggressão deve estar imminente ou já ter começado. Não é pois necessario aguardar o começo da aggressão (3), bem como póde ser repellida a aggressão já começada, emquanto continúa.

A legitima defesa não é, pelo contrario, admissivel:

*a*) contra uma aggressão futura. Medidas de protecção contra offensas futuras, como estrepes, armas automaticas, armadilhas, etc., são licitas, uma vez que funccionem sómente no momento do ataque, e não excedam (o que ás mais das vezes succederá) os limites da defeza necessaria (4).

*b*) Contra a aggressão finda, isto é, logo que, segundo as disposições do direito vigente, dá-se a consumação do crime. Como o furto se consuma, não com a apprehensão, mas com a cessação da custodia da cousa, é licita a legitima defesa contra o ladrão que foge, emquanto a custodia da cousa por parte do offendido não cessou de todo (5) (c).

---

o direito de legitima defesa tambem áquelle que provocou a aggressão na intenção de matar o aggressor. Olshausen, § 53, 7. O nosso C. p., art. 34 n. 4, é nesta parte mais previdente. N. do trad.

(3) Não é necessaria a *læsio inchoata*. Art. 140 da Carolina: «tambem não é obrigado a esperar o golpe para então resistir». A Bamberguense accrescenta (seguindo a Azo): «como as pessoas não avisadas suppõem.»

(4) O C. p, art. 367, n. 8, commina penas proprias da contravenção contra a collocação de armas automaticas, etc. (nos logares publicos ou habitados).

(5) Si a custodia cessou, póde ser permittido o desforço (adiante § 34, II, 1). Divergem com a maior parte dos escriptores Lammasch, o Trib. do Imp., Herzog e outros (Olshausen, § 53, 9) que, apezar da redacção da lei vigente, consideram a aggressão como continuada até que se produza o «mal do delicto».

(c) A mesma doutrina é seguida por Hälschner (a legima defesa tem o seu limite, não no crime consumado, mas no damno consu-

*c*) Deve attentar contra um bem juridico qualquer, isto é, contra um interesse juridicamente protegido. A lei não distingue entre os bens juridicos. A legitima defesa é tão admissivel para a protecção da honra, do sentimento moral ou religioso, dos direitos politicos, como contra o crime de moeda falsa, o de traição ao paiz, etc. ([d])

2.° — A defesa:

*a*) deve ser dirigida contra o aggressor mesmo, e não contra terceira pessoa; a offensa dolosa ou culposamente feita a terceiros a titulo de defesa só

---

mado, 1.°, 479), Binding (emquanto subsiste o perigo de que, no furto, a cousa seja definitivamente subtrahida ao poder do dono, o ataque é actual e licita a legitima defesa, 1.°, 746) e Merkel (em certas circumstancias o ataque póde parecer continuado, quando já o crime consumou-se, como no furto o ataque contra a propriedade alheia. Quando a victima do furto persegue immediatamente o ladrão depois da consumação do furto e toma-lhe violentamente a cousa furtada, o seu acto é justificado pela legitima defesa; pois, comquanto o furto já estivesse consumado, o ataque contra a propriedade não pertence ao passado, emquanto o ladrão não põe a cousa furtada em segurança — p. 163). Sem prolongar a defesa além da consumação do crime, o autor chega ao mesmo resultado, pelo menos quanto ao furto, porque, fundando-se na definição legal d'este, não o considera consumado pela apprehensão, mas pela definitiva subtracção da cousa á custodia ou guarda do dono. N. do trad.

([d]) A opinião commum dos criminalistas allemães é que a legitima defesa cabe contra todo ataque á pessoa, á vida, á honra e ao patrimonio, e que por ataque se entende toda invasão na esphera juridica de outrem. Olshausen, § 53, 5. «A legitima defesa, diz Binding, serve para proteger todos os sujeitos de direitos e todos os bens juridicos». Elle a admitte por parte de particulares contra espiões inimigos (art. 80, n. 5 do C. p. all.), contra quem trae segredos do Estado (art. 92, n. 1), contra a mãe que tenta abortar (art. 218) etc. Com esta amplitude, «não está longe o perigo de que do direito de legitima defesa derive um direito geral de impedir o crime». *Handb.*, p. 737 e nota 22. N. do trad.

póde ficar impune, como acto de extrema necessidade (6) (e).

*b*) não póde exceder os limites da repulsa absolutamente necessaria. A medida da repulsa ou a « defesa necessaria » *(moderamen inculpatæ tutelæ)* é dada pela violencia da aggressão. Si não fôr possivel repellir a aggressão por outra fórma, o mais insignificante bem juridico póde ser protegido com a morte dada ao aggressor. A possibilidade de uma fuga vergonhosa ou perigosa não exclue a legalidade da defesa; mas a defesa deixa de ser legal, si é possivel escapar á aggressão sem ignominia ou sem perigo (7).

---

(6) Assim a perturbação do culto communal não é mais defesa da honra contra o ecclesiastico. Van Calker, pelo contrario, considera o acto de defesa, isto é, o acto dirigido contra o aggressor como legitima defesa, ainda quando offenda a terceiros, mas elle mesmo reconhece a p. 472 quanto é arriscada a sua opinião. Banke defende a boa doutrina no seu escripto (aliás quanto ao mais completamente confuso): *Die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber beleidigenden Aeusserungen seitens des Geistlichen während des Gottesdienstes*, 1894 (d).

(e) A defesa não póde offender direitos de terceiros ou da collectividade; quando isto aconteça, têm applicação as regras geraes, e portanto só se deve admittir a impunidade, dando-se um caso de extrema necessidade. O Trib. do Imp., porém, em uma dec. de 24 de Nov. de 1890, afastou-se d'esta doutrina, considerando irrelevante a circumstancia de ter o offendido perturbado com os seus gritos a attenção da assembléa parochial. Ver Olshausen, § 53, 12. N. do trad.

(7) Ver o art. 140 da Carolina. Egualmente (no essencial) a dec. do Trib. do Imp. de 13 de Maio de 87, 16.°, 69, que está de accôrdo com a praxe prussiana. E' inteiramente arbitraria a asserção de Banke, 32, segundo a qual nas aggressões que evidentemente não se dirigem de um modo intencional e publico contra a ordem juridica, não se possa dar uma grande desproporção entre o bem juridico atacado e o offendido (pela defesa). Contra a illimitada admissão do direito de legitima defesa se pronunciam Geyer, 1.°, 82, Getz na justificação do

*c*) A legitima defesa é não sómente permittida para a protecção de bens proprios, senão tambem como soccorro prestado em caso de necessidade para a protecção de bens alheios. A limitação da legitima defesa ao caso em que o ameaçado é um parente (como no caso de extrema necessidade, adiante § 33) não se encontra no nosso direito.

III. — Logo que são excedidos os limites da defeza necessaria, o excesso, como acção illegal, fica sujeito ás regras geraes. Mas, segundo o art. 53, 3.° al. do C. p., o aggredido não é punivel, quando, por *perturbação*, *medo* ou *terror*, exceder os limites da legitima defesa. Neste caso dá-se, na verdade, uma acção em si punivel, mas dá-se tambem ao mesmo tempo uma causa ou circumstancia pessoal de exclusão de pena ([8]). Esta isenção não pode ser ampliada a outras causas de excesso na defesa que a lei não contempla, e nomeadamente ás chamadas « emoções positivas ou esthenicas » não mencionadas, como a colera, o amor para com a pessoa aggredida em um caso de soccorro etc.

---

projecto norueguense, Lammasch, G S. 44, 191, Stooss, *Grundzüge*, 1.°, 256, Moriand, *Délit nécessaire*, 300 e outros ([7]).

([7]) Como deve-se apreciar a relação entre o ataque e a repulsa, de um modo objectivo ou segundo a concepção subjectiva do aggredido? A opinião commum pronuncia-se pela primeira solução (Olshausen, n. 11), e pela segunda Binding (o legislador deve considerar a defesa como necessaria, em tanto quanto o individuo a aprecia como homem criterioso), Berner (cada um tem o direito de defender-se conforme a medida de sua individualidade), v. Wächter (o momento do perigo deve ser apreciado completamente do ponto de vista de quem se achava sob a pressão d'elle) e outros. Considera-se geralmente, porém, indifferente que a defesa necessaria para a repulsa do ataque esteja ou não em relação com o bem defendido. « A extensão do direito de defesa é independente do valor do bem atacado ». (Binding). N. do trad.

([8]) Sobre o erro concernente á illegalidade da aggressão ver adiante o § 40, nota 7.

## § 33. — A extrema necessidade

LITTERATURA. — Geyer, *Opusculos*, 297; Stammler, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes*, 1878; Janka, *Der strafrechtliche Notstand*, 1878; Simonson, Z., 5º, 367 (o caso Mignonette) e Z., 5º, 650; Göb., G A., 28, 183; Pernice, *Labeo*, 2º, 16; Tuhr, *Der Notstand im Zivilrecht*, 1888; Moriand, *Du Délit nécessaire et de l'état de necessité*, 1889.

O desenvolvimento da idéa da extrema necessidade tem permanecido até o presente aquem do desenvolvimento da legitima defesa. O direito romano contempla alguns casos (*lex Rhodia* e outros) (a); as fontes allemães mencionam as necessidades do peregrino (b) e da mulher gravida, o pequeno furto de viveres e outros casos (Espelho da Saxonia, 2.º, 68); e o direito canonico, apezar da apparente generalidade dos seus preceitos (*necessitas non habet legem*), não foi além de disposições especiaes e incompletas. A Carolina, art. 166, tratando do «furto commettido em caso de real penuria por quem foi impellido pela fome a furtar algum mantimento para salvar-se ou para salvar sua mulher ou seus filhos», manda consultar os jurisperitos (ver tambem o art. 175).

O direito commum, apezar de ter muitas vezes tentado generalisar a idéa, adiantou tão pouco a questão quanto a legislação nos fins do seculo passado e no começo do seculo actual. O *Landrecht*

(a) Ver os interessantes textos do direito romano: l. 7, § 4.º, D. 43, 24, l. 3, § 7.º, 47, 9, l. 49, § 1.º, 92, l. 14, pr., 19, 5, l. 1, 48, 21, l. 2, Cod., 9, 16. N. do trad.

(b) Em Portugal uma lei de D. Affonso III de 1251 autorisava o caminhante a tomar por força nos logares ermos o necessario para a conservação da vida, não o podendo haver por outro modo. M. Freire a reproduzio no § 18 do tit. 2.º do seu *Cod. Crim.* N. do trad.

prussiano, art. 1115, dispunha ainda que, si alguem furtasse alguma cousa para salvar a si ou a outrem de um perigo imminente concernente á pessoa ou á vida, o juiz levasse o caso ao conhecimento do governo afim de ser o agente agraciado. O Cod. penal francez de 1810, art. 64, e o Cod. prussiano de 1851 só mencionam o constrangimento psychico resultante da ameaça; o cod. bavaro de 1861 os imitou. O C. p. imp., além do *constrangimento*, admittio a *extrema necessidade* propriamente dita, mas partio a unidade da idéa, tratando duas subdivisões de um modo essencialmente diverso. O cod. hollandez, art. 40, e o projecto russo, bem como o norueguense, abriram um novo caminho, com restabelecerem a unidade da idéa, ao que o ultimo accrescentou a distincção, digna de attenção, entre a salvação da vida e a de outros bens. E' notavel a redacção do projecto austriaco: « a lei penal não tem applicação a actos praticados em uma situação de extrema necessidade que de outra fórma não possa ser remediada, tendo o agente por fim afastar de si ou de outrem um damno imminente e *fóra de proporção* que ameaçasse o corpo, a *liberdade* ou os *bens* » (*).

Debalde procuramos tanto na sciencia como na legislação a idéa em questão desenvolvida com precisão e de um modo correspondente ás necessidades do direito. Depois que foi abandonada a intuição

(*) Mais completa nos parece a formula do projecto do cod. suisso (art. 16): « aquelle que, para livrar-se ou para livrar outrem de um perigo imminente, que não possa ser evitado de outro modo e ameaçe a vida, a integridade do corpo, a liberdade, a honra, a propriedade ou algum outro bem, praticar um acto qualificado pela lei penal, não incorrerá em pena, si cumprio um dever ou *cedeu ao instincto de conservação, ou si o valor do bem salvo era muito superior ao do bem sacrificado.* Nos outros casos, o juiz poderá attenuar livremente a pena. N. do trad.

da escola antiga do direito natural, segundo a qual no estado de necessidade a ordem juridica mesma parece suspensa (neste sentido Grocio, Pufendorf, Wolff, Fichte, Grolmann, v. Wächter), veio a predominar na sciencia e na legislação a doutrina de Kant, seguida por Feuerbach, e por numerosos juristas italianos e francezes, e ainda presentemente representada por alguns escriptores allemães (1), de que o constrangimento irresistivel causado pela extrema necessidade exclue a imputabilidade. Actualmente esta doutrina pode ser considerada como geralmente abandonada; mas tambem a idéa de um direito de necessidade, tal como é sustentada especialmente pelos hegelianos Köstlin, Hälschner, Berner, e ainda por Binding, v. Meyer e outros, não pode ser mantida sem uma exacta discriminação de casos.

A verdadeira concepção deve partir desta consideração: é da essencia da extrema necessidade o conflicto de interesses licitos, cada um dos quaes só pode ser conservado á custa do outro. Si ao interesse posto em perigo é sacrificado um interesse de egual valor (vida contra vida), falta ao direito, de um lado, o poder e, do outro, a ensancha para intervir, inflingindo e executando penas. O legislador não prohibe a acção que não quer punir; limita-se aqui, como em outros casos, a ter em conta os factos; tolera o que não pode mudar, e regula o que deve tolerar. Não confere ao individuo que corre perigo um direito de necessidade, mas deixa-lhe o campo livre. Deve pelo contrario ser considerada como conforme ao direito a conservação do interesse de maior valor á custa do interesse menos valioso

(1) Especialmente por Geyer, l.°, 106. Semelhantemente Löning, 25, Birkmeyer, *Kausalität*, nota 118, Ziebarth, 341. Em sentido contrario. Binding, l.°, 174.

(vida contra fortuna), e como illegal e punivel o caso inverso. Mas, emquanto o direito vigente não sanccionar esta distincção, a sciencia é forçada a formar uma concepção uniforme a respeito dos casos de extrema necessidade.

II.—Segundo o direito em vigor, a *extrema necessidade ou o estado de neceseidade* é a *situação de perigo actual para a vida ou para a integridade do corpo que somente pode ser removida pela lesão de interesses licitos de outrem*, pouco importando que essa situação tenha sido produzida por forças naturaes ou por acto de terceiro. O *acto* de extrema necessidade apresenta-se, pois, como salvaguarda de interesses proprios postos em perigo immediato com lesar interesses licitos de outrem, e só se distingue da idéa mais ampla da legitima defesa («fóra dos casos de legitima defesa», art. 54 do C. p.) em que não se dirige contra um aggressor injusto (acima § 32, nota [6]) ([b]).

---

([b]) Confrontado com a definição do autor, o conceito do nosso C. p. a respeito da extrema necessidade é, por um lado, muito estreito, e, por outro, muito largo. E' estreito, em tanto quanto só isenta de pena o que pratica o crime *para evitar mal maior*. Incorre, portanto, em pena o que praticar o crime para evitar *mal egual*, o que, por exemplo, sacrificar a vida de outrem para salvar a propria (e fica assim fóra do estado de extrema necessidade o caso typico, de todos o mais imperioso!). E' muito amplo, porque a formula dada pela lei comprehende, como extrema necessidade, não só a situação que resulta do conflicto entre interesses licitos de diversas pessoas, como a que resulta do conflicto entre interesses licitos e deveres juridicos ou somente entre deveres juridicos do mesmo individuo. O carcereiro que, ameaçado de morte, entrega aos presos as chaves da prisão para salvar a vida, o individuo que deixa de cumprir um dever, cuja violação constitua um crime, para poder cumprir um dever superior, *praticam crimes para evitar mal maior*. Nesta parte o C. p. aproxima-se da idéa de Binding, que assim define a extrema necessidade: «a situação em que se acha

Exemplos: para buscar a agua com que apaguem o incendio, os interessados precipitam-se para o rio atravéz de um campo semeado. O postilhão atacado por salteadores entrega-lhes a mala. Dois individuos sobem a montanha ligados por uma corda; um delles despenha-se, e fica suspenso sobre o abysmo pela corda, o outro a corta, por não poder por mais tempo sustentar o companheiro.

O legislador declara isento de pena o acto determinado por extrema necessidade. Certo, não se póde ver nessa declaração a concessão de um direito de necessidade; mas, por outro lado, a supposição de que o acto, comquanto impune, seja prohibido e por isso mesmo illegal, não tem apoio na lei, e é indubitavelmente falsa nos casos em que a vida de um homem póde ser salva á custa de insignificante damno em bens alheios. Como, em face do direito vigente, não podemos deixar de conceber de um modo uniforme a extrema necessidade, devemos consideral-a como um daquelles casos em que a ordem juridica nem permitte nem prohibe, mas, conscia de sua impotencia, abstem-se de intervir. D'ahi resulta forçosamente a classificação da extrema necessidade entre as circumstancias que excluem não somente

---

todo aquelle que somente por uma acção prohibida póde salvar um bem juridico posto em perigo ou tornar possivel o preenchimento de um dever juridico. » (*Handb.* 1.°, p. 759). — O art. 26, n. III, do proj. braz. limita-se a reproduzir o art. 54 do C. p. da Allemanha, aliás geralmente reconhecido como insufficiente pelos criminalistas allemães, pois só tem em conta o perigo para a vida ou para a integridade do corpo, desprezando assim todo perigo a que fique exposta a liberdade, a honra ou o patrimonio. Além disto, o proj. aggrava os defeitos do modelo, não imitando-o na disposição referente aos parentes. Consequentemente o pae que soccorrer o filho, ou o filho que soccorrer o pae, ou o marido á mulher em um caso de extrema necessidade, fica sujeito ás penas da lei. N. do trad.

a punibilidade, senão tambem a illegalidade da acção ou omissão (²). Segue-se mais que o acto praticado por extrema necessidade não é nunca uma aggressão illegal, e que, portanto, não póde provocar a legitima defesa (acima, p. 119), comquanto possa em todo caso constituir a pessoa a quem ameaça em uma segunda situação de extrema necessidade. Assim fica tambem estabelecida a impossibilidade de cumplicidade punivel em um acto de extrema necessidade, já que a lei não o prohibe, ao passo que não é legal o soccorro ou auxilio independente prestado ao necessitado (adiante, III, 3) (ᶜ).

---

(²) A questão é muito controvertida. No sentido do texto Stammler, 79, Göb, 185, Moriand, 273. Em contrario Binding, 1.°, 766, Geyer, 1.°, 1, Hälschner, 1.°, 492, Janka, 123, v. Meyer, 345, Olshausen, § 54, 3, Birkmeyer, *Teilnahme*, 157, van Calker, *Befehl*, 18, e especialmente o projecto do Cod. civil e os motivos do projecto suisso. — O aggredido pela pessoa em perigo não se acha, pois, em estado de legitima defesa, mas em estado de necessidade. E' muito obscura a decisão do Trib. do Imp. de 5 de Maio de 92, 23, 116, que parece admittir um direito especial de *resistencia*, quando o damno que ameaça a terceiro é incomparavelmente maior.

(ᶜ) A doutrina geralmente acceita, defendida por Berner, Geyer, Hälschner, v. Wächter, Binding, Olshausen, contesta que do art. 54 do C. p. all. derive um direito de extrema necessidade, e só reconhece a existencia de um direito desta natureza em casos excepcionaes e *ex vi* de outras disposições de lei. Segundo Binding, a offensa praticada por extrema necessidade não é um acto conforme ao direito, mas um acto simplesmente não prohibido; a extrema necessidade não passa de uma circumstancia pessoal que apenas exclue a punição. A extrema necessidade, diz Olshausen, contrasta com a legitima defesa, pois, ao passo que esta defende o direito, repellindo uma aggressão injusta, não se dá naquella uma tal contraposição entre o direito e o injusto. Quem se tira de uma situação de extrema necessidade, longe de repellir uma aggressão injusta, offende um direito estranho. Não ha, pois, um direito de extrema necessidade. Desta doutrina resulta ser admissivel a legitima defesa contra o acto de extrema necessidade, bem como a possibilidade

III. — O direito vigente.

1.° — O C. p. imp. distingue, como já notámos, o constrangimento e a extrema necessidade.

Do constrangimento trata o al. 1.° do art. 52:

« A acção não é punivel, quando o agente foi coagido por uma violencia irresistivel (3) ou por uma ameaça acompanhada de perigo actual para o seu corpo ou a sua vida, ou para o corpo ou a vida de um parente, si o perigo não podia ser desviado de outro modo. »

O art. 54 define a extrema necessidade propriamente dita nestes termos:

« A acção não é punivel, quando o agente, fóra do caso da legitima defesa (devemos accrescentar *e do constrangimento*), mas em estado de necessidade a que não deu causa e que de outro modo não podia desviar, a praticou para salvar o seu corpo ou a sua vida, ou o corpo ou a vida de um parente ».

2.° — Em um e outro caso a lei exige perigo actual para o corpo ou para a vida, que não possa ser desviado de outro modo. Não admitte, pois, a

---

de cumplicidade punivel. — v. Liszt, porém, comquanto reconheça que do art. 54 não deriva propriamente um direito de extrema necessidade, entende que não deixa por isso de ser *legal* o acto respectivo, quando praticado pela propria pessoa posta em perigo ou por seus parentes. D'ahi deduz duas consequencias: 1.° a intervenção de um terceiro é punivel, si fôr uma acção independente e não um mero acto de cumplicidade na lesão do bem alheio por parte do coagido (ou dos seus parentes); 2.° Não é licita a legitima defesa contra a pratica de tal acto, mas a pessoa contra a qual elle se dirige póde ficar, por sua vez, constituida em um novo estado de necessidade. N. do trad.

(3) Sobre a idéa de violencia e de ameaça cons. a parte especial. A violencia é *irresistivel*, quando, supplantando toda resistencia, actua immediatamente sobre os musculos, de sorte que não se póde falar em *acção* do violentado (acima, § 27, IV); mas, em rigor, fica tambem excluida a admissão de um estado de necessidade.

extrema necessidade, quando são outros os bens juridicos que correm perigo, como, por exemplo, a liberdade individual, a honra da mulher, os mais importantes interesses politicos (cujo compromisso certamente importa mais do que uma insignificante offensa physica), salvo si a aggressão puder ser considerada como dirigida simultaneamente contra a integridade do corpo (4).

3.° — Ao contrario do que dispõe a respeito da legitima defesa, a lei só equipara á propria salvação a salvação do proximo parente, como auxilio (5).

---

(4) Ver tambem o art. 313 do C. p., bem como o art. 130 do C. p. mil. e cons. Hecker, 250. Muito mais longe vão as disposições do Cod. commercial (arts. 702 e 708 sobre a avaria grossa), a lei sobre gente do mar (art. 75), o art. 19 da lei postal de 28 de Outubro de 1871, bem como o art. 9 da lei de 19 de Maio de 1874 sobre naufragios. Como ahi é expressamente excluida a illegalidade da offensa, está fóra de questão a sua não punibilidade, sem embargo dos arts. 52 e 54 do C. p. Em contrario especialmente Merkel, 167, Z., 6.°, 504, Sommerlad, GA., 34, 357. De accordo Stammler, 64, Binding, 1°, 770, v. Meyer, 342, Olshausen, § 54, 10, Moriand, 247. — Casos segundo o direito estadual: atravessar terrenos em razão do máo caminho, cortar madeira para concerto da roda que se partio, etc. (Ziebarth, 349, Seuffert, C. p., 1.°, 24). — O art. 2, al. 2 do tratado de 14 de Maio de 1884 sobre o cabo submarino (acima p. 86) dispõe: « não se comprehendem nas comminações penaes os casos em que os agentes visavam somente o fim justo de proteger a propria vida ou a segurança de sua embarcação, depois de tomadas todas as precauções para evitarem que o cabo se partisse ou soffresse damno ». Mas esta disposição ainda não foi aceita até o presente pela legislação allemã.

(5) O art. 55, al. 2.ª do C. p. explica o que se deve entender por parente, e essa intelligencia prevalece em todo o campo do direito penal: « consideram-se parentes no sentido deste codigo os parentes e affins da linha ascendente e descendente, os paes e filhos adoptivos ou de criação, os conjuges, os irmãos e irmãs e seus conjuges, e os noivos ». Parentes são as pessoas que descendem do mesmo tronco. Affins são, de um lado, um dos conjuges, e, do outro lado, os parentes do outro conjuge; a

4.° — A extrema necessidade propriamente dita (art. 54 do C. p.) não póde ser devida á culpa, e o é, quando a pessoa posta em perigo previra ou devera prever que, em tal situação, só poderia salvar os seus interesses á custa de interesses alheios. A culpa deve, pois, ser entendida com referencia ao acto determinado pela extrema necessidade. Tambem com relação ao auxilio o que regula é somente a culpa da pessoa em perigo.

5.° — A defesa fundada na extrema necessidade não aproveita, em certos casos, a pessoas, cuja profissão exige uma firmeza superior á do commum dos homens no afrontar perigos relativos ao corpo ou á vida; pertencem a esta categoria o soldado (C. p. mil., art. 43, al. 1.ª, ver tambem os §§ 84 a 88), o marinheiro (lei de 1872 sobre os homens do mar, art. 32) e o mesmo se deve dizer dos empregados da policia de segurança, e dos individuos que fazem parte de um corpo de bombeiros, etc.

---

morte não extingue o parentesco por affinidade, mas extingue-o o divorcio com dissolução do vinculo conjugal. A adopção, como relação juridica, aprecia se segundo o direito estadual. Si se dá, porém, uma relação permanente, resultante de fins concernentes á educação, entre paes e filhos de criação, determina-se segundo as circumstancias do caso. Os exponsaes são a promessa reciproca e séria de casamento, comquanto não obrigatoria (d). — A limitação mencionada no texto, objecto da censura unanime da litteratura, não se encontra na maior parte dos novos codigos estrangeiros.

(d) Segundo o rigor do direito, diz Olshausen, a dissolução do vinculo conjugal põe termo tambem ao parentesco por affinidade; mas entende-se que no art. 53 o legislador empregou a linguagem commum, tendo em attenção que, na vida ordinaria, só se considera como subsistente a affinidade, quando o casamento é dissolvido por morte, e não por sentença. — Paes de criação *(Pflegeeltern)* são as pessoas que se incumbem da criação e educação de filhos de outrem. Entre paes e filhos de criação não se dá parentesco, mas uma relação moral e intima, cuja permanencia se aprecia conforme as circumstancias. N. do trad.

## § 34 — Os demais casos em que é excluida a illegalidade

LITTERATURA.— Ao n. I, Hecker, 89; van Calker, *Das Recht des Militärs zum administrativen Waffengebrauch*, 1888; o mesmo, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht*, 1891; Dangelmaier, *Militärrechtliche und militärethische Abhandlungen*, 1892, p. 16 e 76; Krohne, 335 (uso de armas por parte dos empregados de uma prisão).—Ao n. II, 1.° Kulemann, Z, 11.°, 329; Lauterburg, Revista do direito penal suisso, 1.°, 97, 2.°, 153; G. Meyer, W V, 2.°, 848; Bücking, *Strafrechtliche Bedeutung der Selbsthilfe*, diss., 1893. —Ao n. II, 2, v. Liszt, H R., *Ordnungsstrafe*; Finger, *Das Züchtigunsgsrecht und dessen Missbrauch*, 1888; Kessler, G S., 41.°, 161 e contra elle Stenglein, G S., 42.°, I; Ortoff, *Die Ueberschreitung des Züchtigungsrechts*, 1891; Kübrich, G S, 46.°, 161. - Ao n. III, Rotering, G A., 30.°, 179; Heimberger, *Ueber die Straflosigkeit der Perforation*, diss., 1889; Oppenheim, *Das ärztliche Recht zum körperlichen Eingriff an Kranken und Gesunden*, 1892.—Ao n. IV, Kessler, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1884; o mesmo, G S., 38.°, 531; Rödenbeck, *Zweikampf*, 1883; o mesmo, G S., 37.°, 124; Ulmann, G S., 37.°, 529; Breithaup, *Volenti non fit injuria*, 1891; Hess, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts*, 1892.

Neste logar podemos apenas mencionar os mais importantes casos em que, *ex vi* de um preceito expresso ou tacito, deve-se considerar excluida a illegalidade da acção. No estado actual da legislação e da sciencia uma tal discriminação offerece quasi sempre graves difficuldades, e só com prudente reserva pódem-se firmar principios geraes.

I. — O *dever* resultante do *cargo* (e do *serviço* militar) exclue dentro dos respectivos limites a illegalidade da acção. Considerem-se a execução forçada em toda sua applicabilidade, as buscas, as apprehensões de cousas e de pessoas, a execução das penas impostas por sentença que passaram em julgado, a attribuição de fazer emprego das armas conferida aos guardas, aos empregados postaes, adua-

neiros e fiscaes pelo direito estadual (lei prussiana de 20 de Março de 1877) e não regulada pelo direito imperial, o art. 134 do C. p. mil. etc.

A *ordem do superior* ao inferior exclue a illegalidade do acto que é executado em virtude della, quando o direito reconhece a força incondicionalmente obrigatoria da ordem dada (1), pois em tal caso o inferior obra por força do dever do cargo ou do serviço militar; mas quem dá a ordem pode ser punido como autor mediato (adiante, § 50, II) (a).

II. — A acção não é illegal, quando praticada em virtude de uma *autorisação* especial e dentro dos respectivos limites. A esta categoria pertencem casos muito diversos.

Mencionaremos os seguintes:

1º — O facto de *fazer justiça a si mesmo* sob todas as suas formas (e especialmente a penhora por autoridade propria), quando o direito civil o permitte, quer se trate de evitar a ameaça de um perigo, quer do restabelecimento de um estado de cousas que foi perturbado, quer da segurança ou execução de uma pretenção (2) (b).

---

(1) Em parte é este o caso do art. 47 do C. p. mil. e dos arts. 30 e 32 da lei sobre gente do mar. Cons. a Theresina, art. 11, § 8 e o cod. bavaro de 1751, 1.°, I, § 32. Van Calker, *Befehl*, 10, apenas admitte aqui, como no direito profissional, uma *circumstancia pessoal que exclue a culpa* (adiante, § 43, II), visto como a autorisação não é concedida a todos, mas sómente a certas pessoas. Assim elle considera o que dá a ordem como instigador de um acto isento de pena.

(a) Entre as disposições geraes do C. Crim. de M. Freire, § 14, figura a seguinte: «todo o facto commettido em execução e obediencia das nossas leis, ou reaes ordens ou dos nossos magistrados, não só *excusa*, mas *justifica* o seu autor». N. do trad.

(2) Permittido pelo direito commum, havendo perigo de damno irreparavel.

(b) E' a *Selbsthilfe*. Ver os arts. 223 a 225 do projecto do C. civ. allemão. N. do trad.

2º — O exercicio do poder correccional e disciplinar.

Cumpre notar que o exercicio deste direito póde ser transferido permanente ou transitoriamente por quem delle está investido a terceiros (pelos paes á aia), bem como que em muitos casos (correcção de um menino travesso pelo transeunte molestado) se póde presumir a annuencia da pessoa autorisada. Si falta a autorisação, a correcção é illegal e punivel (3)

3º — Sejam tambem lembrados o direito sobre salvados, segundo a lei concernente a naufragios, art. 4º e seg., o direito de esbulho e o de presas, a detenção provisoria do delinquente sorprendido em flagrante ou emquanto foge (C. do proc. p., art 127 etc.) (4).

---

(3) A este respeito Kulemann, 342, que chama a attenção para as consequencias intoleraveis deste principio e pede seja modificada a legislação.—Com extensão e objectos diversos o poder disciplinar compete *a*) aos paes sobre os filhos; *b*) ao mestre sobre os discipulos; *c*) ao patrão sobre o aprendiz (lei sobre a industria, art. 127); *d*) segundo alguns direitos estaduaes (como o bavaro e o prussiano), ao marido sobre a mulher; *e*) ao capitão de navio sobre a tripolação (lei sobre gente do mar, art. 79, al. 1.º até 4.º, ver adiante o § 96 ); *f*) ao patrão sobre o creado; *g*) á egreja sobre seus fieis (lei prussiana de 12 de Maio de 1873); *h*) ás sociedades e associações sobre seus membros; *i*) aos superiores ou chefes sobre seus subordinados; *j*) aos orgãos do Estado sobre os serventuarios deste (lei de 31 de Outubro de 1872 sobre as penas disciplinares no exercito allemão, lei de 28 de Novembro de 1872 sobre as penas disciplinares na marinha imperial, lei de 21 de Março de 1873 sobre funccionarios publicos).

(4) A esta categoria pertence tambem o direito do marido de matar o adultero em flagrante, direito que, reconhecido expressamente no art. 121 da Carolina, ainda tinha certa importancia pelos fins do seculo XVIII, pelo menos nos tratados (5). O *Landrecht* prussiano de 1721 ainda dava ao pae o direito de matar a filha impudica e o seu seductor.

(5) Direito tambem reconhecido nos tres cods. da monarchia portugueza (l. 5 da Ord. Aff., t. 18, Man., t. 16, Phil., t. 38). N. do trad.

III. — O direito, — resultante de uma profissão legalmente reconhecida de praticar os actos que, segundo as regras da arte ou da sciencia respectiva, se fazem necessarios em caso dado—produz o mesmo effeito. E' sob este ponto de vista, e consequentemente é de accordo com as intuições do competente corpo medico, que devem ser apreciadas as operações cirurgicas em geral, as do dentista ou do pedicuro, e especialmente a muito discutida questão da *perfuração* (desmembramento do feto no seio materno). Mas é justamente a respeito destes casos, que urge seja a autorisação definida pela lei. E' sobretudo duvidoso, si o medico póde, e em que condições lhe é licito proceder sem o consentimento do enfermo (ou quiçá dos seus parentes) (5). Tambem como exercicio da profissão legalmente reconhecida apresenta-se a investigação feita em animal vivo para fins scientificos, especialmante a *vivisecção*, a circumcisão dos judeus e outros casos.

IV. — A offensa de um bem juridico com o consentimento do offendido só exclue a illegalidade do acto, quando e até onde o direito publico permitte a disposição de tal bem, e o titular, são de espirito, delle dispõe seriamente. Entende-se que a ordem juridica nega o poder de dispor, quando liga ao bem em questão uma importancia que vae além da pessoa do respectivo titular. Si tal é o pensamento do legislador, infere-se das relações das disposições legaes no seu conjuncto, e não simplesmente das qualificações dos factos criminosos. Será inteiramente falho, sem se ter na mais accurada attenção o di-

(5) Oppenheim contesta o direito profissional e pronuncia-se pelo reconhecimento, segundo o direito costumeiro, dos actos praticados sob certas condições para fins concernentes á medicina. Mas elle basea a averiguação dessas condições sobre a pratica dos medicos circumspectos. Ora isto é o direito de profissão no sentido do texto.

reito vigente, pretender estabelecer nesta parte principios geraes ou admittir pontos de vista do direito civil (6).

V. — A offensa feita pelo proprio titular do bem devera ser julgada segundo os mesmos principios que se applicam á offensa praticada por um terceiro com o consentimento do offendido; pois em um e outro caso o que está em questão é o valor juridico da disposição do bem por parte de quem o tem. Mas a lei, guiando-se por considerações accessorias, traça muitas vezes a linha divisoria no primeiro caso de modo diverso por que o faz no segundo (7).

---

(6) Assim o homicidio, ainda solicitado expressa e seriamente pela victima, é um acto illegal, embora a lei o puna com menos rigor (art. 216 do C. p.), ao passo que o consentimento do offendido faz desapparecer (sob certas condições) a illegalidade da offensa á liberdade individual, á honra da mulher, a bens alheios etc. A questão é muito discutida em relação á offensa physica (cons. a parte especial). E' certo que os textos do direito romano tantas vezes citados (*quia nulla injuria est, quæ in volentem fit*, l. I, § 5, D., 47, 10) tem uma importancia de todo limitada, e que o principio *volenti non fit injuria*, tomado nesta generalidade, é decididamente insustentavel tambem em face daquelle direito. A regra estabelecida por Hess — *sapienter vonlenti non fit injuria* — desloca, não resolve a questão. Só no ponto de vista do direito em vigor póde ella ser satisfactoriamente resolvida, e este muda com as intuições da época. Ao sentimento juridico da edade média de nenhum modo repugnava empenhar o corpo, a liberdade, a honra («tratar de infame») etc. Leis antigas prohibiam expressamente que se tivesse em conta o consentimento; neste sentido a Theresina, art. 8, § 16, e ainda o Cod. austriaco de 1852, art. 4 (a).

(a) Tambem o proj. braz., declarando absolutamente que «o consentimento do offendido não exclue a responsabilidade» (art. 29, II). N. do trad.

(7) O mais importante exemplo nos offerece a impunidade do *suicidio*, hoje quasi universalmente admittida. O direito romano só punia a tentativa de suicidio, quando praticada pelo soldado (l. 6, § 7, D. 49, 16). Na edade media allemã a sepultura ignominiosa era a pena ordinaria do suicida (e assim foi tambem na Inglaterra até 1882).

VI. — Finalmente cabe ainda mencionar neste logar o art. 22 da Constituição imperial e o art. 12

---

Si o suicida queria, pela morte, subtrahir-se a uma pena a que se ligava o confisco dos bens, este podia ter logar, segundo o direito commum (Carolina, art. 135). O direito commum manteve a comminação de sepultura ignominiosa ao suicida e a punição da tentativa de suicidio com penas arbitrarias (o *Landrecht* prussiano de 1620), sendo nesta parte apoiado ainda no seculo XVIII pelos philosophos da escola Wolffiana, bem como por Soden, Wieland, Gmelin, Guistorp e outros. Foi sob a influencia de Montesquieu e de Voltaire, de Beccaria e de Hommel que se operou na metade do seculo passado uma revira-volta de opinião. Mas o Cod. Josephino ainda mandava «enterrar o suicida pelo carrasco» e infligia á tentativa de suicidio a pena de prisão até emenda. Na Prussia, apezar das opiniões conhecidas de Frederico 2º, só em 1796 declarou-se isenta de pena a tentativa de suicidio (*Allg. Landrecht*, art 803 a 805). Desde o cod. bavaro de 1813 foi desapparecendo gradualmente dos codigos a comminação de pena contra o suicidio. Em Braunschweig ainda se executou em 1828 a inhumação pelo carrasco (Scholtz, *Merkwürdige Strafrechtsfälle*, 2º, 1841, p. 186). — A tentativa de suicidio ainda é punivel, segundo o actual direito anglo-americano. A instigação e a cumplicidade não raro eram punidas pelos cod. territoriaes da Allemanha, como delicto independente, e actualmente o são em Berne, na Hungria, na Hollanda, no Japão, bem como assim dispoem o projecto russo e o hespanhol (f). Esta medida tem o assentimento de Berner, 94, v. Meyer, 315, Geyer, G S., 38.°, 113, e é censurada por Binding, 1.°, 701, que, sem duvida incorrectamente, quer punida como homicidio a instigação ao suicidio. Cons. a dissertação de Geyer analysada no Z., 12.°, 635. — Considere-se tambem a mutilação do proprio corpo, que o art. 142 do C. p. pune como acção que tem por fim illudir a obrigação do serviço militar. A damnificação da cousa propria póde ser punivel, segundo o art. 304 do C. p. (g) O pôr em perigo a propria vida não raro é facto policialmente qualificado.

(e) A Ord. Aff. não punia o suicidio commettido por «sanha, nojo ou rancor», mas mandava confiscar os bens daquelle que se suicidasse para evitar as penas de um crime (l. 5, t. 78). Esta disposição passou para a Ord. Phil. (l. 2, t. 26, § 32). N. do trad.

(f) Tambem assim é segundo o nosso C. p., art. 299. N. do trad.

(g) Ver os art. 130, 140, 144 e 145 do nosso C. p. N. do trad.

do C. p. que, no intuito de garantir uma absoluta publicidade aos debates parlamentares e deste modo facilitar a acção reciproca e constante entre a representação nacional e a opinião dos eleitores, dispõem que as *resenhas fieis* (verbaes ou escriptas) *a*) dos debates do *Reichstag* em sessão publica, *b*) dos debates de alguma das camaras dos Estados pertencentes ao Imperio (e tambem da *delegação* da Alsacia-Lorena) são isentos de toda responsabilidade, e consequentemente não pódem ser tambem sujeitos ao processo denominado *objectivo* ([g])([h]).

---

([g]) Quando o direito admitte a *morte civil (Rechtlosigkeit) total ou parcial*, esta exclue a illegalidade de todas ou de certas offensas. Esta concepção é completamente estranha ao direito actual. O homicidio não autorisado do delinquente condemnado á morte, que ainda Feuerbach, Grolmann e outros entendiam dever ser punido com menos rigor, está sujeito ás regras geraes. Outro era o pensamento do antigo direito; considere-se a romana *sacratio capitis*, a germanica privação da paz, a proscripção regia do direito da edade media allemã, a morte civil dos ciganos segundo numerosas leis imperiaes e territoriaes do seculo XVI, a infamia dos blasphemos segundo as ordenanças policiaes do Imperio de 1548 e 1577 etc. Ainda em 1804 na Baden eleitoral os gatunos foram declarados destituidos de direitos durante tres annos, *Archiv. des Kr. Rechts*, 6º, 1º fasciculo, 139).

([h]) Segundo o art. 42 do C. p. allemão, os objectos produzidos por um crime ou proprios para a pratica de crimes e os escriptos incursos na lei penal devem ser confiscados, destruidos ou inutilisados, ainda que uma pessoa determinada não possa ser processada ou condemnada. O processo tendente sómente a estas medidas acha-se regulado no liv. 6, cap. 5, do C. do proc. p. e é o que os jurisconsultos allemães denominam «processo objectivo». *objeketives Verfahren*. N. do trad.

# III. — DO CRIME COMO ACÇÃO CULPOSA

## § 35. — Conceito e requisitos da culpa

LITTERATURA. — Brunner, *Rechtsgeschichte*, 2º, 534; Liepmann, *Die Entstehung des Schuldbegriffes*, diss., 1891; Kuhlenbeck, *Der Schuldbegriff als Einheit von Wille und Vorstellung in ursachlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitserfolg*, 1892; Janka, *Die Grundlagen der Strafschuld*, 1885; os varios trabalhos de Post (indicados no § 2); Huberti, *Gottesfrieden und Landfrieden*, 1º, 131.

I. — O injusto criminal, como o delicto civil, é acção *culposa*. Não basta que o resultado possa ser objectivamente referido ao acto de vontade do agente; é tambem necessario que se encontre na *culpa* a ligação subjectiva. Culpa é a *responsabilidade pelo resultado produzido*. No direito penal trata-se sómente do facto de incorrer o agente em responsabilidade criminal; a desapprovação da acção ao mesmo tempo pronunciada, o juizo sobre o seu valor juridico ou moral (accentuado por Merkel) é — em relação áquelle facto e portanto á idéa da culpa — circumstancia completamente accessoria. Segundo o direito actual e abstracção feita de algumas excepções esparsas, a culpa suppõe:

1.º, a imputabilidade do agente (adiante, §§ 36 e 37).

2.°, a *imputação do resultado* (1). Esta se dá, *a*) quando o resultado foi previsto (dolo, adiante §§ 38 e 40); *b*) quando o resultado não previsto podia sel-o (culpa em sentido estricto, adiante § 41).

II. — O principio, hoje subentendido, que a culpa é um dos caracteres da idéa do crime, que sem culpa não se póde infligir pena, é o producto de um longo desenvolvimento, até aqui pouco attendido e ainda não de todo concluido. Só gradualmente a idéa do injusto comprehendeu em si a da falta, e é pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do direito penal. Assim como não repugna á concepção religiosa que os peccados dos paes recaiam sobre os filhos e os netos, assim como na tragedia antiga o destino fatal, e na litteratura moderna a lei da hereditariedade se substituem á culpa, tambem o direito primitivo de todos os povos pune sem culpa. Segundo o direito religioso dos Romanos, a offensa casual do direito provocava, tanto quanto a offensa dolosamente commettida, a colera dos deuses, que devia ser aplacada por expiações, e as leis barbaras da Allemanha admittiam ainda uma divida de familia pelo sangue derramado, que se transmittia de geração em geração.

1. — Isto revela-se antes de tudo no modo de tratar a imputabilidade. Parece que ao antigo direito romano não repugnava a punição do ladrão impubere. O direito romano posterior e o direito canonico mantiveram a impunidade do *infans* (até os sete annos completos); desta edade em diante o crime commettido por impubere provocava o exame do caso concreto. Cons. Pernice, *Labeo*, 1.°, 206. As leis barbaras da Allemanha frequentemente não

(1) Ha tambem actos não culposos do imputavel.

admittiam o pagamento do *preço da paz* nas infracções commettidas por adolescentes (Schröder, *Rechtsgeschichte*, 345). Os textos saxonios da edade média posterior não comminavam penas, pelo menos criminaes, contra os meninos (cons. por ex., o Espelho da Saxonia, 2.°, 65, 1). No art. 164 a Carolina vedava a pena de morte contra os ladrões adolescentes (menores de 14 annos), uma vez que não se dessem causas especiaes, e admittia o *malitia supplet ætatem*; e no art. 179 mandava de um modo inteiramente geral que, sendo adolescente o malfeitor, se consultasse o parecer dos juristas. A legislação e a sciencia do direito commum vacillavam, mas em geral mantinham a impunidade dos meninos; esta doutrina foi seguida pela grande maioria das novas legislações, variando as suas disposições sobre o limite da edade (a). O direito francez absteve-se de fixar o minimo da edade, para que em cada caso se possa verificar o discernimento do adolescente. Seguiram-no o cod. prussiano de 1851 e o bavaro de 1861. O C. p. imp. voltou, pelo contrario, á concepção do direito romano-canonico e do direito commum da Allemanha. — Tambem o reconhecimento da alienação mental teve de abrir caminho gradualmente. Sobre o direito romano, cons. Pernice, *Labeo*, 1.°, 234. O Espelho da Saxonia, 3.°, 3, dispunha: « os individuos verdadeiramente loucos e os mentecaptos não serão julgados. »

A Carolina, referindo-se no art. 179 ao agente que « em razão de sua adolescencia ou por outra enfermidade não tivesse consciencia dos seus actos », mandava consultar os entendidos.

2. — Ainda maior espaço de tempo decorreu antes que se referisse a imputação do resultado ao

(a) Sobre a responsabilidade criminal dos menores, vêr a Ord. Phil., l. 5, t. 185. N. do trad.

dolo ou á culpa *stricto sensu*. Ao direito romano ficou desconhecido, em todas as phases de sua historia, o crime culposo propriamente dito. No direito penal nada ha que se possa contrapor á engenhosa formação da *culpa aquiliana*, e as tentativas, repetidas desde Adriano, de medir a pena conforme a culpa, não impediram que se confundissem, de um lado, a *culpa* e o *casus*, e, do outro, a *culpa* e o *impetus* (2). A edade média allemã não applicava pena criminal á culpa (*warlose*, Espelho da Saxonia, 2.°, 38, quando o agente obra contra a sua intenção). Apoiada na sciencia italiana da edade média e tendo em vista a l. 9, § 4 e l. 1.°, 11 pr., D., 9, 2, a Carolina examina no art. 146 a natureza do homicidio culposo. Este e os arts. 136, 138 e 180 ministraram a base sobre que se desenvolveu a sciencia do direito cemmum. Em cada crime exige-se o *dolus malus*. Na culpa dá-se um *quasi crimen*, que só póde ser punido com penas arbitrarias. Neste sentido, por exemplo, o *Landrecht* prussiano de 1620 e o cod. bavaro de 1813. Assim a culpa foi elevada a uma das fórmas geraes do elemento subjectivo, sem se ter atinado, porém, com a definição da idéa. Ainda hoje, como veremos adiante (§ 41), a idéa do crime culposo, que em sua generalidade ficou inteiramente estranha aos direitos derivados do romano, não tem firmeza, ao mesmo tempo que, por outro lado, só se póde considerar como parcial-

(2) Pernice, *Labeo*, 2.°, 244. — A opinião dominante admitte que o direito romano posterior distinguia, nos crimes de homicidio e de incendio, no de deixar evadir-se o preso, o commettimento culposo do doloso. Mas os textos não justificam esta asserção. Binding, *Kulpose Verbrechen im Gem. Rom. Rechte?* 1877. Em sentido contrario, v. Meyer, 218. — A opinião particular de Binding, *Normen*, 2.°, 338, (a culpa lata do direito romano é o dolo, deducção feita do motivo commum) demonstraram ser falsa Pernice, Windscheid, Dernburg e muitos outros.

mente effectuada a separação entre o dolo e o *dolus malus* dos Romanos, noção indeterminada, na qual se comprehende tambem a illegalidade sob o ponto de vista subjectivo (b).

III. — Ao principio, que só o resultado imputavel faz o agente incorrer em responsabilidade criminal, o direito imperial vigente abrio algumas excepções isoladas.

E' certo que não podem ser comprehendidas entre essas excepções as numerosas *presumpções de culpa* (3) estabelecidas nas leis penaes accessorias; pois quando a lei dá como constante a culpa (dolo

---

(b) No direito criminal dos Romanos o *dolus malus* designava a intenção de causar um damno injusto, e pois comprehendia a consciencia da illegalidade; os Romanos nunca chegaram a distinguir, na acção delictuosa, entre a intenção e o dolo. Quanto ao *dolus* e á *culpa*, observa Pernice, *Labeo*, 2.°, 129, « os jurisconsultos romanos não tiveram occasião de consideral-os debaixo de um só ponto de vista. Ambas as idéas não só desenvolveram-se, no seu começo, independentemente uma da outra, como permaneceram estranhas entre si, sem exercer visivelmente uma influencia reciproca. Nunca se fez a tentativa de apresental-as theoricamente como faces diversas do mesmo todo. Só exterior e praticamente ligaram-se no direito privado pelo principio *lata culpa dolo comparabitur*. Por isso não se encontra uma designação commum para ambos. » — Encontra-se tambem no direito portuguez a theoria tradicional: « cum vero factum illicitum vel *dolo malo* committatur vel *culpa;* illud *verum delictum*, hoc *quasi delictum* adpellatur» (M. Freire, *I. J. Crim.*, T. 1.° § 3.°). Dolo é a intenção immoral, a malicia; culpa, a negligencia. N. do trad.

(3) Cons. Binding, *Normen*, 2.°, 612; Schmid, *Die Präsumtionen im deutschen Reichsstrafrecht*, diss., 1884.— Exemplos encontram-se não só nas leis aduaneiras e fiscaes, como na lei de 25 de Outubro de 1867, concernente á nacionalidade dos navios mercantes, art. 3.°, al. 2.ª, no Cod. do Commercio (texto de 1884), art. 249 c, na lei de 21 de Maio de 1878 concernente á peste bovina, art. 3.°, al. 2.ª, na lei de 3 de Julho de 1878, concernente ao sello das cartas de jogar, art. 10, al. 3.°, na lei de 1 de Maio de 1889, concernente ás cooperativas de economia e industria,

ou culpa propriamente dita) até prova em contrario, deixando talvez o onus della ao accusado, reconhece implicitamente que sem dolo ou culpa não pode nem deve haver punição. A presumpção de um facto accentua justamente a sua importancia juridica.

E' porém incontestavel que aquellas excepções se encontram, não no C. p. mesmo, mas em algumas leis accessorias, onde se contêm disposições que, abstrahindo de toda culpa, ligam a pena ao concurso meramente objectivo das circumstancias constitutivas do delicto (4). A existencia de taes infracções

---

arts. 142 e 144. Tem especial interesse e importancia os arts. 20 e 21 da lei de 7 de Maio de 1874, concernente á imprensa. Cons. adiante o § 42.

(4) Exemplo incontestavel offerece o art. 137, al. 1.º da lei de 8 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira que assim dispõe: «a existencia do delicto em questão e a applicação da pena respectiva, nos casos mencionados no art. 136, *decorrerão sómente dos factos ahi qualificados*». Consulte-se tambem o art. 20 da lei de 24 de Junho de 1887, concernente á imposição do alcool: «a existencia da defraudação do imposto de consumo, diz este art., nos casos enumerados nos arts. 18 e 19, resulta dos factos ahi qualificados. Si se verificar porém que em taes casos não podia ser commettida uma defraudação do imposto de consumo, ou si não se verificar que a defraudação fôra praticada intencionalmente, applicar-se-ha uma pena disciplinar nos termos do art. 26». Semelhantemente o art. 46 da lei de 31 de Maio de 1891, concernente ao imposto sobre o assucar. — O Trib. do Imp. tem reconhecido em uma serie de decisões a possibilidade de crimes sem culpa; taes são as de 20 de Novembro de 82, 7.º, 240 (lei de 10 de Julho sobre o sello de letra), 17 de Abril de 83, 8.º, 182 (ordem de gabinete da Prussia de 10 de Janeiro de 1824, concernente á elevação do imposto sobre os vasos de maceração), 4 de Junho de 83, 8.º, 390 e 414 (lei prussiana sobre o imposto predial de 21 de Maio de 1861, lei bavara sobre o imposto predial de 15 de Agosto de 1828 e 19 de Maio, e sobre isto v. Bar, G S., 88.º, 276, nota 2.ª), 25 de Maio de 86, 14.ª, 145 (lei de 16 de Julho de 1879, concernente ao imposto sobre o fumo), 7 de Janeiro de 91, 21.º, 259 (lei de 8 de Julho de 1868, concernente ao imposto sobre o alcool).

(que se costuma denominar *delictos formaes*) pode-se lamentar, mas não simplesmente negar (5) (c).

(5) Divergem Binding, *Normen*, 1.°, 310, 2.°, 616, Lucas, (ver a litteratura do § 38), 134. — Os commentadores pretendem tambem, mas sem bastante fundamento, encontrar no C. p. imp. (tanto nas contravenções como nas omissões) casos que pertencem a esta categoria. — A verdadeira opinião é defendida por Hälschner, 1.°, 258, Olshausen, 4.°, cap. 2.°, Birkmeyer, *Ursachenbegriff*, 53.

(c) O principio fundamental de que não ha crime sem culpa é violado pela doutrina defendida sobretudo em França de não ser necessaria a culpa nas contravenções, bastando o facto material constituitivo da infracção. Alimena a qualifica de *barbara (Dell'Imputabilitá*, 1.°, p. 497), Binding, (*Normen*, 2.°, p. 615) a impugna na Allemanha, van Hamel (1.°, p. 256) na Hollanda, e na propria França tem cahido em descredito (Dalloz, v. *contravention*). Tal aberração parece á primeira vista admittida pelo nosso C. p., que, definindo no art. 7.° o crime como violação imputavel e *culposa* da lei penal, define no art. 8.° a contravenção como facto voluntario punivel que consiste *unicamente* na violação ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis ou regulamentos. Mas com isto a lei quiz assignalar sómente o caracteristico das contravenções, como infracções que consistem na desobediencia a disposições preventivas, independentemente de outro resultado. Nem outra intelligencia é admissivel em face do art. 24 que declara isentas de penas as acções ou omissões contrarias á lei penal (e portanto os crimes e as contravenções) que não forem commettidas *dolosa ou culposamente*. A theoria do *fait matériel* seria entre nós tanto mais nociva quanto, como já ponderámos, o C. p. não observou a sua definição na qualificação das contravenções, contemplando entre ellas muitas infracções que consistem na offensa ou compromisso de determinados interesses (ver os arts. 365 a 368, 371 a 373, 381, 389, 391 etc). — O agente pode praticar o facto que a lei prohibe ou deixar de cumprir o dever que a lei impõe com sciencia e consciencia das circumstancias constitutivas da infracção ou por mera inadvertencia. Si não ha dolo nem culpa, não pode ser responsabilisado pelo *resultado*, que tambem aqui é — produzir a situação que a lei prohibe ou não produzir a situação que a lei exige. — O 1.° proj. braz. consagrava a boa doutrina no art. 13, 2.° al.; mas o proj. revisto não a reproduzio. N. do trad.

Tambem em um certo numero de casos o direito vigente aggrava a pena, quando a acção em si culposa occasiona um resultado mais grave e não devido á culpa. A pena aggravada é portanto em taes casos infligida, ainda quando não se tenha dado, em relação ao resultado grave, dolo nem culpa do agente (6) (d).

## § 36. — Da imputabilidade

LITTERATURA. — Berner, *Grundlinien der Imputationslehre*, 1843; Bruck, *Zur Lehre von der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit*, 1878; Wahlberg, collecção de escriptos, 1º, 1, 3º, 101.

I.— Já na introducção notámos que a imputabilidade criminal nada tem que ver com o livre

(6) Exemplos: C. p., arts. 118, 178, 220, 221, 224, 226, 227, 229, 239, 251, 307, 312, 314 a 316, 321 a 324, 326 a 328, 240 e outros; lei sobre materias explosivas, art. 5.°, al. 2.°; lei de 25 de Fevereiro de 1876 concernente a medidas sobre a desinfecção, art. 5.°; lei sobre viveres, arts. 12 a 14; lei sobre a peste bovina, art. 4.°. — A doutrina sustentada no texto é a opinião commum. Tem por si a assentada jurisprudencia do Trib. do Imp., bem como Geyer, 2.°, 143, v. Meyer, 196, Olshausen, 4.°, cap. 3.°, Schütze, 270, nota 38, Birkmeyer, *Kausalzusammenhang*, 81, Wahlberg, Z., 2.°, 207, v. Rohland, *Gefahr*, 55, Landsberg, *Kommissdelikte*, 210, v. Lilienthal, 35, Look, (ver a litteratura do § 28), 194. Exigem pelo contrario culpa do agente em relação ao resultado produzido Berner, 520, Binding, 1.°, 366, Hälschner, 1.°, 326, 2.°, 28, 819, Schütze, 396 (em contradição comsigo mesmo), Baumgarten, *Versuch*, 370, 378, Max Berner, *Ne bis in idem*, 10; egualmente os projectos da Austria, Russia, Noruega. Löning, 46, admitte uma presumpção de culpa irrefragavel; contra elle Schmid, *Präsumptionen*, 74. — Trata-se nestes casos de um reflexo da antiga doutrina do *dolus indeterminatus* (vêr adiante o § 38, nota 7).

(d) Em numerosos casos o C. p. allemão aggrava as penas da acção (dolosa ou culposa) que constitue o delicto, quando a acção delictuosa dá

arbitrio (acima, § 15, II). Responsavel é todo homem *mentalmente desenvolvido e mentalmente são.* D'ahi segue-se que a theoria da culpabilidade criminal deve encontrar o seu centro de gravidade na exposição daquellas situações ou estados excepcionaes que excluem a imputabilidade.

Releva ponderar que, assim como o homem de espirito maduro não o tem amadurecido no mesmo momento em relação aos diversos dominios da acção juridicamente indifferente, devendo, pelo contrario, preceder um desenvolvimento aqui mais, alli menos prolongado, do mesmo modo não se adquire a capacidade juridica de obrar na mesma phase da vida relativamente aos diversos dominios do direito (direito publico, civil, penal) e ás suas respectivas subdivisões (direito de familia, direito de successão, direito das obrigações). Deve-se egualmente admittir que, em materia de direito penal, no mesmo homem e no mesmo momento essa capacidade ora existe, ora falta, conforme trata-se deste ou daquelle grupo de acções delictuosas (considerem-se de um lado o homicidio, e, de outro, os crimes politicos).

---

causa a um resultado grave (de ordinario morte ou offensa physica). E' questão muito discutida entre os criminalistas allemães si em taes casos se faz mister, para a applicação das penas aggravadas, que tenha havido culpa por parte do agente em relação a esse resultado. A opinião commum contenta-se com o facto material, fundando-se na letra da lei que apenas exige uma relação de causalidade entre o delicto e o resultado grave. Esta doutrina é uma applicação do principio *causa causantis est causa causati* e importa a confusão da causalidade e da culpabilidade. Berner, Binding, Schütze etc. a impugnam, exigindo pelo menos culpa *(stricto sensu)* por parte do agente em relação ao resultado em questão. Tambem van Hamel, no ponto de vista do direito hollandez, pronuncia-se neste ultimo sentido, fundando-se na theoria da previsibilidade. Ver os arts. 146 e 148 do nosso C. p., onde se contem disposições analogas. N. do trad.

Pondere-se mais que nos limites da imputabilidade, assim como nos limites da saude physica, são possiveis numerosissimas gradações. Surge a questão de saber: deve o legislador ter em conta essas gradações, quando fixa as penas relativas aos factos que qualifica? Tem-se lançado a confusão nesta questão, designando-se como *imputabilidade restricta* a que se eleva acima do minimo, mas desce abaixo da media; com isto se faz crer que trata-se de um estado mental inferior ao da imputabilidade. Contra a solução affirmativa militam a amplitude das escalas das leis penaes allemãs, e especialmente os minimos de pena extremamente diminutos e o systema das circumstancias attenuantes; a favor milita a confusão introduzida nesta materia, e ainda tão generalisada e tão inveterada que torna urgente a regulamentação da questão. Em um caso — relativamente aos criminosos adolescentes (C. p., art. 57) — o C. p. mesmo teve em conta a «imputabilidade restricta». A pena branda comminada contra o infanticidio (ver a parte especial) tambem se póde referir ao mesmo pensamento [1] [a].

---

[1] No 1º projecto do C. p.imp. era expressamente reconhecida a imputabilidade restricta, tambem admittida em varios codigos da Allemanha. Encontra-se egualmente nos cod. de Berne e Zug, e no cod. italiano. O que mais importa é que, além da attenuação da pena, não seja esquecida a protecção da sociedade, quando se trata de individuos, cujas tendencias sejam um perigo commum. Cons. o § 14, II, 4.

[a] *Verminderte Zurechnungsfähigkeit (responsabilité affaiblie, media imputabilità)* «Esta expressão, diz van Hamel (1º, p. 298), designava, segundo os velhos escriptores e as antigas legislações da primeira metade deste seculo, um estado psychico em que a necessaria aptidão normal para a imputabilidade não falta, mas existe em grão inferior, e isto prevalecia como fundamento para reduzir-se a pena, para fazel-a descer abaixo da medida legal. A justeza theorica desta idéa, porém, póde ser contestada, e, na verdade, era defendida somente como reconhecimento da verdade incontestavel de que nos limites da imputabi-

II.— Com razão a legislação penal do Imperio absteve-se de fixar a idéa da imputabilidade. Deixou a solução do problema aos esforços da psychologia e da sciencia do direito, limitando-se a indicar á administração da justiça alguns pontos de vista directores. Não exgotou nem pretendeu exgotar a idéa da imputabilidade, quando exigio aqui «o livre exercicio da vontade» (C. p., art. 51), e alli «o discernimento necessario para a comprehensão do caracter delictuoso do facto» (C. p., §§ 56 a 58) (2).

---

lidade encontram-se numerosas diversidades e situações de transição e sobretudo como reconhecimento da necessidade de terem-se em conta essas circumstancias. Os escriptores e as legislações posteriores, que não admittem a imputabilidade restricta, proseguem praticamente o mesmo fim, já pela reducção legal das penas comminadas (menoridade, infantecidio), já principalmente pela amplitude deixada aos juizes na graduação d'ellas.» Ver o art. 47 do C. p. ital. N. do trad.

(2) A imputabilidade, como requisito da culpa e como todas as circumstancias juridicamente relevantes, deve ser verificada *ex officio*; não é necessario que o accusado prove a sua ausencia. Faz-se mister declaração expressa na sentença (C. do proc. p., art. 266), quando no curso dos debates a existencia da imputabilidade é contestada. Esta regra soffre somente excepção, quando se trata de um adolescente ou de um surdo-mudo; deve então em todos os casos, e no jury por uma questão accessoria proposta aos jurados, ser expressamente declarado que o agente por occasião da pratica do facto tinha o discernimento necessario para a comprehensão do caracter criminal delle. (b)

(b) A questão de saber si no caso dado occorre uma das circumstancias previstas no art. 51 do C. p. allemão é decidida pelo ministerio publico antes da accusação (art 152 do C. do pr. p.) e, depois de intentada a accusação, pode ser decidida em qualquer phase do processo, e especialmente na instauração do processo *principal* ou plenario (art. 201 e seg. do mesmo Cod.) e no julgamento (art. 266) pelo tribunal. No jury a existencia de uma dessas circumstancias não póde ser especialmente verificada, porque a questão fica prejudicada pela resposta affirmativa ao quesito si o accusado é culpado (art. 295). Quanto ao menor de 18 annos porém, o art. 298 do C. do proc. p. manda

III. — A imputabilidade deve existir no momento em que o acto é praticado. A não imputabilidade que sobrevenha posteriormente só pode produzir effeitos processuaes (c). O que regula é o momento em que o movimento corporeo voluntario foi emprehendido (ou, si se trata de uma omissão illegal, devia ser emprehendido); é indifferente o estado mental do agente no momento em que o resultado se produz. O individuo que envenena dolosamente uma fonte e depois se embriaga, não deixa de ser responsavel, porque, emquanto se achava em estado de completa embriaguez, as pessoas comprehendidas pelo seu dolo beberam da fonte envenenada. Quem induz um louco á pratica de certo crime, obra em estado de imputabilidade, embora o louco execute o crime, quando o autor intellectual do facto se ache immerso em profundo somno.

Basta a applicação logica desta regra para a solução da celebre questão escolastica sobre a apreciação das denominadas *actiones liberæ in causa seu ad libertatem relatæ*. Taes acções dão-se, quando o agente, em estado de não imputabilidade, produz um resultado por commissão ou omissão, mas a este seu procedimento deu causa uma acção (ou omissão) dolosa ou culposa praticada em estado de imputabi-

---

expressamente propor um quesito accessorio sobre o seu discernimento, o que se considera como um *privilegio processual*. Segundo a opinião commum, o tribunal póde deixar de instaurar o processo principal, quando está convencido da ausencia do discernimento do menor. Como o julgamento dos crimes praticados por menores de 18 annos compete ás camaras criminaes dos tribunaes regionaes, um menor só póde comparecer perante o jury excepcionalmente, quando se achar envolvido em um crime connexo da competencia deste. Ver Olshausen, § 51, 15, 17, § 56, 16, 18, e Daguin, *Code de Proc. p. all.*, nas notas aos art. cit. N. do trad.

(c) Ver Garraud, *Droit p. fr.*, 1, 220, sobre os effeitos da loucura superveniente ao delicto. N. do trad.

lidade. Exemplos: o guarda da via ferrea embriaga-se no intuito de deixar de dispor as agulhas por occasião da approximação do trem; a mãe, sabendo que costuma agitar-se durante o somno, colloca por descuido o filho junto a si no leito e o suffoca. Crimes desta natureza resultam de ordinario, mas não exclusivamente, de omissões; são mais raros os crimes por commissão culposa, e rarissimos e duvidosos devem ser os casos em que uma commissão dolosa se apresente como *actio libera in causa*. Mas não é isto impossivel. Assim como podemos utilisar-nos dos loucos ou dos ebrios como instrumentos para os nossos fins,— porque nelles a aptidão para determinar-se por meio de idéas ou representações, comquanto irregular, não está extincta — tambem podemos utilisar-nos de nós mesmos em um estado de perturbação mental ou de embriaguez para a execução de planos preconcebidos.

Si, no caso dado, ha nexo causal e culpa em relação ao resultado, nenhuma difficuldade encontra a apreciação juridica.

No momento decisivo—e este não é o da realisação do resultado, mas o do impulso dado para o desdobramento da cadeia causal—existia a imputabilidade. O guarda achava-se no goso de suas faculdades, e a mãe estava acordada, quando deram causa ao resultado que se produzio; e pois nada se oppõe á imputação (3).

---

(3) O direito commum, desde Bartolo, occupou-se muitas vezes com a questão. Muito regularmente admittia-se a criminalidade, por não se dar ausencia de dolo; cons. por ex. Engau, § 41. A dissertação de Thomasius de *jure circa somnum et somnia*, 1686, entra em minuciosa casuistica. Já o *Landrecht* prussiano de 1620 sujeitava, como Damhouder, o somnambulo homicida á pena arbitraria, quando elle conhecia o perigo resultante de seu estado. — A rica litteratura sobre a questão descura ás mais das vezes o ponto decisivo. A ad-

Sem imputabilidade não ha culpa, e portanto não pode haver crime. Por isso é tambem idealmente impossivel—e este principio deve ser observado sem nenhuma excepção—a cumplicidade punivel de terceiros em infracção commettida por um agente não imputavel. Podem porém terceiros ser responsabilisados como *autores proprios* (4).

## § 37 Dos casos de não imputabilidade

LITTERATURA. — Ao n. I, Beaumert, *Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen*, 1877; Thümmel, G S., 48º, 334, 401; cons. o § 14, nota 4.— Ao n. II, Kirn, H C., 1º, 35, 2º, 209; os tratados de medicina legal e de psychopathologia (§ 17, VIII, 2). — Ao n. III, Schwartzer, *Die Bewusstlosigkeitszustände als Strafausschliessungsgründe*, 1878. — Alcoolismo; vêr a parte especial (art. 361, n. 5, do C. p.).

A imputabilidade, como estado normal do homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são, não se dá:

---

missão do nexo causul nem sempre justifica attribuir-se á culpa o resultado. — A's mais das vezes os criminalistas contentam-se com investigar a possibilidade da relação causal. No sentido do texto Hälschner, 1.º, 212 (mas somente dadas certas condições), v. Meyer, 191, Olshausen, § 51, 11, Geyer, H H, 4.º, 106, Binding, *Normen*, 2.º, 194; tambem o Trib. do Imp., dec. de 8 de Março de 92, 22, 413. Em sentido contrario, Schütze, 193 e outros.

(4) Cons. adiante o § 50. Isto procede tanto a respeito dos menores em direito penal como dos loucos. O Trib. do Imp., admitte o principio quanto aos ultimos (a ultima decisão é de 10 de Junho de 90, 21.º, 14), e o contesta quanto aos primeiros; cons. adiante o § 37, nota 2.º. Olshausen §§ 51, 12, e 55, 4 indaga em um e outro caso si o agente estava em estado de obrar com dolo criminal. Mas desconhece-se assim a importancia prejudicial da imputabilidade, e a distincção no caso dado é estranha á lei, quando se trata de loucos.

I. — *Quando falta o desenvolvimento mental.* Este facto pode ter uma dupla causa:

1.° um desenvolvimento ainda não concluido, a menoridade do agente segundo o direito penal.

Para os effeitos de direito penal o C. p. imp. fixou dous periodos:

A) a *infancia* até os 12 annos completos (C. p., art. 55). Absoluta não imputabilidade, e em consequencia deste principio exclusão de toda investigação por parte da justiça criminal. Desde a Novela de 1876 é permittido, como medida administrativa, que o menor seja recolhido a um instituto de educação ou de correcção, quando a autoridade pupilar verifica ter sido commettida uma acção criminosa e declara ter cabimento essa medida (1). As pessoas que exercem vigilancia sobre o menor podem ser responsabilisadas como autores proprios (e egualmente o podem ser terceiras pessoas) ou em consequencia de descurada vigilancia nos termos do art. 361, let. 9, do C. p.; nunca porém como cumplices, pois em taes casos não ha crime. (2)

---

(1) Lei prussiana de 13 de Março de 1878 sobre o recolhimento dos meninos, cuja educação é descurada.

(2) De accordo Geyer, 1°, 137, Hälschner, 1°, 223, v. Meyer, 227, Merkel, 56 v. Kries, Z., 5°, 10, Trat.., 10, Glaser, 2°, 196, nota 4, Berkmeyer, *Teilnahme* 128, 269, Kohler, *Studien*, 1°, 114, Bennecke, 138. Em sentido contrario Schütze, G A,. 21°, 164, Herzog, repedidas vezes, e por ultimo na G S., 35°, 342, o Trib. do Imp. de conformidade com a antiga praxe prussiana (decisões de 12 de Abril de 82, 6°, 187, e de 6 de Junho de 82, 6°, 336); Ziebarth, 341, Borchert, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen dritter*, p. 24, Bünger, Z., 8°, 579, van Calker, *Befehl*, 36. Sobre Olshausen, ver acima o § 36, nota 4. (a)

(a) Do principio enunciado no § 36, IV (onde não ha culpa não ha crime, e onde não ha crime não ha cumplicidade) o autor

B) a adolescencia desde os 12 annos de edade completos até os 18 completos. Exame da imputabilidade em geral, e especialmente do criterio necessario para a comprehensão da criminalidade do facto em cada caso (esta ultima circumstancia deve ser declarada na sentença, — e pelo jury, si o menor responder perante elle, (art. 298 do C. do proc. p.). Cumpre notar que a lei não exige o conhecimento da criminalidade (nem tão pouco a consciencia da illegalidade) da acção, mas a maduresa de espirito necessaria para a obtenção desse conhecimento, o *discernement* do C. p. francez, o *criterio* (*Unterscheidungsvermögen*) do C. p. prussiano. E, na verdade, deve dar-se o discernimento necessario para o conhecimento da criminalidade do genero de crime que

---

conclue que no acto do louco, do impubere e do adolescente destituido de discernimento não pode haver cumplicidade, isto é, o autor considera a loucura e a menoridade como circumstancias dirimentes de culpa. Esta doutrina é em parte contestada por Olshausen, segundo o qual, comquando o louco e o impubere não possam em caso algum ser punidos, todavia nos actos por elles praticados pode dar-se cumplicidade punivel, quando o louco ou o impubere tenha agido dolosamente, pois nesta hypothese dá-se, alem do elemento material, o elemento subjectivo do delicto, e portanto tudo quando a lei exige para que possa haver cumplicidade. Outros, como Schüze, e Herzog, vão ainda mais longe, admittindo a cumplicidade nos actos de loucura incondicionalmente, pois a existencia « de uma figura criminal exterior » (Herzog) é sempre sufficiente fundamento para a cumplicidade. Com relação ao impubere a distincção tem sido admittida pelo Trib. do Imp. e por alguns criminalistas, e impugnada por muitos outros, cuja opinião parece ser a predominante. Com effeito, por sua natureza e pela propria letra da lei (« não ha acção punivel »), a loucura e a impuberdade não são meras circumstancias que excluem a pena, senão circumstancias dirimentes de culpa, e portanto os terceiros, que como instigadores ou cumplices tiveram parte em actos de taes incapazes, só podem ser punidos como autores mediatos. N. do trad.

foi praticado (3). O menor pode ter discernimento para comprehenter os crimes contra a propriedade, e não tel-o para comprehender os crimes politicos. Apezar da existencia de discernimento, a imputabilidade pode ser excluida por outra causa, por exemplo, a embriaguez.

*a*) Si falta o discernimento, segue-se a absolvição. A sentença pode ordenar a collocação do menor em um estabelecimento de educação ou correcção. Com relação a terceiros, procede o que foi acima dito sob *a*.

*b*) Verificada a imputabilidade, tem applicação — em razão da «imputabilidade restricta» — a reducção da escala penal ordinaria (C. p., art. 57; ver adiante o § 70, 1) (4).

---

(3) Segundo o art. 50 do C. p. mil., a edade do agente não influe sobre a punição dos crimes e delictos militares, visto como a aptidão para o serviço militar começa aos 17 annos completos. Ver Hecker, 104.

(4) O art. 173 encerra uma disposição especial (vêr o § 43, nota 2). A menoridade em relação ao juramento regula-se pelas leis do processo (b). A menoridade civil não é tomada em consideração. Não assim no direito austriaco e no direito hungaro, que não admittem seja o menor de 20 annos condemnado á pena de morte ou á de prisão perpetua; tambem a toma em consideração o projecto russo. — Segundo o direito vigente, a velhice não é causa de attenuação de pena, como admittia o direito commum do seculo XVIII e recentemente admitte o projecto russo. Este projecto contempla tambem entre as causas de attenuação o *sexo feminino* (c).

(b) O menor de 16 annos não póde prestar juramento, pelo que não póde incorrer nas penas do perjurio. N. do trad.

(c) A *Zwangserziehung* ou educação forçada dos menores tem applicação na Allemanha: 1.° aos meninos menores de 12 annos, que tenham commettido crimes; 2.° aos adolescentes de 12 a 18 annos que, tendo commettido crimes, foram absolvidos por falta de discernimento; 3.° aos menores que tenham sido descurados, sem que o

2.° — O desenvolvimento tolhido. Surdi-mudez. Tambem aqui deve-se verificar, no caso dado, a imputabilidade em geral, e especialmente o discernimento necessario para a comprehensão da criminalidade do facto praticado, e esta circumstancia

---

abandono moral d'elles se haja manifestado pela pratica de crimes. Quanto ao 1.° grupo, é nos Estados a autoridade pupilar que resolve, *ex officio* ou em virtude de queixa, sobre a collocação do menino em um instituto de educação. O processo é administrativo com audiencia dos paes ou tutores. Quanto ao 2.° grupo, a collocação é resolvida na propria sentença de absolvição e confiada ás autoridades policiaes e administrativas. Tem sido objecto de discussão qual o systema preferivel, a educação no seio de uma familia ou em um instituto destinado a este fim. As leis locaes divergem, preferindo ora um ora outro, ou autorisando ambos (como na Prussia); mas estão todas de accôrdo em que a educação forçada é fundamentalmente diversa da pena de privação de liberdade, pelo que prohibem a collocação do menor em estabelecimentos destinados á correcção das pessoas de que trata o art. 362 do C p. Poucos são os institutos de correcção e educação creados pelos Estados, os mais d'elles são particulares com regulamentos approvados pela autoridade e sujeitas á inspecção d'esta. Esses institutos, denominados *Rettungshäuser*, modelados pelos estabelecimentos de Weimar e Hamburgo fundados no começo d'este seculo por Falk e Wichern, são superiores a 200 em toda a Allemanha. A educação forçada vae até o periodo que lhe tenha sido fixado (quando não termine antes, como algumas leis permittem) isto é, até os 16 ou 18 annos de edade do menor, e póde ser excepcionalmente prolongada na Prussia até a maioridade e nos outros Estados até os 20 annos. Na Prussia é permittida a liber tação provisoria (retractavel até o fim do periodo). Garraud (1.°, 203), referindo-se á legislação franceza, estranha que a privação da liberdade infligida, a titulo correccional e não penal, ao menor destituido de discernimento, seja em geral mais duradoura do que a infligida, a titulo penal, ao menor que obrou com discernimento, razão por que na pratica os adolescentes dissimulam muitas vezes a edade. A mesma reflexão provoca a legislação allemã. Entre nós, tudo está por fazer n'esta materia tão momentosa. Ver o art. 26 do Proj. N. do trad.

deve ser expressamente declarada (C. p., art. 58). Mas, verificada a imputabilidade, não tem applicação a reducção da escala penal, comquanto devesse ser tambem applicavel aos surdos-mudos (5).

Como a lei só faz menção dos surdos-mudos, estas disposições não são applicaveis a outros casos de detido desenvolvimento (considere-se a imbecilidade no seu gráo inferior, o natural de uma tribu selvagem, o individuo que cresceu em completo isolamento, etc.) (6); mas póde ter applicação o art. 51 do C. p.

II.—*Quando falta a saude mental.*

Firmado nos relatorios de especialistas, o art. 51 do C. p. dispõe:

«Não ha acção punivel, quando o agente, ao tempo da acção, achava-se em estado de inconsciencia ou de *enferma perturbação da actividade mental, que excluia o livre exercicio de sua vontade*».

A expressão — enferma perturbação da actividade mental — foi adoptada para comprehender não só as denominadas enfermidades mentaes no sentido proprio, senão tambem os obstaculos ao desenvolvimento do espirito (idiotismo ou imbecilidade) e estados de degeneração mental, bem como as enfermidades physicas propriamente ditas que são acom-

(5) No sentido da lei é sómente surdo-mudo quem desde o nascimento ou desde a mais tenra infancia achou-se impedido no seu desenvolvimento.—O Japão não pune os surdos-mudos; o Cod. italiano contém disposições minuciosas.

(6) Em sentido contrario Binding, 1.°, 221, Hälschner, 1.°, 224, v. Meyer, 188, v. Wächter, 133, v Lilienthal, 41; de accordo Geyer, 1.°, 103, Olshausen, § 51, 10, Merkel, H H., 2.°, 82 (d)

(d) Trata-se de saber si os art. 51 e 58 do C. p. são susceptiveis de interpretação por analogia. N. do trad

panhadas de desarranjos mentaes (como o delirio produzido pela febre, as molestias nervosas), e finalmente as perturbações transitorias da actividade mental (estados de intoxicação etc.). Mas, assim como toda perturbação da saude perfeita do corpo não póde ser qualificada de enfermidade, tambem qualquer desarranjo da actividade mental não exclue a imputabilidade; o minimo, com que o direito em geral se deve contentar, constitue tambem aqui o limite inferior. Por isso o art. 51 do C. p., assignalando apenas de um modo especial (mas não exclusivo) um lado da imputabilidade, exige um estado que exclua «o livre exercicio da vontade» do agente. Tambem aqui isto não significa mais do que a regular aptidão do agente para determinar-se por meio de representações.

A exposição das diversas fórmas da «enferma perturbação da actividade mental», já não é objecto da sciencia do direito penal, comquanto a administração da justiça as deva conhecer exactamente para pedir, quando se fizer mister, o parecer dos peritos. Faremos porém menção d'esta dupla conclusão que resulta da *unidade* da nossa vida mental. Notaremos, de um lado, que as perturbações não só das representações, senão tambem das sensações (como a inversão do instincto sexual) (*e*) e dos impulsos (como a paradoxia da vontade) são de natureza a excluir a imputabilidade; e, de outro lado, que não são possiveis desarranjos parciaes, permanecendo o espirito intacto quanto ao mais. A sciencia moderna abandonou pois a idéa das monomanias, como degeneração dos impulsos, conservada

(*e*) *Konträre Sexualempfindungen:* a pederastia activa e passiva e o *amor lesbicus*, segundo explica v. Krafft-Ebbing, *apud* H H., 2, 117. Ver tambem o relatorio de Leppman no *Boletim* da U. I. de d. p., 6 v., 108. N. do trad.

a plena lucidez da intelligencia, e as considera sómente como manifestações parciaes de uma enfermidade geral do espirito. Egualmente a «loucura moral» *(moral insanity)* é sempre acompanhada de obscurecimento das idéas, e de embotamento dos sentimentos, pelo que é mais correcto concebel-a como uma das fórmas da imbecilidade.

Si o desarranjo mental verificado por peritos exclue ou não a imputabilidade, é o juiz quem, nesta parte como em outras, tem de decidir, segundo o seu proprio exame e sob sua responsabilidade. O parecer medico não o obriga nem o exime de responsabilidade. Si o alienado, absolvido por falta de imputabilidade, é perigoso, conviria providenciar a respeito de sua collocação de modo a ficar resguardada a sociedade (acima § 14, 2.°, 4).

III.—Mas a vida espiritual do homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são está sujeita a vacillações que, comquanto tenham base physiologica, podem todavia excluir a imputabilidade e, além d'isto, passam para o dominio da pathologia por transições imperceptiveis. O C. p., art. 51, as designa como estados de «inconsciencia». Mais exactamente diremos «perda ou obscurecimento da consciencia em alto gráo», que faz apparecer perturbada a regular aptidão do agente para determinar-se por meio de representações. A esta categoria pertencem a embriaguez, o desmaio, o somno, a chamada «embriaguez do somno», a suggestão hypnotica (7).

(7) Segundo o art. 49 do C. p. mil (como já dispunha o direito commum), nas acções puniveis contra os deveres da subordinação militar, bem como em todas as acções puniveis commettidas por occasião do serviço, a embriaguez devida á culpa do agente não é circumstancia attenuante. Cons. Hecker, 100, 106.

## § 38. — Do dolo

LITTERATURA. — Berner, *Imputationslehre*, 1843; o mesmo, *Die Teilnahme und die Kontroversen über Dolus und Culpa*, 1847; Krug, *Dolus und Kulpa*, 1854; Gessner, *Begriff und Arten des Dolus*, 1860; Rupp, *Modernes Recht und Verschuldung*, 1880; Lucas, *Die subjektive Verschuldung im heutigen Strafrechte*, 1883; Binding, *Normen*, 2º, 209, 403; Ortloff, G S., 34º, 401; Heitz, *Das Wesen des Vorsatzes*, 1885; Bünger, Z., 6º, 293; v. Buri, G S., 41º, 408; Franck, Z., 10º, 169 (importante) e v. Buri, G S., 43, 241; Havenstein, G A., 36º, 37; Luther, G S., 36º, 445; Kohler, *Studien*, 1º, 67, Ortoff, Z., 14, 161 (contra Frank).

I. — O resultado é, antes de tudo, imputavel, quando o acto é doloso, isto é, quando o agente o pratica, apezar de prever o resultado. Dolo [1] é pois a representação da importancia do acto voluntario como causa (representação da causalidade) [2].

---

[1] A expressão dolo (*Vorsatz*, medio alto allemão *Fara*, *Gefährde*) não é grammaticalmente bem escolhida. 1.º. Nas fontes medievaes da Allemanha do Norte até o seculo XVII (ver, por ex., o direito municipal de Lübeck, 1586, 4.º liv., 16; Frensdorff, *Verfassung von Lübeck*, 161, e tambem John, *Strafrecht in Norddeutschland*, 167) *Vorsatz* significa um delicto especial, difficil de definir; na Allemanha meridional *Fürsatz* é synonimo de «animo deliberado», e portanto de premeditação. 2.º — O *dolus malus* do direito romano é intenção antijuridica e nada tem de commum com o moderno dolo. 3.º — Tambem a linguagem dos nossos dias vacilla; os vocabulos *dolo* e *intenção*, de um lado, e, de outro, *vontade* e *dolo* são frequentemente empregados como equivalentes. Prova d'isto nos dá a falta de segurança com que o C. p. se expressa, como advertiremos no texto. 4.º — No art. 49 do C. p. mil. o vocabulo dolo é empregado em contraposição a *receio do perigo (!)*. Por isso mesmo muito importam á sciencia uma definição firme e uma linguagem uniforme.

[2] A denominada *theoria da representação*. De accordo no essencial (como anteriormente Bekker, Trat., 278) Ziebarth, 342, Baum-

Consequentemente a idéa do dolo comprehende:

1.° — A representação do acto voluntario mesmo, quando este corresponde á idéa de um crime determinado, quer sob a sua fórma ordinaria, quer sob uma fórma mais grave;

---

garten *Versuch*, 193, 349, Lass, *Hoftpflichtrecht*, 1890, p. 70, Kohler, *Studien*, 1.°, 70, Friedländer, Z, 11, 400, v. Lilienthal, 45; mui resolutamente tambem o Trib. do Imp., dec. de 24 de Novembro de 86, 16.°, 363, e 26 de Outubro de 88, 18.°, 167; mas antes de todos Franck Em sentido contrario, a opinião dominante accentúa a *volição* da acção, inclusive o resultado *(theoria da vontade)*. Cons. entre outros v. Meyer, 202, Bünger, Z. 6.°, 330, Weissmann, Z., 11.°, 80, recentemente Ortloff, Z., 14.°, 161 (contra Franck). O inconveniente d'esta doutrina está na falta de clareza de sua idéa da vontade, na consequente confusão do dolo e da intenção. Cons. especialmente Franck (que faz sentir o serviço prestado pela escola hegeliana, elucidando esta idéa). No sentido do presente tratado *vontade* significa a tensão dos musculos, o que se quer é sempre o movimento corporeo, nunca o resultado. (Ver acima o § 28, nota 3.ª). Quanto ao mais, os resultados praticos das duas theorias não divergem tanto como poderia parecer á primeira vista. (ª)

(ª) Segundo a *theoria da vontade*, o dolo consiste em querer o acto e o resultado. E' esta a theoria dominante, que sob variantes e formulas diversas se encontra nos tratados e nos cod. Ver *apud* Suinderem, *Esquisse de droit pénal*, 1.°, p. 174, o resumo das doutrinas dos mais notaveis criminalistas allemães, e *apud* Alimena, *Dell'imputabilità*, 1.°, parte 3.ª, cap. 2.°, o exame dos Cod. modernos. Segundo a *theoria da representação*, o dolo consiste na representação do resultado e da relação de causalidade entre este e o acto voluntario. *Querido* é sómente o acto (a resolução e o movimento muscular); *desejado* e *intencionado* póde ser o resultado. A intenção designa o fim que o agente visa, o motivo que determina a sua resolução, e por consequencia é elemento distincto do dolo. Este póde dar-se ainda quando o agente não tenha por fim ou movel de sua acção o resultado. A theoria da representação evita assim toda dubiedade e equivoco na linguagem, e ao mesmo tempo introduz a clareza e a precisão em uma materia em que, póde-se dizer, é tradicional a confusão. N. do trad.

2.° — A previsão do resultado, quando este é necessario para a idéa do crime;

3.° — A representação de que o resultado será effeito do acto voluntario, e este causa do resultado, portanto a representação da causalidade mesma.

E' por ahi que o dolo se distingue do desejo. Este suppõe a representação de mudanças futuras, mas não a representação da relação causal entre a acção presentemente emprehendida e taes mudanças. Eu posso, por exemplo, desejar (sem me propor a fazel-o) que o meu inimigo pereça em uma viagem por via ferrea ou ás montanhas a que o determinei, ou que o raio fulmine a arvore sob que elle se collocou a conselho meu; bem como é meu desejo, e não meu dolo, tirar a sorte grande por meio do bilhete que comprei. Aqui não se concebe o acto proprio como uma circumstancia que se accrescenta ás condições dadas, e consequentemente como causa, mas suppõe-se que taes condições possam eventualmente occorrer.

De accordo em substancia com a definição acima dada, mas de um modo muito menos expressivo, póde-se dizer: o acto doloso é a consciente realisação de todas as circumstancias que caracterisam o crime (3).

II. — Assim dá-se o dolo:

1.° — Quando o agente *tem em vista* o resultado, isto é, quando a previsão do resultado é o *motivo* do acto; quando o agente emprehende o acto por *causa* das mudanças que elle operará no mundo exterior, quando essas mudanças são o fito, a sua pro-

(3) A'a mais das vezes o C. p. emprega a expressão scientemente, ou de má fé, em relação ás circumstancias caracteristicas do crime. Ver os arts. 144, 153, 257, 273, 275, 287; 131, 171, 338; 164, 187, 189, 278; 127, 259, 345 e 353.

ducção o *fim* do acto (ver a p. 199), quando o resultado é proposto (4). Muitas vezes a legislação imperial contempla nas suas qualificações a intenção como circumstancia caracteristica do crime, mas em taes casos o legislador não se expressa sempre do mesmo modo. Ora diz: «quem na intenção» ou «quem intencionalmente...»; ora: «quem para o fim...»; ora: «quem para...» (5). Em todos esses casos o sentido que o legislador liga áquelle vocabulo deve ser objecto de attento exame. Não raro a «intenção» no sentido da lei é a mesma intenção no sentido em que tomamos este vocabulo; mas tambem não é raro (como, por exemplo, no art. 266 do C. p.), que a lei queira significar sómente a previsão do resultado e portanto simplesmente o dolo.

Qualquer regra geral seria erronea; a questão de saber si a lei exige a intenção ou o dolo só pode ser resolvida em relação ao crime dado.

Devemos pois referir-nos á parte especial da nossa exposição.

2.° — Mas dá-se tambem dolo, quando o agente prevê o resultado, embora essa previsão não seja o motivo do seu acto. Quem toma parte em um emprestimo levantado por um Estado em guerra com a Allemanha, sabendo que d'este modo concorrerá para augmentar a força de resistencia do inimigo,

---

(4) De accordo em geral o Trib. do Imp. E' porém criticavel a decisão de 22 de Setembro de 1893, 24.ª, 225 (intenção equivalente á previsão do resultado considerado necessario), intenção esta que se confunde com o caso do dolo mencionado no texto sob II, 2 A.

(5) Ver o C. p., art. 124, 143, 146, 242, 249, 263, 265, 266, 267, 268, 272, 274, 281, 307, 346, 349; — os arts. 129, 147, 151, 177, 191, 235, 267, 270, 273; — os arts. 87, 146, 229, 234, 236, 237, 252, 257, 298, 307, 334, 342; — os arts. 81, 105, 114, 122, 159 (b).

(b) Ver os arts. 118, 119, 129, 140, 143, 144, 145, 157, 189, 193, 206, 214, 215, 262, 270, 277, 330 do C. p. braz. N. do trad.

commette dolosamente uma traição contra o paiz, comquanto o motivo do seu acto seja sómente o lucro resultante da operação.; quem sabe que a machina infernal collocada em um navio, explodindo, sacrificará muitas vidas, commette dolosamente o crime de homicidio, embora o movel do seu acto seja sómente lucrar a somma que faz objecto do seguro; a meretriz que, sabendo estar accommettida de syphilis, entrega-se por amor do lucro, faz-se culpada de offensa dolosa á saude, etc.

Cumpre, todavia, distinguir:

*a*) o dolo dá-se incondicionalmente, quando o agente tem por certo (necessario) o resultado; *b*) condicionalmente, quando o agente o considerava sómente possivel, comtanto que a convicção de produzir-se o resultado com certeza não o demovesse da pratica do acto, e portanto quando, como bem podemos dizer, o agente *presta a sua annuencia* ao resultado (o denominado dolo eventual) (b) (c).

---

(b) Stooss, Revista suissa do direito penal, 1.°, 526; dec. do Trib. do Imp. de 19 de Fevereiro de 1891, 21.°, 411. O denominado dolo eventual é tambem dolo. No essencial é o ponto de vista do Trib. do Imp. (mas, como Olshaussen observa, § 164, nota 7, o tribunal não admitte o dolo eventual, quando a lei exige que o agente tenha procedido de má fé; cons. adiante o que se diz sobre a calumnia). Contra a tendencia a ampliar ainda mais a idéa, ver Franck, l. c. (tambem Seuffert, proj. ital., 146). Completamente confuso Horn, *Kausalitätsbegriff*, 99 e seg., que não póde distinguir entre culpa e dolo eventual.

(c) Quando o agente prevê um certo resultado, sem que o seu fito ou intenção seja precisamente causal-o, esse resultado póde ser previsto como necessario ou como possivel. Na 1.ª hypothese, ambas as theorias (a da vontade e a da representação) admittem o dolo, como no caso Thomas acontecido no porto de Bremen em 1875 (catastrophe determinada pela explosão de uma machina infernal para a destruição de um navio seguro). Na 2.ª hypothese porém, surge uma das mais graves questões de direito penal, pois trata-se de traçar a linha divi-

III. — Do que fica dito em ultimo logar já se conclue que a representação do resultado da acção póde ser mais ou menos determinada, com quanto não deva ser completamente indeterminada nem possa comprehender todas as particularidades (7). O agente deve conhecer em geral os anneis da cadeia causal a que por um acto de vontade deu impulso ou cujo movimento não impedio, dominar com a vista o seu desenvolvimento, representar-se o seu effeito. A representação do resultado deve ser determinada nos traços caracteristicos para que, como tal, se distinga do desejo e da esperança. Mas essa determinação, cujo grau inferior não é susceptivel de ser fixado de modo invariavel mediante uma formula geral, póde ser mais ou menos precisa: todas as pessoas

---

soria entre o dolo e a culpa. Em rigor a *theoria da vontade* só póde admittir culpa; mas como esta consequencia nem sempre estaria de accordo com o sentimento juridico, procurou-se evital-a, excogitando a theoria do dolo indirecto, da *culpa dolo determinata*, de gráos intermediarios entre aquella e este. A theoria de representação admitte ora culpa, ora dolo. Si Guilherme Tell ferisse o filho, diz van Hamel, dever-se-hia (abstrahindo do estado de necessidade) admittir sómente culpa, mas si o rei de Dahomey, exercitando-se do mesmo modo sobre um escravo, o matasse, dever-se-hia reconhecer que a morte fora dolosamente causada. O que serve de criterio para a solução é esta regra: é dolosamente causado o resultado, de cuja possibilidade o agente tem consciencia, si, supposta a representação do resultado como necessario, tal representação não o demovesse da acção. Esta condição, continúa elle, demonstra-se, por ex., pela consciencia da alta probabilidade do resultado, pelo despreso de todas as cautelas, pelos habitos do agente, etc., de sorte que a regra é pratica e theoricamente justa (1.°, p. 270). Cumpre entretanto notar que n'esta parte tambem a theoria da representação tempera o rigor de suas conclusões. N. do trad.

(7) Cons. Binding. *Normen*, 2.°, 412; Zittelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 433, 524; Ligwart, *Begriff des Wollens*, 194; Halsehner, 1.°, 285 e seg., Trib. do Imp., dec. de 29 de Março de 1882, 6.°, 146.

que beberem desta fonte, o autor a mim desconhecido de uma noticia de jornal que me é offensiva, o viandante que se aproxima do caminho, as cousas encerradas no armario a arrombar de que nenhum outro conhecimento tenho, são objectos sufficientemente determinados do meu dolo. Costuma-se qualificar de *dolus indeterminatus* o dolo não determinado em relação a todas as particularidades (mas não de todo indeterminado).

A hypothese de um dolo indirecto, pelo contrario, deve ser decididamente abandonada. Segundo a concepção do direito commum, dá-se o *dolus indirectus*, quando o agente, com a pratica do crime, dá causa a outras consequencias que não previra, mas que resultaram de facto e que talvez devessem facilmente delle resultar (assim a offensa physica de que resultou a morte deve ser punida como homicidio doloso). Esta hypothese cae com a consideração de que mesmo o *versari in re illicita* não póde converter em resultado representado um resultado não representado ([8]).

---

([8]) O *dolus indirectus* deve a sua origem ás necessidades da administração da justiça, a que a *theoria da vontade* (acima nota 2ª) não estava em condições de attender. Já defendido por Carpsov e por Leyser, predominante depois da dissertação sobre o *homicidio ex intentione indirecta commisso* de v. Nettelbladt-Glanzer (1756, 3ª ed., 1772), debalde impugnado por Böhmer, encontra-se o dolo indirecto na sciencia e na legislação do seculo XVIII, ora como uma regra legal sobre a prova (o cod. bavaro de 1751, o direito commum prussianno, 27), ora como uma modalidade especial da culpa (a *culpa aquiescente* de Soden, a *culpa dolo determinata* de Feuerbach) e conserva-se ainda no direito vigente da Russia e da Austria (ver Z., 8.°, 348). O seu ultimo producto na legislação penal da Allemanha é o resultado como condição de uma penalidade mais grave (ver acima o § 35, nota 6, bem como Wachenfeld, *Mord und Totschlag*, p. 24).—Todos as outras modalidades do dolo que nos foram transmittidas pela sciencia do direito com-

IV. — O dolo refere-se á acção considerada como producção ou não impedimento de uma mudança no mundo exterior, como acontecimento que cae sob os

---

mum são na melhor das hypotheses inuteis, e pela maior parte, como o *dolus indirectus*, não passam de exaggeros da idéa, proprios a induzir em erro. Assim a hypothese do chamado *dolus subsequens*, isto é, de um dolo que se segue ao acto culposo e o affecta ulteriormente, é de todo inadmissivel. O mesmo se deve dizer do *dolus generalis* de Weber (1825), modalidade do *dolus antecedens*: dá-se quando o agente, suppondo erroneamente já ter consumado o crime, pratica uma outra acção para encobrir os vestigios do facto etc. e só então produz o resultado que primitivamente elle se representára. Perguntamos: todos os actos parciaes podem ser concebidos como uma unica acção, cujo curso se desvia da representação do agente apenas em pontos que para elle não são essenciaes? Si é este o caso, não se faz mister, para a imputação do resultado, a hypothese de uma modalidade especial do dolo; si não é este o caso, tal hypothese não pode reduzir a unidade actos diversos e independentes (d).

(d) O *dolus indirectus* assenta sobre esta supposição — quem, por um acto voluntario, causa um mal maior do que o intencionado ou diverso do intencionado, *indirectamente o quer* — e nada tem de commum com o *dolus indeterminatus*, que comprehende o resultado produzido de um modo mais ou menos determinado, isto é, ou eventualmente (ferir, ainda que mate) ou alternativamente (ferir ou matar, offender a Pedro ou a Paulo). Quanto ao *dolus generalis*, assim se chama a intenção que converte em uma unidade, dados certos requisitos, varios actos do mesmo agente. Dá-se, quando alguem pratica um certo acto com intenção criminosa e, suppondo erroneamente ter conseguido o resultado e realisado a sua intenção, pratica um novo acto que vem a produzir o resultado a principio intencionado. A mãe, por ex., intenta suffocar o filho recemnascido, e, suppondo que o suffocara, enterra o pretendido cadaver para occultar o crime, e só por este ultimo acto causa a morte do filho. Em taes casos alguns criminalistas (Weber, Köstlin, v. Schwarze) baseam-se no *dolus generalis* para reduzir os actos a uma unidade e lançar á conta do dolo do agente o ultimo acto, como consumação do crime. — Com a denominação de intenção indirecta, a doutrina do *dolus indirectus* tem-se perpetuado no nosso direito penal e ainda é mantida no proj braz., art. 34, § 1.° N. do trad.

sentidos; não se refere porém á *importancia juridica* da acção. Comprehende as circumstancias especiaes que constituem o crime em questão, e não os requisitos geraes do crime (e); e dentre aquellas circumstancias não comprehende mesmo as que ficam fora da acção, por serem condições de punibilidade ou requisitos processuaes (adiante § 43). O dolo nada tem que ver com a efficacia das leis penaes, a imputabilidade, o proposito e a negligencia mesma, a tentativa e a consumação do crime, a autoria e a cumplicidade, a unidade e a pluralidade no crime. Sobretudo não comprehende a *consciencia da illegalidade*: é uma completa inversão de idéas vêr justamente n'isto a essencia do dolo. (9) Esta these será desenvolvida adiante (§ 40).

---

(e) *Thatbestand* é no direito penal o conjuncto das circumstancias que caracterisam e constituem o crime. Distingue-se em interno e externo (ou subjectivo e objectivo) e em geral e especial. O geral é o conjuncto dos caracteres, que assignalam a idéa do crime e por isso é tratado na parte geral do systema; o especial é o *corpus delicti* de um crime dado, o conjuncto das circumstancias que o constituem e pelos quaes elle se distingue de qualquer outra especie de delicto. N. do trad.

(9) Assim a regra já acima enunciada (§ 31, II, 4) — a illegalidade da acção deve ser apreciada de um modo exclusivamente objectivo — nos apparece como corollario de um principio geral e ao mesmo tempo sob uma luz nova e mais brilhante. Evitar-se-hiam os numerosos equivocos que o exame da regra em questão tem suscitado na litteratura moderna, si se tivesse tal connexão em vista. Decisivo é saber-se que, nas duas formas da culpa (o dolo e a culpa propriamente dita), o que está em questão é a relação entre as representações do agente e o crime como acção, isto é, como producção de uma mudança no mundo exterior. Isto torna-se ainda mais evidente, quando se considera que o dolo e a culpa apparecem do mesmo modo não só no campo da acção illegal, senão tambem no da acção juridicamente indifferente. Não é só o ladrão que póde matar dolosa ou culposamente a caça; tambem o póde fazer quem está investido do direito de caçar; não é sómente a cousa alheia movel que eu posso destruir dolosa ou

## § 39. — Continuação. Do erro

LITTERATURA. — Além das obras mencionadas no paragrapho anterior, Pfotenhauer, *De delicto per errorem in persona commisso*, 1828, o mesmo, *Der Einfluss des Irrtum auf die Strafbarkeit*, 1838-39; Luden, dissertações, 2º; Stockar, *Die Lehre von der Aberration*, 1864.

I. — Erro é a *não conformidade* entre a representação e a realidade; é portanto, em direito penal, a não conformidade entre a representação do agente sobre a importancia do acto voluntario como causa ou não impedimento do resultado e o *curso real* dos acontecimentos. Logo o erro, até onde elle alcança, impede que se lance á conta *do dolo do agente, quer o acto voluntario, quer o resultado.*

Mas, assim como não é necessario que o dolo verse sobre todas as particularidades concernentes ao desenvolvimento da cadeia causal (acima, p. 146), tambem não se faz mister, para que o resultado produzido possa ser attribuido ao dolo, uma plena conformidade, no tocante a todas as particularidades, entre o curso representado e o curso real dos acontecimentos. A representação das mudanças que o acto voluntario causará ou não impedirá e essas mudanças mesmas devem, é certo, corresponder-se; mas não é necessario que se correspondam em todas as

---

culposamente, senão tambem a minha propria cousa. E' muito frisante o art. 702 do Cod. do Com. (sobre isto Binding, 1.º, 309). Justamente por isso costumava-se outr'ora accrescentar ao dolo o qualificativo *máo, dolus malus.* Cons. os seguintes paragraphos.

(¹) O art. 707 do C. do Com. all., tratando dos damnos causados ao navio e á carga pelo capitão para salvação commum, emprega o adverbio *vorsätzlich* (dolosamente) no sentido de voluntariamente, propositalmente. N. do trad.

particularidades, embora não essenciaes, e sim sómente nos pontos que o são. *Só o erro concernente a um ponto essencial exclue o dolo.*

Consequentemente a não conformidade entre a representação do curso da acção e o curso de facto produzido não inhibe que se impute o resultado ao dolo do agente, quando o desvio é apenas concernente a alguns pontos, e esses não são *essenciaes* em relação á acção considerada no seu conjuncto.

Assim, ao nosso ver, dar-se-hia homicidio doloso nos seguintes casos: um individuo, armado de um revolver carregado e na intenção declarada de matar, precipita-se sobre a sua amante; na luta esta toca o gatilho da arma e fere-se mortalmente. — A lança B da ponte para afogal-o; B bate de encontro ao pilar da ponte e esmaga o craneo. — O ladrão de caça aponta a arma contra o caçador para matal-o; este salta instinctivamente e despenha-se no abysmo (1). — Não se dá consumação do furto qualificado, si o ladrão, procurando na caixinha fechada um certo documento, encontra ahi 10.000 marcos e delles se apossa.

Uma circumstancia póde porém converter-se em *essencial*, quando sobre ella versa o dolo do agente de um modo precisamente determinado, *excluidas da representação todas as outras circumstancias correspondentes* (A quer devolver uma injuria a B pelo telephono, mas acha-se por engano em communicação com C e o insulta). Isto não é sómente verdade, quando o agente considera inteiramente excluida a importancia da acção em relação áquella circumstancia, senão tambem quando suppunha depender sempre de si prevenir o resultado e portanto quando

(1) A respeito deste caso, que toca o extremo limite, são de outra opinião Löning, 34, v. Meyer, 205, v. Rohland, *Gefahr*, 72, nota 2.

a previsão da realisação do resultado o teria demovido de emprehender a acção.

II. — A ignorancia de uma circumstancia essencial ao crime exclue pois absolutamente o dolo (acima, p. 272, texto a que se refere a nota 3ª). Com toda a claresa dispõe o art. 59, al. 1.º do C. p.:

« Quando o autor de uma acção punivel não conhecia, ao tempo em que a praticou, a existencia de circumstancias que a lei inclue na qualificação do crime ou que aggravam a criminalidade, essas circumstancias não lhe serão imputadas » (ª).

Não si dá pois furto doloso, se eu ignorava que a cousa pertencia a outrem; não se dá parricidio, si eu não sabia que a victima era meu ascendente. O erro relativo, porém, a um dos outros caracteres do crime, e especialmente o erro relativo á illegalidade da acção (ver adiante o § 40), em regra, não é tomado em consideração.

Entretanto a supposição erronea de que se dá uma das circumstancias caracteristicas do crime póde occasionar uma tentativa impossivel. Exemplo: tomo

---

(ª) Conhecer as circumstancias de que fala a lei, pondera Olshausen (59, 12), não quer dizer *ter sciencia (scire)*, isto é, a convicção apoiada em circumstancias objectivas, e sim designa sómente o facto do agente represental-as de um modo correspondente á verdade ou tel-as por possiveis *(cogitare)*, sem convicção subjectiva. Basta pois o dolo eventual, isto é, basta a sciencia por parte do agente de que o resultado, de cuja causação a lei faz dependente a applicação de penas, póde ser produzido pelo acto em questão, uma vez que o agente convenha nesse resultado, caso elle se produza. Nesta conformidade não é neeessario para a punição o absoluto conhecimento de todas as circumstancias constitutivas do delicto, mas sómente o tel-as por possiveis sob aquelle presupposto; e, por outro lado, não se segue a impunidade, porque o agente não as conhecesse, mas sómente porque não laborava em duvidas a tal respeito. Neste sentido a opinião commum. N. do trad.

a minha cousa por cousa alheia, um estranho por meu ascendente (cons. adiante o art. 47) (2).

III. — Em todos os casos de erro não ha que distinguir si o erro consiste na inexacta apreciação dos *factos* ou na erronea intelligencia das *disposições de direito* em questão, ou finalmente na erronea *applicação destas áquelles*, na erronea comprehensão dos factos sob a lei (subsumpção). Com razão o C. p. não admitte a distincção entre o erro *de facto* e erro *de direito*. Desapparece assim a distincção entre o *erro de direito penal* e os demais casos de erro de direito (3) (b).

---

(2) Erroneo é admittir-se nesta parte, como faz Olshausen, § 59, 25, um *delicto putativo* (adiante § 40, nota 6), e portanto uma impunidade que não soffre excepção.

(3) De accordo no essencial Binding, *Normen*, 2.°, 607, Löning, 36, Other, 83, e especialmente v. Bar, G S., 38, 270 e Ortloff, *Strafbarkeitserkenntnis*, 16, nota 2. Em sentido contrario o Trib. do Imp. tem admittido em varias decisões, de accordo com a opinião commum, que o erro relativo a lei penal não tem influencia, mas que aproveita qualquer outro erro de direito, bem como o erro de facto. Entretanto a letra do art. 59 (circumstancias que a lei inclue na qualificação do crime) mostra que tambem nelle se comprehende a denominada *subsumpção*.

(b) Uns entendem que o art. 59 do C. p. all. refere-se sómente ao erro de facto, deixando o legislador á theoria a solução da questão sobre a influencia do erro de direito. Outros entendem que o art. 59 não faz distincção entre o erro de facto e o de direito e sim dispõe em geral a respeito do erro que recae sobre as circumstancias comprehendidas na qualificação legal do delicto. Mas dentre os que limitam o art. 59 ao erro de facto, muitos consideram como tal todo erro que se refere a disposições de direito pertencente a qualquer outro ramo que não seja o direito penal. Assim o Trib. do Imp. em numerosos julgados tem reconhecido que a «ignorancia de uma norma não pertencente ao direito penal ou o erro sobre normas do direito civil ou publico está comprehendida no art. 59». Contra esta distincção entre erro de facto e erro de direito pronunciam-se Hälschner e Olshausen, que a qualificam de completamente arbitraria. «Não se comprehende, diz

IV. — Os principios estabelecidos são plenamente sufficientes para a solução de todas as questões sobre erro concernente á importancia da acção como causa. Nenhuma razão justifica conservar-se a doutrina escolastica da *aberratio ictus* e do *error in objecto* ou *in persona*, distincção esta que, como antithese, era estranha ao direito commum e só neste seculo (por intermedio de Pfotenhauer) adquirio foros de cidade.

1.° — Segundo a opinião dominante, dá-se a *aberratio ictus*, quando produz-se um resultado diverso do representado pelo agente e essa aberração do resultado é referivel a circumstancias exteriores. Neste caso entende-se que não se pode imputar o resultado produzido, e que se deve admittir o concurso de um crime dolosamente tentado com um crime culposamente consumado. Esta solução é falsa. Na hypothese figurada tem tambem applicação o principio acima estabelecido, segundo o qual só se deve ter em conta a não conformidade essencial entre a representação e o resultado, de sorte que a imputação do resultado ao dolo do agente ora é inadmissivel, ora inevitavel. Si o ladrão de caça fez pontaria sobre a mais bella cabeça de um rebanho de camurças, mas em consequencia da *aberração* do tiro ferio uma outra cabeça de qualidade inferior, certamente não se pode considerar essencial esta não conformidade entre a representação e o resultado.

---

Olshausen (59, 1 e 30), por que o erro sobre uma materia não pertencente ao direito penal não deva ser considerado como erro de direito, e sim como erro de facto. Si semelhante erro exclue a culpa, como se reconhece por esta interpretação restrictiva do principio « error juris nocet », a logica exige que se dê o mesmo effeito ao erro no campo do direito penal, e portanto ao erro, em virtude do qual um acto qualificado criminalmente seja tido por licito, isto é, por não illegal objectivamente ». N. do trad.

O mesmo deve-se dizer, si em uma rixa geral na taberna o golpe recahio sobre outro individuo que não o adversario que o agente tinha em vista.

2.° — O *error in persona* (*in objecto*) dá-se, segundo a opinião dominante, quando o resultado realisado em relação a outro objecto que não o representado é referivel a um *erro* (equivoco) do agente. Entende-se que neste caso o erro deve ser sempre considerado como não essencial, e o resultado sempre attribuido ao dolo, uma vez que os dois objectos em relação á figura criminal em questão, sejam da mesma importancia para o direito penal. Esta doutrina é menos duvidosa do que a mencionada sob o numero 1. Considere-se entretanto o caso em que o agente, querendo subtrahir uma caixinha com documentos para elle importantes, subtrae uma outra em tudo semelhante, mas que contem papeis de credito. Em todo caso intrinsecamente não se justifica a distincção de principios entre a *aberratio ictus* e o *error in persona* ou *in objecto* (4).

## § 40 — A consciencia da illegalidade

LITTERATURA. — Oetker, *Einfluss des Rechtsirrtums*, 1876; Binding, *Normen*, 2, 60, 310; Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879; v. Bar, G S., 38°, 252; Hälschner,

(4) O Trib. do Imp. aceita o ponto de vista da opinião commum. Ver a ultima decisão de 25 de Abril de 89, 19.°, 170. — O direito commum — como as leis barbaras e as compilações — , tratou sempre a aberração do mesmo modo que o erro sobre a pessoa (por exemplo o *Landrecht* prussiano de 1721) e, apoiado em Clarus e Carpsov (Const. sax., 4.°, 6) admittia a existencia de um crime doloso consumado (menos severamente Damhonder entre outros). O cod. austriaco de 1852, art. 134, ainda equipara expressamente ambos os casos, que a sciencia franceza tambem não distingue. Sobre a praxe hungara, ver Z., 9.°, 554.

1º, 250; Heinemann, *Die Bindingsche Schuldlehre*, 1889; o mesmo, *Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrtums*, Z., 13º, 371; Ortloff, *Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung*, 1891.

I. — Segundo o que fica dito, é fóra de duvida que a idéa de dolo não comprehende a consciencia da illegalidade (1). Tambem não se pode, em geral, exigir, além do dolo, a consciencia da illegalidade, como um requisito independente que a este se accrescenta. Uma tal exigencia, que no ponto de vista da theoria da coacção psychologica tem cabimento (ver acima o § 12, nota 3.ª), paralysaria—e esta é a razão decisiva — a administração da justiça, impondo-lhe o encargo de provar, em cada caso occurrente, que o agente conhecia o preceito violado. Este requisito é tanto mais inadmissivel quanto nenhum apoio encontra na lei (2), e está em formal opposição á opinião commum de todos os tempos (3).

---

(1) Em sentido contrario especialmente Binding, *Normen*, 2.°, 403 que define justamente o dolo como *vontade conscientemente contraria ao direito*. Seguem-no Oetker, Olshausen, Hammerer, *Der Einfluss des Rechtsirrtums auf die Bestrafung*, 1890; bem como Eisenmann, Z., 13.°, 459, que nenhuma razão dá.

(2) Que não se pode invocar a este respeito o art. 59 do C. p., como pretendem Binding, Ortman, Oetker e outros, resulta indubitavelmente da letra da lei *(circumstancias)* e tambem é expressamente reconhecido tanto por Olshausen, § 59, 30, como por Hammer, 30. Cons. Heinemann, 122, bem como a decisão do Trib. do Imp. de 31 de Janeiro de 90, 20.°, 198, e sobre ella Franck, Z., 12.°, 281.

(3) O Trib. do Imp. tem adoptado, de um modo cada vez mais resoluto, a doutrina do texto. Cons. as decisões de 19 de Fevereiro de 85, 12.°, 275, 17 de Janeiro de 87, 15.°, 158, e 28 de Maio de 89, 19.°, 252; muito positiva a de 13 de Maio de 90, 20.°, 393 (duvidosa pelo contrario a de 30 de Janeiro de 91, 21.°, 313, penultimo *aliena*). Egualmente Berner, 243, Geyer, 1.°, 111, v. Meyer, 198, v. Wächter, 146, e G S., 16.°, 56, Lucas, *Subjective Verschuldung*, 66, Köhler, *Patentrecht*, 531, *Markenschutz*, 356 (nos seus *Studien* diz bastar a

II. — Mas esta regra soffre uma importante excepção. Sempre que a lei inclue na qualificação do crime a illegalidade como caracteristico, deve-se exigir, por parte do agente, a consciencia da illegalidade (4). Cumpre então, com desvio dos principios que serão desenvolvidos sob o n. III, 2, ter em conta a supposição erronea do agente de não ser illegal o acto. Convem lembrar tambem que algumas leis accessorias contêm disposições especiaes sobre a influencia do erro de direito (5).

---

*apathia juridica*), Bruck, *Fahrlässigkeit*, 22, Heitz, *Vorsatz*, 16, Simon, G S., 32.°, 425, v. Bar, G S., 38.°, 252, Weismann, Z., 11.°, nota 196, Stooss, *Grundzüge*, 1.°, 202, van Calker, *Befehl*, 24, e especialmente Heinemann, 11.°, que acompanha a questão em todos os periodos do seu desenvolvimento historico-dogmatico. — Os adversarios divergem entre si; uns exigem a consciencia de que a acção é injuridica, outros de que é punivel, ou incompativel com o Estado ou ante-social, ou contraria ao dever, ou offensiva da norma ou digna de pena. Merkel, 68, quer a possibilidade da consciencia de ser a acção contraria ao dever; Janka, 106, a consciencia da possibilidade de ser a acção injuridica. Cons. Hälschner, 1.°, 198, 253, Löning, 31, 35, Binding, *Normen*, 2.°, 403, Olshausen, § 59, 16 e 30, Bünger, Z., 6.°, 340, v. Buri, *Kausalität*, 36, Ortloff, G S., 24.°, 410 (bem como na obra acima mencionada), Seuffert, Proj. ital., 144, C. p., 1.°, 78.

(4) Cons. acima o § 31, nota 5, onde se explica a razão desta excepção feita pela lei. Semelhantemente o Trib. do Imp.; a ultima decisão é a de 26 de Março de 89, 19.°, 209. No mesmo sentido Brochert, *Verantwortlichkeit*, 28, Friedländer, Z., 11.°, 400, van Calker, *Befehl*, 24, v. Lilienthal, 46. Cons. especialmente Heinemann. Em sentido contrario recentemente Kronecker, G S., 38.°, 495, Lucas, *Verschuldung*, 60, Stoos, Revista Suissa de d. p., 1.°, 524.

(5) Art. 163 da lei sobre a união aduaneira: «a ignorancia das disposições desta lei e das disposições administrativas, que nella se basearem, devidamente publicadas, a ninguem aproveitará nem mesmo ao estrangeiro». — Art. 18. al. 2.°, da lei sobre a contrafacção: «não se applicará a pena da contrafacção, quando quem emprehender a contrafacção proceder de boa fé em razão de um erro de facto ou de direito excusa-

III. — Recebe agora a sua verdadeira intelligencia a regra que acima firmamos (§ 31, II, 4), isto é, não se dando alguma das excepções a que se refere o n. II, o requisito da illegalidade deve ser examinado de um modo rigorosamente objectivo, sem se ter em attenção a boa ou má fé do agente. Esta regra tem importancia sob dois diversos pontos de vista.

1.° — A supposição erronea de que é illegal a acção em si não illegal não prejudica o agente. O *crime putativo* não é crime nem tentativa de crime (crime falho) (6).

---

vel». Semelhantemente as leis sobre os direitos de autor de 9, 10 e 11 de Janeiro de 1876. Sobre o art. 193 do C. p., ver a parte especial (5).

(5) A questão de saber si o dolo ou a culpa deve tambem referir-se á illegalidade da acção, isto é, si o delinquente deve tambem conhecer ou ter podido conhecer a illegalidade da acção que pratica, divide os criminalistas allemães em tres grupos. Pertencem ao 1.° os que consideram a consciencia da illegalidade como um requisito geral, de sorte que o *error juris* aproveita. Entre esses figura Binding, que deu novo interesse á questão com a sua theoria das normas. Segundo a sua doutrina, «o dolo caracterisa-se como volição de uma acção, apezar da representada contradição com a norma, sob que incide»; é pois o *dolus malus* dos Romanos. Ao 2.° grupo pertencem os que, como o autor, se collocam no extremo opposto: o delicto não é a vontade de praticar o mal, mas a vontade de fazer ou deixar de fazer alguma cousa que a lei prohibe ou ordena, e portanto a illegalidade da acção deve ser verificada objectiva e não subjectivamente, salvo quando a propria lei inclue na qualificação da acção a illegalidade como circumstancia constitutiva. Ao 3.° grupo pertencem os que seguem opiniões medias, como H. Meyer e v. Wächter: o primeiro considera necessaria a consciencia da illegalidade nos delictos que consistem na offensa de um direito, e o segundo entende que se deve exigir a possibilidade de conhecer o agente o caracter antijuridico de sua acção. N. do trad.

(6) O crime putativo é muitas vezes confundido com a tentativa impossivel, como se observa em Berner, 87, Merkel, 130, Schaper, Z., 1,

Duas hypotheses são possiveis e devem ter a mesma solução:

*a*) o agente suppõe erroneamente ser illegal uma acção que não o é. Certa mulher, que se entrega com pessoa do seu sexo a actos de libidinagem, pensa que se faz culpada de sodomia illegal e punivel; o marchante, que, explorando a miseria do pequeno cultivador, toma-lhe o gado novo por um preço vil, crê que incorre na lei sobre a usura. Em taes casos não ha crime.

*b*) O agente suppõe erroneamente não dar-se uma circumstancia que exclue a illegalidade de certa acção em geral illegal, comquanto tal circumstancia se dê no caso occurrente. A sentinella, que faz uso da arma, suppõe que não estava autorisada a fazel-o; o professor julga erroneamente ter excedido os limites do direito de correcção, que lhe compete. Tambem em taes casos não ha crime.

2.° — A supposição erronea de que a acção objectivamente illegal é legal não aproveita ao agente; não tem influencia o erro sobre o preceito imperativo ou prohibitivo em que assenta a lei penal.

Tambem aqui podemos distinguir duas hypotheses e ambas recebem a mesma solução:

*a*) O agente suppõe erroneamente que uma

---

H H., 2, 121; cons. acima o § 39, nota 2.ª. Correctamente Binding, 1.°, 692, Löning, 19, Schütze, 99, Häberlin, G A., 13.°, 237, Baumgarten, 359, Köhler, *Studien*, 1.°, 14, van Hamel, 1.°, 164. Diversa do crime putativo *(Wahnverbrechen)* é a *phantasia criminosa* (*Verbrecherwahn*), isto é, o agente conhece a illegalidade do seu acto, mas, suppondo obedecer a um dever superior, viola conscientemente a ordem juridica. Esta illusão não exerce tambem influencia — mas por outras razões — sobre a apreciação do facto. Cons. o art. 48 do C. p. Mil.: «a criminalidade.....não fica dirimida, porque o agente entendesse que o acto lhe era imposto pelos dictames de sua consciencia ou pelos preceitos de sua religião».

acção em geral illegal não o é. O usurario ignora que a lei commina penas contra o seu genero de negocio; o director de um bordel suppõe que o consentimento policial o protege. Taes acções são crimes, apezar do erro, como sem elle o seriam.

*b*) O agente suppõe erroneamente, que a acção por elle reconhecida como illegal em geral está comprehendida em alguma das excepções que excluem a illegalidade. Julga, por exemplo, que se acha em um caso de extrema necessidade ou de legitima defesa, ou que está investido de um poder disciplinar. Não ha razão para tratar estes casos diversamente daquelles a que se refere a let. *a* (7). O erro tambem aqui não tem influencia.

## § 41. — Da culpa *(stricto sensu)*

LITTERATURA. — v. Bar na Revista — Grünhut, 3.°, 21; v. Prittwitz, G A., 30.°, 145; Wahlberg, opusculos, 3.°, 268; Bruck, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, 1885; a este respeito Birkmeyer, *Krit. Vierteljahrschrift*, nova serie, 10, 587 e

(7) Em sentido contrario a opinião commum, e especialmente Binding, 1.°, 751, *Normen*, 2.°, 69, Janka, 120, v. Meyer, 197, 221, v. Wächter, 179, Ziebarth, 343. — Correctamente v. Bar, G S., 38.°, 257, Heitz, *Vorsatz*, 38. O Trib do Imp. tambem aqui em parte quer distinguir — contra a concepção aliás por elle mantida como principio (acima nota 3) — entre erro de facto e erro de direito. Semelhantemente a notavel solução tentada por Löffler *apud* Grünhut, 2.°, 774 (do mesmo modo Franck, Z., 14), que considera como decisiva a representação do agente ácerca das circumstancias de facto (supposição erronea de uma aggressão actual). Mas, abstrahindo completamente da inexequibilidade de tal regra, não podemos abandonar esta intuição — quem, em um supposto estado de legitima defesa, mata um homem, deve responder pelas consequencias do seu erro.

contra Bruck, G A., 36°, 420; Kühner, *Die Kunstfehler der Aerzte vor dem forum der Juristen*, 1886; Ortloff, *Die strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunst*, 1888; Moreau, *La responsabilité médicale*, 1891.

I. — Gradual e lentamente desenvolveu-se no direito penal a idéa de culpa, como *idéa geral*. A sciencia e a praxe quasi que só se occuparam com certos e determinados crimes culposos, como por exemplo, o homicidio. Não podemos pois estranhar que o desenvolvimento da idéa em questão não se ache ainda concluido, que na sua unidade a idéa da culpa permanecesse estranha ao direito romano e que ainda no nosso direito vigente se encontrem parallelamente representadas phases diversas da evolução respectiva. Quando, por exemplo, o art. 17 da lei sobre a vaccina, de 8 de Abril de 1874, diz — « quem na operação da vaccina proceder culposamente, será etc. », — trata-se de uma idéa de culpa inteiramente diversa da que se trata no homicidio culposo. Neste a culpa deve comprehender não sómente a acção, senão tambem o resultado a que a acção deu logar. Por outras palavras: a idéa moderna do delicto culposo (que tambem na legislação imperial não se encontra ainda plenamente observada) baseia-se nisto: o resultado realizado é concebido, não como condição de punibilidade (adiante, § 43), mas como parte da acção mesma. Só dest'arte apparece a culpa *stricto sensu* ao lado do dolo, como uma segunda fórma da culpa em geral. E' esta desenvolvida idéa do direito moderno, que tomamos para base do que se segue.

II. — Culpa é o *não-conhecimento, contrario ao dever, da importancia da acção ou da omissão como causa*. Contraria ao dever é a ausencia de conhecimento, quando o agente o podia e devia obter. Acção culposa é consequentemente *a causação ou o*

*não impedimento, por acto voluntario, de um resultado que não foi previsto, mas que podia sel-o* (1).

Assim a idéa de culpa suppõe dois requisitos:

1.° *falta de precaução por occasião do acto voluntario*, isto é, despreso do cuidado que a ordem juridica impõe e que se faz mister conforme as circumstancias dadas. A medida do cuidado determina-se segundo a natureza objectiva da acção emprehendida, e não segundo o caracter particular do agente. A não applicação da attenção, o não preenchimento do dever apresenta-se como *falta da vontade*.

2.° *falta de previsão*, isto é, deve ser possivel ao agente prever o resultado como effeito do movimento corporeo, ainda que sómente nos seus contornos geraes (2). Na apreciação desta questão cumpre tomar por base as faculdades mentaes, a maior ou menor penetração do agente. A medida é aqui subjectiva, especial. O que está em causa é a capacidade mental do individuo. Si ella é affirmada, a falta de previsão apresenta-se como *falta da intelligencia* (3).

---

(1) Diverge tambem nesta parte Binding, *Normen*, 2.°, 115, que caracterisa a culpa como vontade inconscientemente anti-juridica. Ver acima o § 40, nota 1.ª — Cumpre advertir um engano facil de dar-se. Quando a lei inclue na qualificação do crime a illegalidade como caracteristico (acima o § 40, nota 2.ª), não se póde admittir como culposa a perpetração do crime, porque tenha-se dado culposo não conhecimento da illegalidade (assim fazem Olshausen e outros). A consciencia da illegalidade excepcionalmente exigida em certos casos não affecta a idéa do dolo ou da culpa. No seu ponto de vista Binding pensa naturalmente de outro modo. Cons. tambem Franck, Z., 14.

(2) Decisão do Trib. do Imp. de 18 de Fevereiro de 89, 19.°, 51.

(3) Com o que fica dito sob os ns. 1 e 2 em referencia á equiparação dos dois elementos da idéa solve-se a velha contraversia escolastica sobre a questão de saber si a medida da culpa é geral ou especial, objectiva ou subjectiva, e si a culpa é um defeito da vontade

III. — A culpa assenta pois sobre um erro concernente á importancia do acto voluntario como causa ou não impedimento do resultado. N'isto é que a culpa se distingue do dolo. Mas tal erro e tal falta sómente justificam a admissão de culpa, quando podiam e deviam ser evitados. N'isto é que a culpa se distingue do acaso. Consequentemente o erro excluirá a culpa, quando era inevitavel, quando, dadas as condições do agente, lhe era impossivel obter a representação da importancia do seu acto. O art. 59, al. 2.ª, do C. p. não encerra mais do que esta regra, derivada da natureza da culpa, prescrevendo o seguinte: «tratando-se de actos culposamente praticados, não serão imputadas ao agente as circumstancias que elle não conhecia, salvo si a ignorancia mesma fôr devida a culpa».

IV. — Todos os preceitos da ordem juridica podem ser infringidos culposamente. Mas toda infracção culposa não é reprimida com pena pelo direito vigente. Segundo este, o delicto culposo é, pelo contrario, uma excepção, que sómente pode ser admittida quando a lei manda expressamente punir o acto culposo, ou quando da connexão das disposições legaes decorre com segurança que tal é a vontade do legislador (4).

---

ou da intelligencia. A doutrina do texto (distincção entre precaução e previsão) é aceita tambem pelo Trib. do Imp., como mostra uma serie de decisões, a ultima das quaes tem a data de 14 de Fevereiro de 87, 15.º, 345. Semelhantemente Olshausen, § 59, 17, Schmidt, *Strafbarer Bankbruch*, 1893, p. 192.

(4) Cons. a decisão do Trib. do Imp. de 11 de Junho de 91, 22.º, 43. O C. p. manda expressamente punir o delicto culposo nos seguintes casos: arts. 220 e 230, homicidio e offensa physica, arts. 121 e 347, deixar evadir-se o preso, art. 163, juramento falso, art. 259, receptação, arts. 309, 311, 314, 316, 318, 326, 329, crimes de perigo commum, art. 345, execução de uma pena que não devia ser exe-

V. — Para dar-se dolo é necessaria a representação de todas as circumstancias que a idéa do crime em questão comprehende (inclusive o resultado). Basta faltar um só dos caracteres da figura criminal para que fique excluido o dolo, mas pode dar-se culpa. Em rigor a cada crime doloso correspondem idealmente tantas infracções culposas quantos são os caracteres do crime dado, e nada obsta que o legislador commine pena sómente contra uma ou outra das infracções culposas, deixando as demais impunes. Assim ao homicidio doloso correspondem dois casos de infracção culposa: 1.° o agente sabe que mata, mas não que tem diante de si um homem; 2.° o agente sabe que a sua acção se dirige contra um homem, mas não que mata. Em geral a legislação não fez uso da possibilidade desta distincção. O homicidio culposo do C. p. imp. comprehende ambos os casos. A distincção porém se dá a respeito da receptação real, como a define o art. 259 do mesmo cod. (ver a parte especial).

VI. — Gráo de culpa. Em dois casos o direito vigente considera aggravada a culpa, si o agente procede sem o cuidado a que «era obrigado em virtude de suas funcções, profissão ou officio» (C. p., arts. 222 e 230, homicidio e offensa physica). Neste numero se comprehendem os denominados «erros da arte medica», os quaes devem ser apreciados segundo os principios geraes (5).

---

cutada. A estas infracções accrescem outras previstas nas leis accessorias. Sobre o direito penal militar, ver Hecker, 96.

(5) E' insustentavel a distincção da culpa em *consciente* e *inconsciente*, como é defendida pela opinião dominante desde Feuerbach (especialmente por Berner). Segundo esta doutrina, a culpa *consciente (luxuria, Geilheit)* deve ser considerada como caso qualificado, si o agente não se absteve, apezar de representar-se a possibilidade do resultado (ver em contrario a p. 273), e a *culpa inconsciente* como

## § 42.— Da responsabilidade nos delictos de imprensa

LITTERATURA. — v. Liszt, *Das deutsche Reichspressrecht*, §§ 47 a 52; o mesmo, H R., art. *Presstrafrecht und Redacteur*; v. Schwarze, *Kommentar*, 2º ed., 1885; Berner, *Lehrbuch des deutschen Pressrechts*, 1876; Honigmann, *Die Verantwortlichkeit des Redacteurs nach dem Reichsgesetz über die Presse*, 1885; Baumgarten, Z., 5º, 491; Löning, *Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redacteurs*, 1889; Oetker, *Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redacteurs*, 1893; Rehm, H S. t., 5º, 266; v. Bülow, G A, 40º, 241; Joly, W V., 2º, 299 e 301.

I.— Os principios desenvolvidos nos paragraphos anteriores tem tambem applicação aos *delictos*

---

caso menos grave, si o agente não se representára a possibilidade do resultado. Ver por ultimo v. Meyer, 224. Assim o agente circumspecto, que de antemão pesa escrupulosamente os effeitos remotos e depois de cuidadoso exame nega a causalidade, deve ser tratado com muito mais rigor de que o estroina irreflectido. Correctamente Binding, *Normen*, 2.º, 121, v. Buri, *Teilnahme*, 27, Bruck, 16, Wahlberg, 283, Hälschner, 1.º, 127, Löning, 44 (a).

(a) A theoria corrente distingue a culpa inconsciente *(negligentia)* e a culpa consciente (*luxuria*, temeridade). A primeira occorre, quando alguem por um acto voluntario dá causa a um mal, em que não pensára; occorre a segunda, quando o agente, na verdade, prevê o mal que do acto pode provir, mas na esperança de que esse mal não se produzirá, age e o resultado não corresponde a sua expectativa. O autor pondera com razão que não se pode estabelecer como regra que a culpa *consciente* deva ser punida mais gravemente do que a *inconsciente*. O individuo que, tendo em attenção a possibilidade de um mal, toma medidas de precaução para que elle não se produza, si essas medidas falham, deve talvez ser julgado com menos rigor do que aquelle que, procedendo com inconsciente leviandade, não pensa na gravidade do perigo que o seu acto pode suscitar. A distincção é pois, como diz v. Hamel, «inadequada, inutil, equivoca e facilmente conduz á falsa doutrina dos gráos intermedios entre o dolo e a culpa». N. do trad.

*de imprensa*, isto é, ás acções puniveis que consistem no abuso do direito de livre manifestação do pensamento mediante a publicação de impressos. E' assim que o art. 20, al. 1.°, da lei sobre a imprensa de 7 de Maio de 1874 dispõe (1):

«A responsabilidade por actos, cuja criminalidade deriva do conteúdo de um impresso, regula-se segundo as leis penaes ordinarias.»

Mas, em materia de delicto de imprensa, os principios geraes não bastam. Além de outras razões que deixamos de parte (considere-se o anonymato da imprensa), a transformação que o pensamento soffre pelo facto da impressão e o concurso especial, a que este facto obriga, prestado por uma série de pessoas (autor, autor-editor, redactor, editor, impressor, distribuidor) (2), tornam indispensavel a decretação de dis-

(1) A lei imperial sobre a imprensa não vigora na Alsacia-Lorena. O art. 2.° da lei define o que seja impresso. A este numero pertencem «todas as producções da imprensa typographica, bem como todas as outras reproducções, obtidas por processos mechanicos ou chimicos e destinados a ser distribuidos, de escriptos, figuras com ou sem legenda e musicas com texto ou explicações.». A lei de 12 de Março de 1884 accrescenta: «as cedulas eleitoraes, obtidas por meio de reproducção e contendo sómente os nomes dos candidatos, não se consideram cómo impressos no sentido das leis imperiaes e estaduaes». Impressos periodicos são, segundo o art. 7.°, os jornaes e as revistas que apparecem mensalmente ou com intervallos mais curtos, ou mesmo irregulares.

(2) *Herausgeber, Verleger*. Os lexicographos dão a estes vocabulos a mesma accepção, — um e outro significam *editor;* mas na linguagem juridica *Herausgeber* tem um sentido especial e que não é o mesmo no direito allemão e no direito austriaco.» O direito allemãos diz v. Liszt (H R, 8.°, p. 312), só conhece o *Herausgeber* nos impressos não periodicos, pois nos periodicos as suas funcções são exercidas pelo redactor. O *Herausgeber representa* o autor, quando este não póde ou não quer apparecer ante o publico, como nas obras anonymas, nas posthumas, etc., e *substitue* o autor nas obras que se compõem de pequena, contribuições de varios autores e que sómente d'esta combinação tiram

posições especiaes destinadas a completar, no tocante aos delictos de imprensa, os principios geraes sobre a responsabilidade, afim de que na maior parte dos casos e nos mais importantes d'elles o procedimento criminal não vá de encontro a difficuldades oriundas do proprio direito. Desde muito as legislações de todos os paizes se têm esforçado por estabelecer disposições complementares que, sem violencia ás relações reaes, garantam um procedimento criminal rapido e decisivo. A lei imperial sobre a imprensa teve em conta taes esforços: sob dous pontos de vista ella completou os principios geraes por disposições que, comquanto bem pensadas, se resentem de uma falta de clareza propria a suscitar duvidas e a comprometter gravemente a segurança da jurisprudencia.

II.—Partindo do pensamento que a personalidade do redactor imprime o seu cunho no impresso por elle dirigido e seguindo o modelo offerecido por outras legislações, a lei imperial concernente á imprensa começou por completar os principios geraes sobre a culpabilidade com firmar a *responsabilidade do redactor*. O art. 20, al. 2.°, dispõe:

« Sendo periodico o impresso, o redactor responsavel será punido como autor do delicto, salvo si a presumpção de sua autoria fôr excluida por circumstancias especiaes » (2).

---

a sua importancia, como as anthologias, os collectaneas de todo genero, etc. O *Herausgeber* responde, como o autor, pelo conteúdo do impresso, segundo os principios geraes do direito penal.» O *Herausgeber* vem a ser pois o editor-autor e o autor-editor nos impressos não periodicos. N. do trad.

(2) Cons. o art. 8.° da lei sobre as qualidades que deve ter o redactor responsavel. E' hoje geralmente reconhecido que a idéa fundamental da lei não é adequada aos grandes jornaes. No caso do art. 249 al. 4, do Cod. Com. (texto de 18 de Julho de 1884) não tem applicação o art. 20, al. 2.°, da lei sobre a imprensa.

*Redactor responsavel* é a pessoa (1.°), como tal designada no numero respectivo do jornal ou periodico, e (2.°) incumbida da inspecção suprema sobre o concernente á redacção em relação á responsabilidade criminal que possa resultar do conteúdo do numero em questão. O art. 20, al. 2.°, da lei não póde pois ter applicação, quando falta um d'estes dois requisitos; e, portanto, quando o redactor, que de facto exercia a inspecção no sentido declarado, não é como tal designado no numero respectivo, ou quando a pessoa designada como redactor responsavel de facto não exercia a suprema inspecção no dito sentido e a respeito do dito numero (3). Em um e outro caso só cabe applicação de pena pela não observancia do art. 7.° da lei sobre a imprensa, segundo os arts. 18 e 19 da mesma lei.

A lei estabelece a presumpção da autoria do redactor responsavel em relação ao delicto que resulta do conteúdo do impresso. Essa presumpção só póde ser illidida, provando o accusado ou verificando o tribunal *ex-officio* a existencia de circumstancias especiaes que a excluam. A existencia de taes circumstancias só deve ser admittida, quando, supposta a applicação da devida attenção, podia escapar ao redactor o caracter criminal do conteúdo do impresso; por exemplo, porque a injuria contida no impresso não podia ser notada sem o conhecimento de rela-

(3) As opiniões são muito divergentes. Cons. a resenha *apud* Franck, Z., 12.°, 353. 1.°—Segundo Schwarze e Löning, decide a designação; 2.° — Segundo Honigmann, a inspecção de facto; 3.°— Segundo o Trib. do Imp., dec. de 22 de Abril de 89, 16.°, 16 e 24 de Junho de 90, 91.°, 23, basta uma ou outra; 4.° — Da nossa opinião approxima-se Oetker e v. Bülow, mas não exigem que a inspecção fosse exercida justamente sobre o numero em questão. As opiniões sob os ns. 1 e 3 levam ao reconhecimento juridico da grata instituição do *testa de ferro (Sitzredacteur)*.

ções de facto especiaes, ou porque o compositor ou qualquer outra pessoa fez arbitrariamente alterações na redacção do artigo (4).

III.— A lei imperial sobre a imprensa completou outrosim os principios geraes, ligando o denominado *systema das penas por culpa* ao systema belga da *responsabilidade successiva*. Quando as pessoas, que tomaram parte no preparo e na publicação de um impresso de caracter delictuoso, não examinaram o conteúdo d'elle com a devida attenção, ou pelo menos não pódem produzir a prova da ausencia de culpa propria, nomeando o seu garante, incorrem em responsabilidade *por esta culpa* (5). D'este pensamento emana o art. 21 da lei que assim dispõe:

« Si do conteúdo do impresso resultar a existencia de um delicto, 1) o redactor responsavel, 2) o editor, 3) o impressor, 4) e quem explorar industrialmente o impresso, ou de outro modo o divulgar (o distribuidor), quando não devam ser punidos como autores ou cumplices segundo o art. 20, serão punidos, em razão de culpa, com multa até 1.000 marcos ou com detenção ou prisão em forta-

(4) De accordo no essencial a decisão das camaras criminaes reunidas de 6 de Junho de 91, 22 °, 65., bem como a dec. do Trib. do Imp. de 17 de Nov. de 91, 22.°, 221. E' singular, mas não convincente, a asserção de Oetker de que se dá um caso de «responsabilidade por garantia» (*Garantenhaftung*, segundo a sua denominação), e não mera presumpção de culpa.

(5) Na realidade trata-se, segundo a concepção da lei, do *commettimento culposo de delictos resultantes do impresso*. Adherem á nossa opinião Honigmann, Bruck, *Fahrlässigheit*, 59, v. Kries, 203. Em sentido contrario Thomsen, *Bekämpfungsmethoden*, 1893, p. 13, Löning, *Haftung des Redacteurs*, 270 e o Trib. do Imp., decis. de 2 de Fevereiro de 86, 13.° 319 e especialmente Oetker (responsabilidade por delicto alheio, garantia criminal, e não, como no direito belga, « garantia penal »).

leza ou encarceramento até um anno, si não mostrarem ter applicado a devida attenção ou terem occorrido circumstancias que tornaram impossivel o devido cuidado.

« Cada uma das ditas pessoas porém ficará isenta de pena, si, antes de ser pronunciada a primeira sentença, indicar como autor ou como correspondente, com cujo consentimento se fez a publicação, ou, não se tratando de um impresso periodico, como editor, ou como um dos responsaveis nomeados antes de si na serie acima declarada, pessoa que se ache, ou, sendo morta, que se achava ao tempo da publicação ao alcance da justiça de algum dos Estados da Federação allemã. O distribuidor de impressos estrangeiros poderá, além disto, provar que taes impressos chegaram ás suas mãos por via do commercio de livros » ([b]).

---

([b]) O systema da responsabilidade *successiva e exclusiva* (*responsabilité par cascades*) tem o seu typo no direito belga e já havia sido admittido entre nós pelo C. crim. de 1830: o autor, o editor, o impressor e o distribuidor são os unicos responsaveis pelos delictos de imprensa, mas só podem ser responsabilisados successivamente na ordem estabelecida pela lei, excluindo a effectiva responsabilidade de um a dos outros. O projecto do governo allemão de 1873 sobre a imprensa adoptara o systema belga; mas a commissão do *Reichstag*, de accordo com a opinião defendida no congresso de juristas de 1872, deu preferencia a um systema mixto desde então conhecido sob a denominação de « systema de responsabilidade complementar por culpa ou das penas da culpa (*System der Fahrlässigkeits- oder Ordnungsstrafe*), que foi sanccionado pela lei. Assenta elle sobre estas duas bases: 1.° a responsabilidade nos delictos de imprensa rege-se pelo direito commum. Assim, presupposta a existencia de dolo, o autor do escripto e o primeiro distribuidor são os autores, o impressor e o editor são cumplices. Os distribuidores ulteriores (sempre presupposto o dolo) fazem-se culpados de um novo delicto de imprensa. 2.° A lei admitte a responsabilidade por simples culpa nos delictos de imprensa, a qual pode ser feita effectiva nos casos em que não tenha applicação o di-

reito commum por insufficiente. Com effeito, si o redactor, o editor, o impressor e o distribuidor não podem ser responsabilisados como autores dolosos ou cumplices do delicto em questão, a lei presume a sua autoria culposa, consistindo a culpa em não terem prestado a devida attenção ao caracter criminal do escripto, cuja impressão e publicação promoveram. Podem porém os interessados *a*) illidir essa presumpção, provando o emprego do cuidado devido ou a impossibilidade de conhecer a criminalidade do impresso, *b*) ou isentar-se de responsabilidade, nomeando como garante uma das pessoas que precedem na ordem legal, e que possa ser responsabilisada. Quanto ao redactor de impressos periodicos, a sua posição é especial, pois a lei o trata como autor principal, presume a sua autoria dolosa, e, excluida esta, a sua autoria culposa, presumpção que o redactor pode tambem illidir, como os demais responsaveis, por prova em contrario, ou nomeando o seu garante, que só pode ser o autor ou o correspondente, com cuja annuencia se fez a publicação do escripto em questão. v. Liszt, l. c., Dr. P. Kayser, H H., 4.°. N. do trad.

# IV. — O CRIME COMO INJUSTO PUNIVEL

## § 43. — O injusto e o crime

LITTERATURA. — Sobre o injusto civil e criminal, Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1º, 1867; v. Ihering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867; o mesmo, *Der Zweck im Recht*, 1º (2ª ed.), 490; v. Bar, *Die Grundlagen des Strafrechts*, 1869; Heinze, H H., 1º, 321; Binding, *Normen*, 1º, 255, 426; Hälschner, 1º, 15; v. Liszt, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, 1889 (especialmente a p. 25); Heinemann, *Die Bindingsche Schuldlehre*, 1889, especialmente a p. 15. — Sobre as condições de punibilidade, Francke, G A., 20º, 33; Binding, 1º, 588; v. Meyer, 348; Merkel, 236; John, 1º, 127; Glaser, 2º, 46; Bennecke, 9; v. Kries, 463; Hellweg, *Strafprozess*, 249; Eisler, na Revista Grünhut, 17º, 592; Niemeyer, *Strafbarer Bankerott*, 1892, p. 126; Hausmann, *Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen und politischer Körperschaften und die rechtliche Natur der Ermächtigung*, 1892.

I. — A definição do injusto que até aqui temos desenvolvido, considerando-o como acção illegal e culposa, é admissivel em todos os ramos do direito. Mas de todas as outras especies do injusto destaca-se nitidamente o injusto criminal, o *crime*, pelo seu effeito juridico peculiar, a pena. Pergunta-se em que se funda este caracter peculiar do crime, esta sua differença das demais especies do injusto? Parece quasi impossivel responder em these e de um modo preciso a esta pergunta, quando se reflecte que a

linha divisoria muda conforme os tempos e os logares, que cada povo a traça differentemente, que cada phase na historia do desenvolvimento da humanidade cria novos crimes e faz desapparecer os antigos. Mas a observação attenta descortina no fluxo dos phenomenos o pensamento fundamental, a idéa commum e permanente. E' justamente no assignalamento do injusto criminal que se manifesta a *concepção politico-criminal*, é na pena que se revela o pensamento *finalistico* mais ou menos claramente reconhecido e proseguido de um modo mais ou menos consequente. Como meio a empregar na luta do Estado contra o crime, a pena é infligida onde ella parece ao Estado necessaria, e sómente onde parece que o é. E ainda quando a direcção scientifica dominante mostra-se sem intelligencia em relação á concepção politico-criminal, ahi mesmo o poder dos factos vae exercendo sobre ella desde annos a sua acção. Enunciamos uma opinião hoje corrente, fazendo consistir n'isto a differença entre o injusto criminal e o delicto do direito civil: *crime é o ataque dirigido contra interesses protegidos pelo direito*, e *especialmente perigoso, a juizo do legislador, para a ordem juridica existente* (1).

(1) Deve-se pois sustentar com a opinião hoje commum que o crime compartilha todos os caracteres do delicto civil, mas deste se distingue por um outro caracter. Consequentemente deve ser abandonada toda tentativa tendente a assignalar uma differença mais profunda e incompativel com a unidade da idéa do injusto. Entre essas tentativas occupam o primeiro logar as de Hegel e de sua escola. Hegel considera o injusto criminal como o injusto *consciente*, e o civil como o *inconsciente*. A idéa media da *burla*, por elle admittid posteriormente, foi abandonada pelos seus partidarios mesmos, como absolutamente insustentavel. Mas tambem aquella divisão bipartida é incompativel, como Merkel demonstrou victoriosamente, com factos incontestaveis da vida juridica — o crime culposo de um lado, e de

O perigo da aggressão pode resultar:

1.° *Do valor do bem atacado.* Cumpre notar, de um lado, que sob constituições diversas (Estado sacerdotal, Estado commercial, monarchia absoluta, republica democratica etc.) muito diverso pode ser o valor do mesmo bem; e, de outro lado, que, quando não bastam os effeitos do direito privado em consequencia da irreparabilidade do bem juridico (vida, honra da mulher etc.), a punição da lesão impõe-se com uma certa regularidade em diversos tempos e em diversos povos. Sobretudo não pode ser esquecido que o circulo mesmo dos interesses juridica-

---

outro o dolo civil. Os esforços continuados de Hälschner no sentido de obter, no ponto de vista hegeliano, uma formula sustentavel para a distincção, podemos considerar como mallogrados. — Recentemente Binding (v. acima, § 12, nota 2.ª) foi levado pela sua concepção da norma puramente aprioristica a negar a «unidade das circumstancias constitutivas do injusto». Segundo elle, o nucleo do crime é o delicto e este, como offensa do «direito á submissão», é uma variedade do «injusto publico» (ª).

(ª) Evidentemente a distincção entre o injusto punivel e o não punivel é historica e de direito positivo, não se podendo traçar uma linha divisoria segundo principios geraes e fixos. Mais melindrosa é a questão do saber si a responsabilidade civil repousa sobre as mesmas bases da responsabilidade criminal. A respeito desta interessante questão as opiniões dos jurisconsultos allemães representam duas idéas extremas. Segundo uns, o injusto civil tem os mesmos caracteres do criminal; a um e a outro é essencial o *momento da culpa*, e não se distinguem senão pelos seus effeitos juridicos, que ali é a indemnisação e aqui a pena. Neste sentido Pernice (*Labeo*, 2.°, 2), Merkel e Heinze, l. c. Segundo Merkel, a coacção penal e a civil tem por fim o restabelecimento de uma relação idéal entre a vontade do offensor e a do offendido; a coacção penal desempenha esta missão immediatamente pela pena, a civil mediatamente pela indemnisação; estes dois effeitos do injusto são pois da mesma natureza, e só se distinguem segundo o seu grão ou intensidade: a pena é necessaria onde a coacção

mente protegidos (v. acima, § 12) está sob a acção de um desenvolvimento continuo.

2.° *Do modo do ataque.* Em primeiro logar pode a frequencia deste, o emprehendimento de certos crimes (falsificação de generos, movimentos revolucionarios, usura etc.) induzir o legislador a opporlhes um contrapeso sufficiente por meio de commina-ções penaes mais ou menos severas. Em segundo logar pode o *meio* da aggressão, especialmente o *abuso de instituições publicas,* bem como o emprego abusivo de *inventos e descobertas humanas* na luta contra fins sociaes e politicos, provocar a acção legislativa do Estado. Entram nesta categoria os grupos dos

---

civil não basta para a repressão do injusto. Responsabilisado não pode ser senão o culpado; o acto do incapaz está no mesmo caso do facto produzido pelas forças naturaes. Do outro lado estão todos os que não vêm uma relação necessaria entre o injusto civil e a culpa, os que admittem o injusto meramente objectivo. A este numero pertencem Ihering (« o injusto objectivo exclue, na verdade, o momento da culpa, mas não o da vontade humana », — *Schuldmoment in röm. Privatr.*, p. 6); Thon (« a ordem juridica reconhece obrigações do incapaz, e portanto as normas tambem valem em relação a elles, — *Rechtsnorm*, p. 32); v. Bar (a coacção civil não tem por fim attingir ou reprovar o immoral, mas antes de tudo remover o que é objectivamente illegal, qualquer que seja a sua procedencia, ao passo que o acto punivel se apresenta principalmente como immoral, e não como simples lesão de um direito subjectivo, *Handb.*, 1.°, § 109). Binding, depois de refutar a doutrina de Merkel sobre a identidade da indemnisação e da pena, demonstrando que o direito positivo trata uma e outra segundo principios essencialmente diversos, quer quanto á pessoa obrigada, quer quanto á pessoa a favor de quem é feita a prestação, quer quanto ao objecto desta, resolve a questão do ponto de vista da sua theoria das normas pela opposição entre o injusto objectivo ou mera illegalidade (*Gesetzwidrigkeit*) e a transgressão da norma (*Normwidrigkeit*). O primeiro pode ser devido até ao acaso, e só o delicto no sentido de transgressão da norma deve ter a sua causa na vontade humana (culposa). *Normen*, 1.°, § 45. N. do trad.

crimes mais importantes e temerosos; taes são os denominados crimes de falsificação, pelos quaes a moeda e os papeis fiduciarios do Estado ou as fórmas de authenticação que o direito reveste de força probante podem ser abusivamente utilisados para fins injuridicos, bem como os crimes que, desencadeiando as forças naturaes, suscitam um perigo commum, a começar desde o rompimento dos diques do Nilo já reprimido pelos Romanos até o emprego criminoso da dynamite e da nitroglycerina.

II. — Como condição geral para que se origine o direito de punir, é pois absolutamente necessario — e ás mais das vezes bastante — *um acto illegal e culposo, contra o qual a lei tenha comminado pena.* Si faltar a illegalidade do acto, ou a imputabilidade do agente, ou si o resultado não fôr imputavel, não pode surgir o direito á pena (b). Nestes casos diz-se, mas de um modo pouco expressivo, que se dá *uma causa de exclusão de pena.* Diversos de taes casos são aquelles em que o legislador, tendo em attenção a pessoa do autor, abre mão da punição em relação a elle, e sómente em relação a elle, considerando quanto ao mais o facto punivel. Denominaremos estas circumstancias *causas pessoaes de exclusão de*

(b) *Staatlicher Strafanspruch*, direito do Estado á pena. O vocabulo *anspruch*, que na linguagem commum significa *pretenção*, designa na linguagem juridica o direito, não virtual ou eventual, mas actual, posto em movimento, ou, segundo a expressão do autor na 2.ª ed. do seu tratado, «o direito feito carne e sangue», «concreto segundo o seu conteudo e a sua direcção». O *Strafanspruch* é pois o direito do Estado de sujeitar á pena legalmente comminada aquelle que pelo delicto nella incorreu. Este direito origina-se da pratica do delicto, faz-se valer pela acção penal, toma a sua fórma definitiva e se torna exequivel pela sentença judiciaria. A elle corresponde a *obrigação do delinquente de sujeitar-se á pena.* Ver Ullmann, *Lehrb. d. Strafpr.*, p. 5; Merkel, *Lehrb.*, § 64. N. do trad.

*pena*. Pertencem a esta categoria os art. 173 do C. p. (incesto, — parentes e affins da linha descendente que não attingiram os 18 annos de edade) (2), 257 (favorecimento á pessoa do autor por parte de um parente), 247 (furto ou desvio commettido por parentes da linha ascendente ou entre conjuges), 209 (no duelo os intermediarios do desafio etc.). Importancia completamente anormal tem *as causas extinctivas de pena*, isto é, as circumstancias que, occorrendo depois da pratica do acto, anniquilam o direito á acção já originado (adiante, § 74). Entretanto o Cod. do proc. penal (art. 262) reune todas estas circumstancias, com excepção da prescripção, sob a designação mui propria a induzir em erro de *causas que excluem a punibilidade*.

III. — Em um certo numero de casos o legislador exige, para que se faça effectiva a comminação penal, o concurso de circumstancias exteriores, independentes do acto delictuoso e que a elle se accrescentam. Denominaremos estas circumstancias *condições de punibilidade* em sentido estricto (3).

Assim a punição de actos hostis contra Estados amigos depende de que a reciprocidade tenha sido garantida á Allemanha (C. p., arts. 102 e 103);

---

(2) No mesmo sentido Olshausen, § 173, 5. Diverge a dec. do Trib. do Imp. de 23 de Setembro de 89, 19.°, 391, segundo a qual, e em opposição á opinião dominante, o adolescente seria, não um cumplice isento de pena, mas o objecto da acção. Cons. Franck, Z., 12.°, 303.

(3) Cons. Binding, *Normen*, 1.°, 232, v. Meyer, 805, nota 11, van Hamel, 1.°, 202. Diversos destes casos são aquelles em que a superveniencia do resultado grave é condição para a imposição de uma pena mais rigorosa. Cons. acima o § 35, nota 6.ª. Nesta hypothese o acto é punivel, posto que o resultado grave não sobrevenha. Por isso as proposições enunciadas no texto sob. o n. III só podem ser aqui applicadas com restricções.

o facto de não denunciar um crime só sujeita á pena do art. 139, quando esse crime foi praticado ou deu-se uma tentativa punivel; a excitação ao duello só cae sob a comminação do art. 210, quando segue-se o duello; a rixa não é punivel senão quando dá causa á morte de uma pessoa ou a uma grave offensa physica (art. 277); na bancarrota é condição de punibilidade a suspensão de pagamentos (art. 209 e seg. da lei sobre a fallencia); o adulterio não é punivel quando não dá causa ao divorcio (art. 172 do C. p.); a punição da burla de que trata o art. 170 depende da dissolução do casamento (4) (c).

---

(4) Os tres ultimos exemplos são contestados. Binding, 1.°, 591, admitte apenas tres casos, a saber: os previstos no art. 4.° n. 3, no art. 4.°, ultimo al., e nos arts. 102 e 103 do C. p.

(c) Si o crime é uma acção illegal, culposa e punivel, circumstancias podem occorrer, que excluam a illegalidade, a culpabilidade ou a punição. Essas circumstancias *concomitantes* á acção e della inseparaveis podem denominar-se — as 1.as circumstancias justificativas (ou dirimentes da illegalidade), as 2.as causas de não culpabilidade (ou dirimentes da criminalidade), e as 3.as causas de isenção de pena. Estas ultimas são circumstancias *pessoaes*, que não affectam o caracter illegal da acção, nem a culpabilidade do agente, mas simplesmente o isentam de pena (art. 335 do C. p. braz.) — Ás vezes a lei aggrava as penas quando a acção produz certos resultados de maior gravidade; como esses resultados estão em uma relação causal com a acção, podem ser considerados como circumstancias do facto delictuoso e designados sob a denominação de « condições de punibilidade aggravada » (arts. 146, 158, paragrapho unico, 300, § 1.° do C. p. braz.) — Cumpre não confundir com essas condições as circumstancias posteriores á acção, della inteiramente separadas e que por isso mesmo não alteram o caracter do delicto, nem influem sobre a sua penalidade, mas affectam o *direito á acção penal*. Isto se dá *a*) quando a lei estabelece condições de punibilidade posteriores ao delicto, de cuja realisação depende originar-se o direito á acção penal (por exemplo, o adulterio, segundo o art. 172 do C. p. all., só póde ser punido depois de decretado o divor-

Em todos estes casos cumpre ter em attenção que as condições de punibilidade são circumstancias exteriores que nada têm de commum com o acto delictuoso mesmo e os seus elementos, e que, pelo contrario, devem ser considerados completamente distinctos destes. Segue-se deste principio uma serie de importantes corollarios.

1.° — Como a culpa sob as suas duas fórmas (o dolo e a culpa propriamente dita) resulta da relação entre as representações do agente e o resultado do acto, ella não comprehende as condições de punibilidade, já que estas ficam fóra da acção.

2.° — Quando falta, e em tanto quanto falta, a condição de punibilidade, que a lei exige, não póde entrar em questão a consumação ou a tentativa do crime respectivo. Deve-se porém admittir a existencia de tentativa e deve ella ser punida segundo a escala reduzida do art. 44 do C. p., quando se dá a condição de punibilidade, mas a acção falhou ou não progredio até a consumação do crime.

3.° — Quando falta, e em tanto quanto falta, a condição de punibilidade, tambem não póde originar-se o direito do Estado á pena; o acto não é punivel no sentido da lei.

---

cio); *b*) quando a lei liga a certos factos o effeito de extinguir o direito á acção ou mesmo á execução da pena (causas de extincção da acção ou da pena). Destas duas ordens de factos, os primeiros são denominados por van Hamel condições suspensivas do direito á acção penal, e os segundos, condições resolutivas da acção ou execução penal. O autor denomina os primeiros *Bedingungen der Strafbarkeit* (condições de punibilidade) e os segundos *Strafaufhebungsgründe* (causas de extincção da acção ou da pena). — Cumpre tambem advertir que o autor denomina *Strafausschliessungsgründe* (causas de exclusão de pena) as circumstancias justificativas e as causas de não culpabilidade, e *persönliche Strafausschliessungsgründe* (causas pessoaes de exclusão de pena) as que apenas isentam o delinquente de pena. N. do trad.

*a*) Por isso, antes de sobrevir a condição (por exemplo, no caso do art. 172 do C. p., antes de passar em julgado a sentença que decretou o divorcio), não póde ser iniciado o processo, nem mesmo póde ser apresentada a queixa, com efficacia juridica, para a iniciação do processo. No adulterio, porém, o prazo para a apresentação da queixa só começa a correr depois que o offendido teve conhecimento de haver transitado em julgado a sentença de divorcio (5).

*b*) A cumplicidade e o favorecimento ficam impunes, quando não occorre a condição de punibilidade.

*c*) Não se dá o crime de falsa accusação, quando, segundo o conteúdo da denuncia, falta a condição de punibilidade, que a lei exige.

*d*) Sob o mesmo presupposto não são admissiveis medidas policiaes, como o confisco, a destruição ou inutilisação de objectos.

Quando, porém, a condição se realisa, o seu effeito retrotrae á epocha em que o acto foi praticado; considera-se o direito á pena como originado no momento do delicto. Por isso é de todo ponto juridicamente possivel que, antes da realisação da condição, se tomem medidas preparatorias de caracter judicial ou policial.

4.° — Quando o que está em questão é sómente o acto delictuoso mesmo, não se tomam em

---

(5) No mesmo sentido a opinião commum, apezar de entender que se dá um requisito processual (dec. do Trib. do Imp. de 3 de Janeiro de 80, 1.°, 44 e 23 de Março de 80, 2.°, 62; Binding, 1.°, 643, Geyer, 2.°, 86, Olshausen, § 172, 9, Schütze, 327). Em sentido contrario entre outros Hälschner, 1.°, 719, 2.°, 469, 473; v. Meyer, 364, 983, Heinze, H H., 2.°, 629, Dochow, H H., 4.°, 274, Fischer, G S., 31.°, 56, 32.°, 496, Conrad, G A., 35.°, 17. Cons. a parte especial (adulterio e burla concernente ao casamento).

consideração as condições de punibilidade, pois estas não devem ser consideradas como parte integrante da acção.

*a*) O tempo e o logar da realisação da condição são indifferentes para a apreciação do tempo e do logar em que foi praticado o acto delictuoso.

*b*) A prescripção do crime começa a correr independentemente da realisação da condição (6).

*c*) Dá-se favorecimento, e não cumplicidade, quando se presta assistencia ao autor, antes da realisação da condição, mas depois da pratica do crime.

5.° — Segundo o art. 262 do C. do proc. penal, é necessaria a maioria de dous terços dos votos para que o tribunal reconheça a existencia de uma condição de punibilidade.

IV. — Das condições de punibilidade devemos rigorosamente distinguir, quanto á idéa e quanto aos effeitos, os *requisitos processuaes* (ou da acção penal, segundo Binding), isto é, os requisitos necessarios para a efficacia juridica dos actos processuaes em geral, e especialmente para a effectividade do direito á pena. Este idéa pertence exclusivamente ao direito do processo penal. Nella se comprehendem, além da competencia do tribunal, etc., a imputabilidade do accusado quanto ao facto (capacidade processual) (d), a decisão prévia da autoridade admi-

(6) Em sentido contrario o Trib. do Imp. repetidas vezes, por ultimo a decisão de 26 de Junho de 82, 7.°, 392. Tambem Binding, 1.°, 838, Olshausen, § 67, 11. Segundo o art. 69 do C. p., póde em certas circumstancias interromper-se a prescripção (por ex., no caso do art. 172 do mesmo cod.)

(d) Entre os requisitos « processuaes geraes » figura a *partei* ou *processfähigkeit* (capacidade processual) do accusado, isto é, não se póde instaurar processo contra as pessoas que gosam do privilegio da exterritorialidade, os individuos notoriamente incapazes, como os loucos, etc. N. do trad.

nistrativa ou do tribunal, quando se trata de procedimento contra funccionario publico (lei de introd. ao cod. de org. jud., art. 11), os requisitos, cujo concurso é necessario para que se possa iniciar processo criminal, durante o periodo das sessões, contra membros de uma assembléa legislativa (7) (Const. fed., art. 31, lei de introd. ao C. p., art. 6, n. 1). O mesmo deve-se dizer dos delictos, cujo processo depende de autorisação (C. p., arts. 99, 101 e 197). (8) A mais importante consequencia desta distincção em materia de direito processual é que, faltando uma condição de punibilidade, segue-se a rejeição do direito á pena (absolvição com perempção do direito) e, faltando um requisito processual, segue-se a rejeição da acção (suspensão sem perempção do direito).

## § 44. — Da queixa do offendido

LITTERATURA. — Fuchs, *Anklage und Antragsdelikte*, 1873; Reber, *Antragsdelikte*, 1873; Nessel, *Antragsberechtigungen*, 1873; v. Liszt, G S., 23º, 187; v. Kirchenheim, *Die rechtliche Natur der Antragsdelikte*, 1877; Samuely, GS, 32º, 1, Lehmann, *Zur Lehre von Strafanträgen*, 1881. — Sobre a representação para a queixa, Bolze, GS., 32º, 433; Herzog, G S., 33º, 389; Holzapfel, G A., 30º, 428.

Ao passo que a Carolina só vedava o procedimento *ex officio* em quatro casos, no adulterio, no rapto, no estupro e no furto domestico, — e o di-

(7) De accôrdo v. Kries, Z., 5.º, 9; em sentido contrario Weismann, Z., 9.º, 414.

(8) Egualmente Bennecke, 14, Birkmeyer, *Teilnahme*, 157, Hausmann, 34 (com indicação da litteratura); em sentido contrario Binding, 1.º, 614, v. Meyer, 351, Olshausen, § 99, 3, v. Risch, G S., 36, 252, nota 10. — A autorisação, ao contrario da queixa, não póde ser retirada. Quanto ao mais, a distincção tem pouca importancia pratica.

reito commum apenas lhes accrescentára os crimes de injuria e de substituição de infante, a nova legislação alargou bruscamente o circulo dos crimes, cujo processo fez depender de queixa do offendido. Ainda n'esta parte o C. p. saxonio de 1868 exerceu influencia decisiva sobre a legislação imperial. O direito de queixa porém foi consideravelmente restringido, posto que ainda não tanto quanto se faz mister, pela Novella de 26 de Fevereiro de 1876 (1) (ver o § 10, IV).

Segundo o C. p., os casos, em que se faz necessaria a queixa, são os seguintes: art. 102, 103 e 104 (crimes contra Estados amigos), 123 (violação do domicilio), 170, 172, 179 e 182 (burla em materia de casamento, adulterio, seducção com emprego de manobras fraudulentas, seducção de menor), 189, 194 a 196, 232 (injuria e offensa physica), 236, 237 (rapto), 247, 263 (furto, desvio, burla contra parentes), 288, 289, 292 e 299, 300 a 303 (casos de «lucro punivel» e damno real), 370, n. 5 e 6 (furto de comestiveis e de forragens). As leis accessorias accrescentaram a estes muitos outros casos. — O art. 51 (127) do C. p. mil. dispõe, pelo contrario,

(1) Vae muito longe Binding, quando pede a abolição total da queixa. Contra elle e com razão se pronunciam v. Meyer, 353, e Merkel, 240. A falta do legislador está em não ter distinguido as duas especies dos crimes, cujo processo depende de queixa; mas Binding tambem não a evitou (a).

(a) «Si se deixa ao Estado o direito de punir e tira-se-lhe o de proceder contra o culpado, diz Binding, ha n'isto uma flagrante contradicção, e assim só se justificam a queixa e a accusação privada onde tambem abre-se espaço á pena privada» (1.°, 614). A opinião de Binding é uma consequencia do seu systema. «Aquelles que no crime veem sómente uma desobediencia e na pena sómente a confirmação do direito do Estado á obediencia, seriam inconsequentes admittindo o instituto da queixa» (Werkel). N. do trad.

que o procedimento contra crime ou delicto militar não depende de queixa do offendido ou de qualquer outra pessoa autorisada a dar queixa.

II.— Examinados mais de perto, os crimes dependentes de queixa classificam-se em dois grupos essencialmente diversos quanto ao objecto e ao modo por que devem ser tratados (2).

1.°— As offensas de certos bens só se apresentam como taes, e só têm importancia para a ordem publica, quando o offendido dellas se resente e d'isto dá testemunho na fórma prescripta pela lei (requerendo o procedimento criminal contra o offensor). A offensa ao pudor de uma moça póde ser por ella tomado como uma caricia ou como uma profunda affronta á sua honra. N'estes casos a apresentação da queixa é uma *condição de punibilidade*; a assignação de um prazo dentro do qual ella deva ser dada justifica se com bons fundamentos; a retirada da queixa deve ser permittida (quiçá até o começo do plenario) e a divisibilidade vedada; a falta de queixa acarretará a absolvição com decisão definitiva da causa; si ha varios offendidos, o direito de cada um delles a dar queixa deve ser tratado de um modo independente; si se der concurso idéal com um crime que admitta procedimento official, este poderá ser processado, apezar da ausencia da queixa.

---

(2) Em substancia de accordo Berner, Dochow, H H, 4, 239, Geyer, Z, 4, 241 e na revista Grünhut, 2, 378, Hobzapfel, 233, Janka, 33, v. Meyer, 300, Merkel, 239, Stooss, *Grundzüge*, 1, 278, Schmidt, *Staatsanwalt und Privatkläger*, 1891, p. 42, nota 1ª (com designação da litteratura). — Em sentido contrario recentemente Finger, 1, 82, Steinitz, *Kompensation*, 1894, p. 22. — Esta distincção tem permanecido estranha á legislação imperial (abstração feita do cod. do proc. p., art. 414); o projecto austiaco porém distingue os dois grupos, em principio, correctamente, posto que de um modo pouco feliz na applicação. Egualmente o projecto russo.

2.º — O segundo grupo se nos apresenta sob um aspecto muito diverso. Considere-se o estupro, cujo processo até a Novella de 1876 dependia de queixa ou considere-se a seducção de uma menor de 18 annos, de procedimento irreprehensivel (C. p., art. 182). Em taes casos o Estado tem, desde o começo, interesse em que se proceda contra o crime; mas a este interesse contrapõe-se terminantemente o do offendido pelo não procedimento (pois a investigação e a discussão do facto, o *strepitus fori*, não seriam para elle mais do que uma nova offensa e talvez superior em gravidade á primeira). Por amor do offendido, o Estado desiste de fazer valer o seu direito á pena, emquanto o offendido não declara, propondo a queixa, que no caso occurrente o interesse pelo não procedimento contra o crime que de sua parte o Estado presuppunha, não se dá. A queixa não é então condição de punibilidade, mas requisito para a effectividade do direito do Estado á pena, é, consequentemente, um *requisito processual;* a falta de queixa não é causa que exclua a pena, mas um obstaculo opposto ao processo no sentido acima declarado (§ 43, IV), e assim a doutrina relativa a estes crimes, cujo processo depende de queixa, pertenceria, não ao direito penal, mas ao direito do processo penal. A concepção de uma these diversa conduzirá, quanto ás conclusões mencionadas acima sob o n. I, a resultados inteiramente diversos em quasi todos os pontos.

III. — Segundo o direito imperial vigente, o offerecimento da queixa deve ser considerado em todos os casos como condição do processo, e não como condição da punição, e portanto como requisito processual (3). A falta de queixa tem por conse-

(3) De accôrdo o Trib. do Imp., e tambem Nessel, 9; Samuely, 19 v. Kries, 10, Lehmann, 16 Binding, 1.º, 610. — Consideram a

quencia a suspensão do processo, e não a absolvição do accusado. Em rigor a theoria da queixa pertence pois exclusivamente ao direito processual.

A queixa é regulada pelo C. p. do seguinte modo:

1.° — Autorisado a dal-a é,

*a*) na ausencia de disposição especial de lei, (4) o offendido pelo crime, ou, em termos mais precisos, a pessoa investida do bem juridico immediatamente lesada pelo crime, e, portanto, o proprietario no damno real, aquelle a quem pertence dispôr do espaço cercado na violação de domicilio. Mas, para que o offendido possa dar queixa, deve ter completado 18 annos de edade (C. p., art. 65, al. 1.°).

*b*) Em logar do offendido, o seu *representante legal* (ou tutor), quando o offendido é menor de 18 annos, louco ou surdo-mudo, ou quando a offensa

---

queixa como condição de punibilidade, e portanto como pertencente ao direito material, Reber, 57, Kohler, *Patentrecht*, 510, v. Kirchenheim, 65, Geyer, 1.°, 205.—Uma opinião intermediaria, muito pouco clara, é sustentada por Hälschner, 1.°, 711, Löning, 69, v. Meyer, 351, 352, Olshausen, § 67, 1, Schütze, 168, nota 6, Fuchs, 33, Dochow, H H., 4.°, 242, v. Risch, *Verjährung*, 11 (b).

(b) Eis as principaes opiniões sobre a natureza juridica da queixa: 1.° a queixa é condição do direito de punir que, consequentemente, só surge com o offerecimento d'ella (v. Rönne, v. Bar, Kohler, Kirchenheim, Geyer); 2.° o direito de punir origina-se do delicto, mas o procedimento contra o culpado tem por condição a queixa (Heinze, Nessel, Koch, Oppenhoff, Berner, Meyer, bem como o Tribunal do Imperio); 3.° a queixa é condição do procedimento criminal, mas tem ao mesmo tempo importancia segundo o direito material (Klebs, Hälschner, Francke, Fuchs, Dochow, Olshausen); 4.° a queixa, em certos casos, é condição do direito de punir, em outros do direito de proceder contra o culpado (v. Liszt, de *lege ferenda*, ao passo que de *lege lata* a queixa é requisito processual). Ver Binding, l. c. N. do trad.

(4) C. p., arts. 102, 103, 104, 170, 182, 189, 196, 288 etc.; art. 28 da lei sobre contrafacção.

é feita a um corpo collectivo (C. p., art. 65, al. 2.º e 3.º, C. do proc. p., art. 414).

*c*) Além do offendido, o seu representante legal, quando o offendido tem mais de 18 annos, mas é ainda menor (C. p., art. 65, al. 2.º), o marido e o pae nos termos do art. 195 (232), e o superior hierarchico nos termos do art. 196 (232) do C. p. (5).

Si o representante legal é cumplice ou o autor do crime, ou deixa de cumprir o seu dever de dar queixa, deve ser nomeado um representante especial, isto é, para o fim de dar queixa (6).

Quando o direito de dar queixa compete a diversos, ou porque sejam diversos os offendidos (por exemplo, a mesma palavra envolve uma injuria a varias pessoas), ou porque a queixa póde ser dada não só pelo offendido como por outras pessoas que o representam, todas as pessoas assim autorisadas são entre si independentes. Si uma d'ellas deixar passar o prazo dos tres mezes sem dar queixa ou retirar a queixa dada, não fica prejudicado o direito dos outros (C. p., art. 62). Do mesmo modo as diversas pessoas, a quem compete intentar a accusação privada em virtude do mesmo crime, são

---

(5) Cumpre notar — especialmente sob o ponto de vista processual — que, ainda quando varias pessoas sejam competentes para dar queixa em razão da mesma lesão, trata-se sómente de uma acção punivel, e, portanto, apenas de um direito á pena, cujo titular é sempre o Estado.

(6) Nas legislações estrangeiras encontram-se frequentemente disposições especiaes muito mais convenientes sobre este ponto. O prazo, dentro do qual, segundo o art. 61 do C. p., a queixa deve ser dada, começa a correr do dia em que o curador tem n'esta qualidade conhecimento do acto delictuoso e do respectivo autor. De accordo Binding, 1.º, 630; em sentido contrario v. Meyer, 864, Olshausen, § 65, 20. Do mesmo modo, quando o offendido é um alienado que ainda não se acha interdicto.

entre si independentes no exercicio d'esse direito (C. do proc. p., art. 415).

A queixa, isto é, a declaração sobre a requisição do procedimento criminal, póde ser tambem offerecida por procurador munido de poderes expressos para o caso. Diverso do mandato expresso é o tacito, isto é, o que resulta da vontade presumida sobre o offerecimento da queixa. Tambem este ultimo deve-se considerar como admissivel, quando tenha sido confiada a outrem a defesa de interesses (especialmente a administração de bens) e um crime, cujo processo dependa de queixa, os offenda (7) (c).

---

(7) Egualmente o Trib. do Imp. (por ultimo os dec. de 22 de Fevereiro de 89, 19, 6 e de 8 de Dezembro de 90, 21, 231) com a opinião commum. Cons. Olshausen, § 61, 17. Em sentido contrario Binding, 1, 652, Cohn, l. c., Herzog, 408, Holzapfel, 528, v. Meyer, 312. —Esta faculdade é expressamente conferida ao representante do titular do direito residente no estrangeiro pelo art. 12 da lei sobre patentes de invenção de 7 de Abril de 1891 e pelo art. 23 da lei sobre marcas de fabrica de 25 de Maio de 1894.

(c) Segundo o direito allemão, cabe ao ministerio publico a missão de intentar a accusação publica em todos os casos que podem ser objecto de processo criminal (art. 152 do C. pr. p. all.); mas relativamente a certos delictos especificados pela lei,—os denominados *Antragsdelikte* — esta attribuição só póde ser exercida em virtude de provocação do offendido ou de seu representante legal. A provocação ou requisição do offendido para ser agitada a acção publica é o que se chama queixa *(Antrag)*, a qual deve ser dada por escripto ou tomada por termo (art. 156). Si o ministerio publico não dá seguimento á queixa, intentando a accusação, o queixoso póde recorrer ao superior hierarchico do funccionario que rejeitou a queixa e, não sendo attendido, tem a faculdade de recorrer ao tribunal regional superior ou ao tribunal do Imperio, que podem ordenar a accusação do querelado (art. 170). Sómente nos delictos de injuria e de offensas physicas, quando o respectivo processo depende de queixa, podem os offendidos intentar directamente a accusação, sem que seja necessario invocar préviamente o concurso do ministerio publico (art. 414). E'

2.°— O direito de queixa é subordinado a um prazo, extingue-se (C. p. art. 61), quando a queixa não é dada dentro de tres mezes. O prazo começa a correr do dia em que a pessoa competente para queixar-se teve conhecimento do facto e do autor ou sómente de um dos autores, si são muitos (8), e corre, apezar de qualquer impedimento por parte da pessoa autorisada (9). E' no mesmo sentido a disposição do art. 35 da lei de 11 de Junho de 1870, concernente á contrafacção. Assim, si a noticia foi obtida por exemplo a 12 de Fevereiro, o prazo termina ao começar o dia 12 de Maio. Si a punibilidade do facto depende de uma condição que deve sobrevir á acção, o prazo só começa a correr com a realisação da condição (acima, § 43, nota 6.ª) (10).

---

o que se chama *Privatklage* (accusação privada). O queixoso é então accusador e promove a acção, ficando salvo ao ministerio publico o direito de chamal-a a si em qualquer estado da causa até a sentença definitiva (art. 417). Além d'isto, todos aquelles que tem o direito de sustentar a accusação privada ou de dar queixa, ou que tem o direito de reclamar a *Busse* ou multa privada, podem figurar tambem como *Nebenkläger* (accusador por intervenção) no processo promovido pelo ministerio publico (art. 435). A acção de indemnisação é sempre civil e só póde ser intentada perante os tribunaes civis. N. do trad.

(8) Dec. das camaras reunidas (do Trib. do Imp.) de 2 de Jan. de 84, 9.°, 89.°, Geyer, 1.°, 210, Olshausen, § 63, 2.°, Borchert, *Verantwortlichkeit*, 13. Em sentido contrario, Binding, 1.°, 640, v. Meyer, 363.

(9) Egualmente a opinião commum. *Contrà*, Olshausen, § 61, 50 (d).

(d) O prazo dos tres mezes é um *tempus utile*, e não um *tempus continuum* (Olshausen, l. c.). N. do trad.

(10) Consideravel alteração soffre este prazo nos casos de injuria e offensas physicas reciprocas (C. p. art. 198 e 232, C. do proc. p., art. 426), porquanto o querelado é obrigado, sob pena de perder o seu direito, a dar queixa, ao mais tardar, até os debates finaes, mas, por outro lado, póde fazel-o, ainda que a esse tempo o prazo dos tres mezes já tenha decorrido. O art. 84 da lei de 27 de Dezembro de 1892 concernente á gente do mar

3.°— A queixa é *indivisivel*. Segundo o art. 63 do C. p., o processo deve ser dirigido contra todos os individuos (autores, cumplices) que tomaram parte na infracção ou que a favoreceram (C. p., art. 257), ainda quando a queixa tenha sido dada contra um só d'entre elles; e a retirada da queixa contra um tem por effeito a cessação do processo em relação aos outros (C. p. art. 64, al. 2.°). Não é pois admissivel que a queixa se limite a algum dos co-réos, e, si tal succeder, ella deve ser considerada como inefficaz, ou como dirigida contra todos os outros, mesmo os não nomeados, conforme fôr a vontade presumida do queixoso.

E' uma excepção apparente ao principio da indivisibilidade da queixa a que offerecem os crimes, *cujo processo depende de queixa relativamente*, os denominados *relative Antragsvergehen*, isto é, os crimes, cujo processo só depende de queixa, quando o autor, ao tempo do facto, achava-se em certa relação pessoal para com o offendido ([11]). Em taes casos tanto o offerecimento como a retirada da queixa só tem importancia juridica para os co-delinquentes, a respeito dos quaes o crime não póde ser processado independentemente de queixa; mas no circulo d'estas pessoas prevalece de novo a regra geral da indivisibilidade da queixa ([e]).

---

contém uma disposição especial sobre o prazo para a queixa (a revista de sahida). O prazo da prescripção corre independentemente do da queixa.

([11]) C. p., arts. 247, 263, 289, 303.

([e]) Em regra nos crimes, cujo processo depende de queixa, esta é um requisito absoluto: sem a queixa, não é possivel procedimento criminal. Em certos casos, porém, a queixa só é exigida relativamente, porque só é necessaria, dadas certas relações pessoaes entre o delinquente e o offendido, cabendo o procedimento official, quando taes relações não se dão. Isto tambem procede, quando pelo mesmo acto são offendidas varias pessoas e o delinquente acha-se n'essas relações para

4.° — Depois da Novella de 26 de Fevereiro de 1896 só é licito retirar a queixa nos casos em que a lei o permitte expressamente e, segundo o art. 64 do C. p., a queixa não póde ser retirada depois da publicação de uma sentença de condemnação ([12]).

5.° — A queixa deve manifestar positivamente a intenção do queixoso de provocar o procedimento criminal (C. do proc. p., art. 156). Não é admissivel a queixa dada condicionalmente, uma vez que se trate de verdadeira condição e não de simples reservas ([f]). Não tem valor juridico a renuncia da queixa, bem como não é licito ao que desistio da queixa revogar a sua desistencia.

6.° — O direito de queixa é de natureza eminentemente pessoal e por isso não passa ao successor do offendido.

---

com algumas, e não para com outras. D'ahi a distincção entre *absolute* e *relative Antragsverbrechen*, segundo a terminologia de Reber geralmente aceita. N. do trad.

([12]) Os casos especialmente previstos são: C. p. art. 102 a 104, 194, 247, 263, 292, 370, 232 e 303 (n'estes dois ultimos casos, quando o offensor fôr parente do offendido); lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 27; lei de 9, 10 e 11 de Janeiro de 1876 sobre os direitos de autor; lei de 7 de Abril de 1891 sobre patentes de invenção; lei de 1 de Junho de 1891 sobre modelos de utilidade. A queixa dada pelo tutor póde ser retirada pelo ex-pupillo, quando este attinge á maioridade, dec. do Trib. do Imp. de 19 de Novembro de 91, 22.°, 256. Segundo o art. 431 do C. do pr. p., a desistencia da accusação privada é permittida até á publicação da sentença da 2.ª instancia. Tal desistencia não envolve necessariamente a da queixa; é portanto possivel o procedimento official.

([f]) Não é admissivel a queixa, cuja efficacia dependa de uma condição suspensiva ou resolutiva, porque é da essencia da queixa a vontade certa por parte do queixoso de provocar o procedimento criminal. Simples reservas porém não affectam a efficacia da queixa, pois a vontade de que se inicie o procedimento criminal não deixa por isso de ser incondicionalmente enunciada. N. do trad.

SEGUNDO CAPITULO

# O crime nas suas fórmas externas

## I.— A CONSUMAÇÃO E A TENTATIVA

### § 45. — A idéa da tentativa em geral

LITTERATURA. — Zacharias, *Die Lehre vom Versuch*, 2 v., 1836 a 39; v. Bar, *Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme*, 1859; L. Cohn, *Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen*, 1º, 1880 (ver v. Liszt, Z., 1º 33); Cohn, *Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuchs*, 1889; Baumgarten, *Die Lehre vom Versuch des Verbrechens*, 1888; Herzog, *Rücktritt vom Versuch und thätige Reue*, 1889; Kroschel, GS. . 41, 273; Kohler, *Studien*, 1º, 20. — Occupam-se com a historia da theoria da tentativa Pernice, *Labeo*, 2º, 40, Leger. *Versuch des Verbrechens nach römischen Recht*, 1879, *Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters*, 1869, Baumgarten e Herzog, *eod. loc.* Pfenniger, *Strafrecht der Schweiz*, Eisenmann, Z., 13, 454 (Code pénal).

I. — *Consuma-se o crime, quando é praticada a acção que a lei incrimina, e especialmente quando se produz o resultado que a lei considera como parte integrante desse crime.* O momento da consumação determina-se pois em relação a cada crime, segundo o direito vigente, que nem sempre considera como

circumstancia reguladora a producção do mal proprio do delicto e não raro se resente de falta de claresa e de logica. Assim o momento da consumação não é o mesmo no furto (C. p., art. 242) e no desvio (art. 246), ou na moeda falsa (art. 146) e na falsificação de documento (art. 276).

O crime é *tentado, quando se opera o acto voluntario dirigido ao resultado que a lei incrimina* (1), *sem que o resultado se produza.* O que constitue a essencia da tentativa no sentido da nossa concepção actual é a direcção do acto voluntario a um resultado não produzido, mas representado; a acção nos parece merecedera de pena, não considerada em si, mas por essa sua direcção. A razão da punibilidade da tentativa está pois no caracter perigoso do acto: com quanto não se produzisse o resultado que a lei não quer, o acto suscitou a possibilidade de que elle se produzisse. (2)

---

(1) Tambem aqui não é necessario que a representação do resultado seja o motivo impulsivo. Para a tentativa basta o *dolo*; apezar da letra do art. 43, a *intenção* não é necessaria, quando não o fôr tambem para a consumação do crime. Não é clrara a decisão do Trib. do Imp. de 18 de Outubro de 1882, 7º, 119. Em todo caso tambem nesta parte basta o dolo indeterminado (eventual). Neste sentido as desições do mesmo tribunal de 12 – 22 de Dezembro de 84, 12º, 64 e 29 de Março de 89, 19º, 90.

(2) Semelhantemente Merkel, 132, Kohler, *Studien*, 1º, 20 (accentuando porém o perigo geral). Os italianos e os francezes assignalam, como effeito da tentativa, o entibiar o sentimento da segurança, a perturbação da paz juridica. A concepção tem importancia para a apreciação da tentativa impossivel. Cons. o § 47. — Rejeitada deve ser a opinião enunciada primitivamente por Lammasch, Rossi e outros, e por ultimo logicamente deduzida por Herzog, segundo a qual encontra-se o fundamento da punibilidade da tentativa na presumpção de que o agente continuaria e completaria o acto começado (presumpção da « força de perfeição »).

II. — A idéa da tentativa deve a sua origem á sciencia juridica da Italia medieval. O direito romano não conseguio estabelecer com firmesa principios geraes. Ao passo que nos delictos praticulares exigia-se, ainda no direito de Justiniano, a producção effectiva de uma offensa, já as *leges Corneliæ* comminavam as penas do crime consumado contra certos actos por sua natureza preparatorios e de tentativa. Sob a influencia da rhetorica litteraria e philosophante, foi-se accentuando mais e mais, sobretudo desde Adriano, o lado subjectivo do crime, a *voluntas*, em opposição ao *exitus*, comquanto se punisse o *flagitium imperfectum* em geral com penas mais brandas (l. 1, § 2, D., 47, 11). O direito romano porém não se elevou a uma idéa geral da tentativa. Outro tanto pode-se dizer da edade media allemã. E' certo que nas leis barbaras encontram-se muitas vezes sujeitos á pena attentados contra a pessoa e contra a vida, embora não seguidos de resultado, como, por exemplo, golpes de faca, emboscadas, assaltos, immersões (cons. Brunner, 2º, 558); mas, segundo podemos deprehender com segurança das taxas das multas comminadas, taes attentados eram reprimidos, não como actos de tentativa, e sim como crimes independentes, talvez como perigo de vida (*seolandefa* na lei salica), e especialmente como perigo da paz publica (ainda assim no direito suisso moderno, como por exemplo no projecto do cantão de Aargau de 1892). Os direitos municipaes e os territoriaes tambem nenhum progresso apresentam, comquanto a praxe não receiasse enforcar o malfeitor pelos simples facto de ser encontrado com chaves falsas. Os escriptores italianos, porém, empenharam-se com ardor e com exito em dar á tentativa caracter de idéa geral. Segundo a sua definição, a tentativa é um «cogitare, agere, sed non perficere», e de accordo com a intuição allemã, mas em opposi-

ção com a romana, entendiam que ella deve ser punida com penas mais brandas. Seguiram-nos o *Klagespiegel* e a Bamberguense. A Carolina contem no art. 178 uma definição em termos geraes e mui bem succedida: «item si alguem se abalançar a alguma malfeitoria por actos apparentes que para a consumação della sejam proprios, sendo a consumação de dita malfeitoria impedida por outros meios contra a vondade do malfeitor, tal vontade perversa, de que, como fica dita, algum acto se seguir, será criminalmente punida; mas a punição será em certos casos mais severa do que em outros.....» As disposições da Carolina serviram de base ao direito commum e aos cod. territoriaes que a este se filiam.

Procurou-se determinar de um modo mais preciso os diversos casos que deviam ser punidos com penas mais severas e ás mais das vezes distinguia-se entre o *conatus remotus* (actos preparatorios), o *propinquus* (actos de execução) e o *proximus* (tentativa finda sob a fórma de crime *falho*) (3). Manteve-se em geral a punição mais branda da tentativa. A equiparação excepcional da tentativa finda e do crime consumado, que Böhmer, Leyser e outros exigiam nos crimes mais graves e, por exemplo, o cod. bavaro de 1751 e o austriaco de 1768 admittiram, foi impugnada por Kock e outros, e rejeitada — por exemplo — pelo *Landrecht* prussiano de 1721. As disposições do Cod. penal francez,—as quaes lhe foram transmittidas pela lei de 22 *prairial*, anno 4º, e remontam ao cod. josephino de 1787 (4), serviram de

(3) Assim diz J. F. S. Böhmer que dá-se *conatus proximus*, quando o agente faz tudo «quantum in ipso fuit et ad consummandum delictum necessarium putavit».

(4) Vêr Eisenmann, 523 (e acima, p. 31); a sua affirmação porém de que o cod. josephino nunca entrou em vigor é completamente erronea.

modelo aos cod. allemães do seculo XIX; ás mais das vezes a tentativa é definida como « commencement d'exécution, » e a equiparação da tentativa e do crime consumado («toute tentative est le crime même») foi aceita (por ex.) pelo cod. prussiano de 1851 e pelo bavaro de 1861. A apparente definição do *Code pénal* passou do cod. prussiano para o imperial e supplantou a antiga fórmula do direito allemão.

III. — A tentativa, como idéa geral, comprehende duas especies.

1.° A *tentativa acabada* dá-se, quando o acto voluntario e encaminhado ao resultado conclue-se, sem que o resultado se tenha produzido. A esta categoria pertence (além dos casos em que o resultado é ainda duvidoso ou mesmo certo) o crime *mallogrado ou falho* (certesa da não realisação do resultado), como subdivisão da tentativa impossivel, de que se tratará adiante no § 47.

2.° A tentativa *imperfeita* ou *não acabada* dá-se, quando o acto voluntario e encaminhado ao resuldado ainda não está acabado (5) (a).

(5) A distincção do texto, correspondente a que fazem os direitos latinos entre *délit manqué* (frustrado) e *délit tenté*, tem importancia com relação á desistencia da tentativa (C. p., art. 46, adiante § 48). Mostra tambem que a clausula «começo de excecução» assignala, não a tentativa em geral, mas somente a inacabada; daquellas palavras, portanto, não se pódem tirar conclusões relativas ao crime frustrado, como muito frequentemente acontece. — Sobre a distincção cons. Berner, G S., 17.°; os relatorios apresentados por Berner, Lamm, Leuthold, von Liszt, Z., 1.°, 94, Janka, 139, Stooss, Revista do direito penal suisso, 1.°, 528. Contra a distincção Baumgarten, 442, (á p. 165 e 215 sobre a concepção franceza e italiana), Pfenniger, *Stafrecht der Schweiz*, 789, e outros.—Na autoria mediata (adiante, § 50, II), o que regula, com relação á nossa questão, é o acto do individuo determinado e não o do individuo que determina.

(a) As principaes fórmulas, com que os criminalistas allemães

O C. p. imp. dispõe no art. 43: « quem, por actos que constituem um começo de execução, manifestar a resolução de cometter um crime ou delicto, será punido como culpado de tentativa, si o crime ou delicto intencionado não se consumar. »

« A tentativa de delicto, porém, só será punida nos casos expressamente determinados pela lei. »

O C. p. imp. adopta pois, como havia feito o Cod. prussiano de 1851, a formula franceza—*le commencement d'exécution*. Pune outrosim, seguindo tambem o direito francez, a *tentativa de crime* em todos os casos especificados (6), em caso algum a de contravenção.

Mas, em opposição ao direito franco-prussiano, a legislação imperial — e do mesmo modo o cod.

---

tem pretendido definir ou descrever a tentativa *acabada*, são estas: 1º o agente deve ter feito tudo quanto da sua parte *era necessario* para a consumação do crime ( por ex. pôr fogo ao rastilho em communicação com a bomba ); 2.º o agente deve ter feito tudo quanto *suppunha* necessario para o consumação do crime (pôr fogo ao rastilho que suppunha estar em communicação com a bomba) ; 3.º existe tentativa acabada quando o agente conclue a acção dirigida ao effeito, sem obtel-o. A 1.ª formula é muito restricta, a 2.ª muito ampla, a 3ª uma descripção imperfeita, pois, ainda mesmo que o agente tenha concluido a *acção*, pode restar a possibilidade de uma *omissão causal*. Ver Berner, Trat. , e v. Hamel, 1º 319. N. do trad.

(6) Os casos expressos são os arts. 107, 120, 140, 141, 148, 150, 160, 169, 240, 242, 246, 253, 263, 289, 303 a 308, 339, 350 e 352 do C. p.; lei de 14 de Maio de 1879, sobre viveres, art. 12; lei de 21 de Maio de 1878, sobre a peste bovina, art. 1.º; lei de 14 de Março de 1875, sobre bancos, art. 57, al. 2.º; lei de 3 de Julho de 1893, sobre espionagem, arts. 2.º e 4.º. Sobre o C. p. mil., ver Hecker, 81. — Seria mais correcto só excepcionalmente deixar de punir a tentativa de delicto, como fazem o Cod. holl. e o projecto austriaco. De accordo Hälschner, 1.º, 466; em sentido contrario v. Meyer, 250.—No campo do direito estadual pode ser tambem punida a tentativa de contravenção.

hungaro e o hollandez — voltou á concepção do direito commum (muito duvidosa sob o ponto de vista da politica criminal), segundo a qual a tentativa deve ser punida menos rigorosamente do que o crime consumado; e garantio a observancia deste principio, não só admittindo-o expressamente, senão tambem estabelecendo uma escala penal reduzida relativa á tentativa (C. p., art. 41; adiante, § 70, 1).

Este principio soffre excepções nos seguintes casos:

1.° — No crime de alta traição o C. p. pune a tentativa de assassinato, como o assassinato mesmo, com a pena de morte. O art. 153 da lei sobre a industria equipara tambem a tentativa e o crime consumado quanto á pena (7).

2.° — Em um certo numero de casos o *emprehender* uma acção criminosa é equiparado na pena á consumação do crime. Ver o C. p., arts. 81, 82, 105, 114, 129, al. 1.°, 150 e 357; lei de 9 de Junho de 1884 sobre materias explosivas, art. 9.°; lei de 12 de Outubro de 1867 sobre o imposto do sal, art. 11; lei de 1 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira, arts. 134 e 135; lei de 16 de Julho de 1879 sobre o imposto do fumo, arts. 32 e 38; lei de 24 de Junho de 1887 sobre o imposto do alcool, art. 17; lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar, art. 40 etc.

3.° — Os actos preparatorios, qué são punidos

(7) O art. 4.° da lei prussiana de 15 de Abril de 1878 sobre o furto florestal e o art. 8.° da lei prussiana do 1 de Abril de 1880 sobre a policia rural e florestal punem a tentativa com a pena da infracção consumada.

A legislação estadual, no campo que lhe é reservado, não está ligada ao principio do direito imperial (ver o § 19, nota 1.ª). Sobre o d. p. mil., Hecker, 82.

como crimes independentes, caem, não sob a escala penal reduzida, mas sob uma escala especial. C. p., arts. 83 a 86, 151, 201, e em parte 49 a.

V. — Devemos ater-nos á nossa concepção da idéa de tentativa e das suas duas especies na solução da celebre e tão vivamente debatida questão de saber em que casos razões logicas nos podem levar a considerar excluida a possibilidade da tentativa.

1.° — A *tentativa de um crime culposo* (*a culpa attentata* do direito commum) é impossivel, segundo a nossa definição tirada do direito vigente. A politica criminal justifica tambem esta limitação. E' justamente a representação do resultado, que nos habilita e nos autorisa a considerar o acontecido como tentada producção de um resultado, que não se realisou. No crime culposo esta relação subjectiva da acção para o resultado (contida sómente na representação) é extremamente duvidosa (o agente, não sabendo, por culposa ignorancia, estar a arma carregada, a dispara contra outrem sem feril-o).

2.° — No dolo indeterminado a tentativa é possivel. Como o dolo comprehende cada um dos resultados representados, o mais grave delles, realisado ou não, é o que deve regular para o julgamento criminal do agente. Consequentemente quem prevê como resultado de sua acção o ferimento ou a morte do adversario, é culpado de homicidio tentado, comquanto a acção sómente tenha tido por effeito o ferimento da victima ou não tenha tido resultado.

3.° — *Quando a punibilidade da acção depende de uma condição objectiva*, a tentativa é possivel, si a condição se dá desde o começo ou occorre posteriormente, e a acção falha ou fica incompleta (acima § 43, III, 2). Esta regra tem applicação, quando

se trata de um resultado grave como condição de punibilidade aggravada (acima, § 35, nota 6.ª) ([8]).

4.° — O crime por omissão (propriamente ou impropriamente dito) pode em geral ser falho, mas não é susceptivel de tentativa inacabada.—Exemplo: o guarda da via-ferrea, no intuito de occasionar o descarrilamento do trem de passageiros, deixa dolosamente de remover o fragmento de rocha que rolára sobre a linha; si esse obstaculo é removido por outrem a tempo, não se dá omissão punivel, pois não estava ainda excluida a possibilidade de que o guarda o fizesse; si o trem passa sobre o obstaculo sem descarrilar, dá-se crime falho ([b]).

---

([8]) Exemplo: o estupro tentado causa a morte da pessoa offendida (C. p., art. 178). Olshausen adopta em geral a nossa opinião (ver por ex. o § 178, 3, em sentido contrario o § 43, 5). *Contrà*, expressamente Binding, 1.°, 589, Baumgarten, 390, 378.

([b]) A opinião commum admitte a tentativa nos crimes por omissão impropriamente ditos sem distinguir entre a tentativa inacabada e a acabada ou falha. A mãe que tenta matar o filho, privando-o de alimentos, revela a sua intenção por um facto exterior que constitue começo de execução, e si o seu plano é frustrado em tempo por intervenção de outrem, dão-se, na verdade, todos os elementos de uma tentativa punivel. As opiniões divergem porém quanto aos crimes por omissão propriamente ditos. Uns contestam a possibilidade da tentativa, pois a resolução só se pode manifestar pela omissão mesma que constitue o delicto; outros entendem que a tentativa é possivel, mas não susceptivel de punição, porque ou o agente pode ainda praticar a acção que a lei exige e neste caso não ha delicto, ou tal não é o caso e então o delicto está consumado (H. Meyer). v. Hamel (1.°, 320) pondera que nos crimes em questão a difficuldade da tentativa provem de que, consistindo o delicto consumado na inobservancia de um preceito imperativo, não se pode facilmente figurar a não consumação (isto é, a observancia do preceito) como effeito de circumstancias independentes da vontade do agente. Assim elle considera punivel a observancia não voluntaria «sob a pressão da necessidade», e figura o caso do capitão de navio que fosse forçado pela

5.° — Outrotanto se dá e pelas mesmas razões com relação aos actos de execução que, sendo absolutamente uniformes, correspondem desde o começo e em cada momento de sua realisação aos caracteres que a lei inclue na qualificação do crime. Conduzir o carro rapidamente através de ruas frequentadas, fumar em logar exposto a perigo de fogo, andar por terreno alheio e actos semelhantes não permittem, quanto ao modo regular de execução, que se distinga entre a actividade começada e a actividade não acabada. Outro exemplo offerecem os actos delictuosos commettidos por meio de divulgação de impressos. Mas em todos estes casos, como nos casos mencionados sob o numero 4, cumpre attender que, applicando-se um processo complicado para a producção do resultado (acima § 27, nota 2.ª), dá-se a possibilidade de uma actividade incompleta.

6.° — Quando a lei commina excepcionalmente contra actos preparatorios ou actos de tentativa, e especialmente contra o emprehendimento de uma acção delictuosa as penas do crime consumado ou os pune como crimes independentes (acima p. 327), não é possivel a tentativa, quer como crime frustrado, quer como actividade incompleta; pois a hypothese de uma tentativa de tentativa, ou de tentativa de um acto preparatorio não só occasionaria difficuldades logicas insoluveis, como tambem affectaria duplamente a regularidade das disposições legaes já perturbada por aquellas excepções (ᵍ) (ᶜ).

---

tripolação a prestar auxilio na hypothese prevista no art. 414 do C. p. holl. Esta solução porém vae de encontro ao dilemma de Meyer e de v. Liszt. N. do trad.

(ᵍ) Egualmente Berner, 354, v. Wächter, 200, Baumgarten, 401. *Contrà*, v. Meyer, 253, Olshausen, § 43, 28, Cohn, 383, quando se trata de *delicta sui generis*.

(ᶜ) Não pode haver tentativa de tentativa, diz Olshausen, porque

## § 46. — Actos preparatorios e execução

LITTERATURA. — Ver as indicações do § 45. Accrescentem-se Rosenblatt, G A., 36º, 67, e v. Meyer, *Der Anfang der Ausführung*, donativo de festa a Berner, 1892.

I. — A razão de ser da criminalidade da tentativa está no perigo do acto de vontade que por ella se manifesta. Apreciamos esse perigo, segundo o resultado, não de facto realisado, mas apenas representado na imaginação do agente. E' pois da essencia da tentativa a relação do acontecido para um resultado que não se produzio. Essa relação deve estabelecer-se de modo a ser claramente reconhecida, para que se possa falar em tentativa. Quanto mais afastado ficar o acontecido da consumação do crime, quanto mais primitiva fôr a phase em que a acção soffreu interrupção, tanto mais difficil, tanto mais incerta é a demonstração de tal relação. Si a resolução do agente seria bastante firme para que elle levasse a execução até o fim, e si a acção se encaminhava realmente ou não ao pretendido resultado, é difficil decidir quando a acção não foi além dos primeiros impulsos para a realisação da resolução. A compra de um revolver pode ter sido effectuada para fins diversos. Quem nos diz que a arma era destinada a servir de instrumento a um assassinato? Quem nos diz, ainda

---

a tentativa suppõe a resolução de commetter um crime ou delicto, isto é, uma resolução encaminhada á consumação de um crime ou delicto. Outro porém é o caso, quando a lei qualifica actos preparatorios ou de tentativa como delictos especiaes. A lei os trata como *delicta sui generis* e ignora a sua natureza intima. Tem então applicação os principios geraes; segundo elles e em vista da natureza de cada um desses delictos é que deve decidir-se si o delicto em questão admitte ou não uma tentativa punivel. N. do trad.

quando não soffresse duvida o fim da compra, que o comprador teria a coragem de levar a sua resolução até o extremo?

Do exposto resulta a *necessidade de que fiquem impunes os actos de tentativa remotos*. Obtemos assim uma distincção entre os actos de tentativa, e podemos contrapor os remotos, como *actos preparatorios impunes*, aos proximos e puniveis, como *actos de tentativa* em sentido estricto.

II.— Mas em vez deixar, como fora mais conveniente, ao criterio da administração da justiça a classificação da acção dada no caso concreto em um ou outro grupo, a lei imperial, seguindo o direito francez, emprehendeu traçar uma vez por todas a linha divisoria. A esse empenho devemos a definição contida no art. 43 do C. p.: «tentativa é a manifestação da resolução de commetter um crime ou delicto por actos que constituem um começo de execução d'esse crime ou delicto». A linha divisoria entre os actos preparatorios e a tentativa propriamente dita (a tentativa punivel) é dada pois pelo *começo de execução — le commencement d'exécution* do direito francez.

Com esta formula, porém, pouco lucrou a administração da justiça. Todo empenho para determinar-se de um modo mais preciso o começo de execução conduz a descripções destituidas de valor. Do art. 43 evidencia-se apenas que, segundo a mente do legislador, cumpre distinguir o preparo e a tentativa, e que só devem ser punidos como tentativa os actos que se approximam da consummação do crime ou delicto. As expressões — começo de execução — não denotam mais do que a antithese entre os actos que preparam e os que facilitam o commettimento, ou, como (descrevendo tambem) poderiamos dizer, indicam os actos voluntarios que já constituem uma parte real do facto incriminado pela lei.

Assim a tentativa punivel da bigamia só começa com a celebração do (segundo) casamento; a do perjurio com o começo do acto do juramento; a do rapto, do furto só no momento em que é interrompido o poder tutelar de quem d'elle está investido ou a custodia do dono; nos chamados *crimes compostos*, como o roubo, o estupro, dá-se tentativa punivel, logo que o agente começa a empregar a violencia etc. (1).

---

(1) De accordo no essencial (como já anteriormente Zacharias) Merkel, 128, Olshausen, § 43, 4, Stoos, *Grundzüge*, 1.°, 214, e especialmente o Trib do Imp., cuja ultima decisão é de 20 de Novembro de 86, 15.°, 56. De modo semelhante tambem Baumgarten, que exige uma relação directa entre a acção aggressiva e o objecto da aggressão (o *sujeito paciente*, como elle diz, seguindo a Carrara). Imprestavel é a formula de Löning, *Haftung des Redacteurs*, 152, bem como a de Meyer, l. c. Segundo este escriptor, dá-se execução em opposição a preparo, quando o agente põe uma condição para o resultado considerado na sua importancia abstracta e não na sua fórma concreta; dá-se portanto tentativa de homicidio, quando o agente faz alguma cousa que se possa considerar como um modo, qualquer que elle seja, de attentar contra a vida, v. Meyer faz assim uma descripção que absolutamente nada exprime. Não se contesta que a tentativa de morte seja um attentado contra a vida de outrem; mas quando tal é o caso é o que desejamos saber, e sentimos que v. Meyer tambem nada nos adiantasse. Elle suppõe responder a objecção, affirmando (p. 24, nota 2.ª) que «o muito zelo pela politica criminal não deixa ver o valor das *construcções juridicas*»; mas esquece que os adversarios, a que se refere, contestam sómente o valor da *sua construcção juridica*. Cons. contra v. Meyer tambem v. Buri, G S., 48, 67. E' de todo incorrecto pôr completamente de parte a definição legal e com Hälschner, com a anterior praxe saxonia etc., admittir a punibilidade do acto, logo que n'elle se revela de um modo indubitavel a intenção do agente. Contra esta doutrina, tambem aceita pelo tribunal supremo da Austria, cons. Rosenblatt (a).

(a) A execução de um delicto, diz Olshausen, § 43, 12 e 14, consiste no emprehendimento dos actos que são necessarios para a realisação das circumstancias constitutivas do delicto *(corpus delicti)*; n'este sentido á execução se contrapõe o preparo. Os actos preparatorios com-

III.— A lei abrio algumas excepções ao principio da impunidade dos actos preparatorios. A estas excepções pertencem todos os casos em que a lei sujeita a penas um acto preparatorio ou commina contra o emprehendimento de uma acção delictuosa as penas do crime consumado (acima p. 327); pois

---

prehendem todos os que não pertencem aos elementos do delicto, mas visam o commettimento do delicto e são destinados a tornal-o possivel ou a facilital-o. H. Meyer, que a principio aceitara esta distincção, pronunciou-se por ultimo contra ella, considerando que em muitos casos a lei qualifica, não uma acção determinada, mas a producção de um determinado resultado; concluio d'ahi que o ponto de vista geral deve ser considerarem-se como actos preparatorios os que se apresentam sómente como condição do resultado em sua fórma concreta, e como actos de execução os que se apresentam como condições do resultado em sua *importancia geral* (abstracta, essencial para a especie do delicto de que se trata). E' esta a *construcção juridica* que o autor critica na nota supra. De accordo com aquella distincção entre os actos preparatorios e os de execução, entende-se geralmente que só se dá começo de execução, quando a actividade do delinquente já se exerce por um acto que faz parte das circumstancias constitutivas do delicto; opinião que o autor compartilha, entendendo por começo de execução o *conatus proximus*, a ultima actividade decisiva na serie dos actos representados pelo agente. Outros escriptores, como Schwartze, Hälschner, partindo do ponto de vista da denominada «theoria subjectiva», contentam-se com a exigencia de que do acto claramente se infira a resolução do agente de executar um crime determinado. A este subjectivismo oppõe-se Merkel energicamente (§ 45). «A distincção entre actos de preparo e de execução, diz elle, a que muitos não querem ligar uma importancia objectiva ou mesmo nenhuma importancia, deriva do modo por que uns e outros são em geral representados, e não tem sentido diverso no tocante a commettimentos delictuosos do que tem no tocante a commettimentos licitos. O preparo de um furto distingue-se da sua execução no mesmo sentido em que o preparo de uma viagem, de uma experiencia, de uma festa, de uma representação theatral, se distingue da respectiva realisação. Ninguem vê o começo da execução de uma experiencia na acquisição dos materiaes necessarios, ou na locação do local ou em outros

a idéa de emprehendimento é mais ampla do que a de tentativa, rigorosamente limitada no art. 43 do C. p. O emprehendimento comprehende tambem actos que, como preparatorios, não entrariam no dominio da tentativa punivel (2).

## § 47. — Da tentativa impossivel

LITTERATURA. — Além das obras mencionadas no § 45, Herzt, *Versuch mit untauglichen Mitteln*, 1874; Lammasch, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Ver-*

actos quejandos que o genero da experiencia exija, destinados a produzir immediatamente os phenomenos em questão e para isto idoneos segundo as suas qualidades geraes. Que não vae n'isto sómente uma distincção subjectiva salta aos olhos». Perigosa, por demasiado ampla, é a formula do proj. braz. revisto (art. 12) — «tentativa manifestada por *meios idoneos* para a execução do crime» — o que comprehende todos os actos preparatorios, ainda os mais remotos, que forem idoneos para tal fim. O proj. suisso não define a tentativa nem os actos preparatorios. N. do trad.

(2) A questão é muito controvertida. A opinião dominante considera o emprehendimento simplesmente como tentativa. Justificámos desenvolvidamente o nosso modo de ver no trabalho intitulado «Falschen Aussage», p. 175 e seg. Contra a nossa concepção não se póde invocar a definição contida no art. 82 do C. p.: «deve-se considerar como emprehendimento, bastante para consumar o crime de alta traição, todo acto, pelo qual o designio do agente é posto immediatamente em execução», porquanto 1.° a definição ahi dada não póde ser peremptoriamente ampliada para além dos limites da alta traição (dec. do Trib. do Imp. de 9 de Nov. de 80, 3.°, 26); 2.° o art. 82 encerra no adverbio *immediatamente*, em relação aos actos preparatorios que confinam com a tentativa, uma limitação de direito positivo, estranha tanto á linguagem commum como á juridica (dec. de 4 de Junho de 83, 8.° 354); 3.° apezar d'esta restricção, o emprehendimento do art. 82 vae além dos limites da idéa da tentativa. Cons. a parte especial (alta traição, induzimento ao perjurio). A favor da doutrina, Hälschner, 2.°, 926.

*brechensversuches*, 1878; Cohn, G. A. 28º, 361; Geyer, Z. 1º, 30; v. Buri, Z., 1º, 185; v. Liszt, Z., 1º, 33; Bünger, Z., 6º, 352; Goldfeld, *Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und untauglichen Objekten*, 1882; G. A., 36º. 33 (Havenstein); Zucker, G. A., 36º, 370 e ainda Havenstein, G A., 37º, 130; Zucher, G A., 37, 274; Hüther, G. A., 36º, 433; Kroschel, G. S., 43º, 216; Kohler, *Studien*, 1º, 7. Cons. tambem os trabalhos de J. v. Kries, mencionados no § 28.

I.— Já entre os jurisconsultos romanos, desde Neratius e Pamponio até Ulpiano e Paulo, parece que a criminalidade da tentativa impossivel, comquanto sómente em relação a certos crimes, pertencia ao numero das questões debatidas. Os jurisconsultos posteriores esforçaram-se por distinguir os casos puniveis dos não puniveis, sem que conseguissem estabelecer um principio geral. O direito commum allemão e a legislação que sobre elle assenta occuparam-se com a tentativa frustrada a proposito de certos crimes, como o envenenamento, o aborto e outros, e ás mais das vezes a consideravam como uma causa de attenuação que excluia a pena ordinaria do crime consumado. No seculo actual Feuerbach (Trat., 4.ª ed. de 1808) propoz a questão em termos geraes e dest'arte reanimou a controversia sobre a punibilidade do crime frustrado. Ao seu ver, só a tentativa *perigosa* deve ser punida e por isso exige que a acção considerada nas suas condições externas esteja em relação causal com o resultado intencionado. Esta exigencia leva a distinguir o *meio* e o *objecto* da acção frustrada, e ainda (Mittermaier em 1816) a distinguir a *impossibilidade absoluta* e a *relativa* no tocante ao meio e ao objecto. Tal doutrina, apezar das duvidas contra ella levantadas por muitos jurisconsultos, como Köstlin, Hälschner, v. Schwartze e outros, tornou-se rapidamente dominante e tem-se conservado até os ultimos tempos. Assim dizia-se que a tentativa era absolutamente impossivel, quando

o acto, attentos os meios empregados e em relação ao objecto da aggressão, em caso algum podia conduzir ao fim desejado (tentativa de morte com uma pistola descarregada ou contra um cadaver), e considerava-se a tentativa como relativamente impossivel, quando o meio escolhido ou o objecto da aggressão era em these apropriado, mas, no caso dado, apresentava-se como inadequado em razão de circumstancias especiaes (tentativa de morte com uma pistola que rebenta no momento da descarga, ou contra alguem que se acha protegido por uma cota de malhas).

Quanto ao modo de tratar um e outro caso, as opiniões eram muito divergentes. Alguns escriptores — n'este sentido a jurisprudencia da Prussia, da Baviera, da Austria, bem como a dos paizes latinos— queriam a punição da tentativa relativamente impossivel: outros — n'este sentido a praxe de Wurttenberg e da Saxonia — queriam a punição da tentativa, quer relativamente, quer absolutamente impossivel. Apenas alguns jurisconsultos, como v. Bar, entendiam que a não idoneidade do meio não devia ser tratada do mesmo modo que a do objecto. Esta ultima opinião já se insurgia contra a distincção de Mittermaier, que começou então a ser criticada e impugnada. Raciocinou-se do seguinte modo: a tentativa assenta sempre sobre um erro relativo ás consequencias da acção, isto é, sobre a supposição (erronea) de que uma acção inadequada para a producção de um resultado representado não o é. O que está pois em questão é a idoneidade da acção como meio para fim. Mas uma acção dada só póde ser adequada ou não adequada para a producção de um certo resultado representado, isto é, só póde ser causal ou não causal, e não mais ou menos não-causal. A distincção entre a inadequabilidade absoluta e a relativa do meio (ou do objecto) é con-

sequentemente um desconhecimento grosseiro da idéa de causa. O caracter essencial da tentativa está na manifestação da vontade tendente a uma lesão; mas essa manifestação encontra-se do mesmo modo na chamada tentativa impossivel. E si toda tentativa assenta em um erro sobre a causalidade do acto, esse erro não póde servir de fundamento para que deixem de ser punidos certos casos de tentativa.

Esta ultima opinião obteve a franca adhesão do tribunal do Imperio, que com toda a firmeza, collocou-se no ponto de vista representado especialmente e muitas vezes por v. Buri, e em uma série de decisões, sobretudo na celebre decisão das Camaras criminaes reunidas, de 24 de Maio de 1880 (1),

(1) 1.°, 439; e mais as dec. de 10 de Junho de 80, 1.°, 451 (tentativa de morte sobre uma criança que nasceu morta); de 30 de Março de 83, 8.°, 198 (tentativa de aborto por parte de uma mulher que não estava gravida); de 1.° de Junho de 83, 8.°, 351, de 27 de Fevereiro de 88, 17.°, 158 (meio inadequado). A favor da doutrina do tribunal imperial v. Wächter, 210, Hälschner, 1.°, 349, v. Schwartze, Herzt, 66, Lammasch, 63, Seuffert, Proj. ital., 167, Stenglein, G S., 43, 228, e d'entre os estrangeiros, Garofalo, *Criminologia*, 318. Contra a decisão das camaras reunidas e a favor da impunidade da tentativa absolutamente impossivel, Geyer, 1.°, 132, Merkel, 136, 132, Löning, 50, Wahlberg, Z. 2.°, 194, Binding, 1.°, 693, Rotering, G A., 31.°, 266, Bünger, Z., 6.°, 352, v. Rohland, *Gefahr*, 78, Baumgarten, 358, Borchert, *Verantwortlichkeit für Handlungen dritter*, 69, Goldschmidt, *Kritische Beleuchtung der Uebergriffe der historischen Schule und der Philosophie in der Rechtwissenschaft*, 1887, Wehrli, *Kindesmord*, 81, Pfenniger, *Strafrecht der Schweitz*, 776, Berner, 140, v. Meyer, 261, Post, *Grundlagen des Rechts*, 363, v. Kries, *Preussische Jahrbücher*, 75.°, 124 e outros. Não faltam tambem opiniões médias; ora deve-se distinguir entre a tentativa e falha nas circumstancias constitutivas do delicto, ora não se deve confundir a inadequabilidade da acção com a falta do objecto (ou tambem do sujeito, bem como do meio talvez especialmente designado na lei). Cons. as diss. de Kroschel e tambem Olshausen, § 43, 20, 23,

reconheceu o caracter criminal da tentativa mesmo absolutamente impossivel, sem recuar diante de qualquer das consequencias que resultem d'este principio.

II. — Dá-se tentativa impossivel, quando o acto voluntario tendente a um certo resultado é inadequado para produzil-o. A tentativa impossivel apresenta-se ás mais das vezes, mas não exclusivamente, como crime frustrado, e portanto pode ser tanto tentativa acabada, como inacabada. E' tão possivel que o agente fizesse os primeiros ensaios para abrir a fechadura com um instrumento completamente inadequado, como que chegasse ao cabo dos seus baldados esforços. Em um e outro caso dão-se indubitavelmente os caracteres da figura da tentativa.

Segundo o direito imperial é punivel a tentativa impossivel e em que condições o é? Para responder a esta pergunta, cumpre affirmar absolutamente que o art. 43 do C. p., como o mostra a sua letra, não resolveu a questão nem tão pouco, como decorre dos motivos justificativos do mesmo art., a quiz resolver. O legislador quiz pelo contrario deixar á sciencia e á jurisprudencia, como d'antes, a solução desta antiga e difficil controversia, para cuja decisão não se sentio autorisado. E' pois indubitavelmente incorrecto este syllogismo do Tribunal do Imperio: « toda tentativa é punivel; a tentativa impossivel é tentativa; logo a tentativa impossivel é punivel ». Este syllogismo é vicioso, porque a maior não se funda na lei nem resulta de considerações geraes (2).

Não tendo sido a questão resolvida pela lei, é

(2) Não é curial pretender tirar argumento do texto do art. 43 do C. p., que apenas descrimina o acto preparatorio da tentativa propriamente dita. O art. 43 não se refere absolutamente á opposição entre o crime consumado e o frustrado. E' pois um contrasenso, na questão concernente á criminalidade da tentativa impossivel, querer tirar argumento da expressão « começo de execução » — e dizer: « si a

a essas considerações geraes que devemos voltar para resolvel-a. A razão da criminalidade da tentativa está, como vimos, no caracter perigoso da acção. A tentativa só pode pois deixar de ser criminosa, quando lhe falta aquelle caracter. Obtemos assim esta regra: *punivel é a tentativa perigosa, impune deve ficar a tentativa não perigosa.* Esta conclusão encontra apoio no facto incontestavel de que a nossa consciencia juridica reage por modo diverso contra a tentativa, conforme o caracter perigoso do acto que a constitue. Dada uma tentativa não perigosa, a nossa consciencia não reage immediatamente, mas só mediatamente por via de um raciocinio: á differença essencial na importancia objectiva do acto de tentativa corresponde assim uma grande dissemelhança na impressão psychologica, que o acto produz tanto no ameaçado como nas demais pessoas ([3]).

A tentativa é perigosa, quando e em tanto quanto o acto respectivo suscita a possibilidade imminente da realisação do resultado (e dest'arte o fundado receio de que elle se realise). Esta these precisa ser desenvolvida.

1.° — A acção não deve ser apreciada segundo uma generalisação arbitraria; deve sel-o, attendendo-se a todas as circumstancias particulares que a acompanham.

---

execução não pode ser consumada, tambem não pode ser começada». Correctamente Köhler, *Studien*, 1.°, 9. — Com isto cae tambem o raciocinio de Geyer: «a tentativa é uma realisação parcial do dolo; logo a tentativa impossivel não é tentativa». Recentemente tambem o reconhecem os que seguem a doutrina do tribunal imperial (Stenglein, G S., 43.°, 228).

([3]) Semelhantemente Lammasch, *l. c.*, Baumgarten, 248, Bünger, Z., 6.°, 361, J. v. Kries, 9.°, 534. Divergente Köhler, *Studien*, 1.° ,20, que considera como circumstancia reguladora o perigo para a ordem juridica.

2.° — A apreciação deve tomar em consideração (como prognostico posterior) as circumstancias salientes ou conhecidas do agente no momento da acção — momento a que o julgador deve remontar-se — e não as circumstancias que só posteriormente foram descobertas.

3.° — Sómente quando, attentas as circumstancias notorias ou conhecidas do agente no momento da acção, esta se mostra completamente inadequada para produzir o resultado, é a tentativa isenta de pena como não perigosa.

Assim, por exemplo, a tentativa de aborto por parte de uma mulher que não está gravida bem pode ser criminosa, si a existencia da gravidez não parece plenamente excluida; criminosa tentativa de morte contra uma criança que nasceu morta é de todo possivel, si a morte não está inteiramente fóra de duvida. E' diversa a solução nos exemplos escolasticos de que tanto se tem abusado: pedir a Deus a morte do visinho (que Feuerbach citou pela primeira vez em 1808), enfeitiçar, executar o pretendido maleficio que, segundo a crendice popular, impede a consumação do matrimonio, tentar matar com um tiro de pistola a B que se acha em uma barquinha na distancia de um tiro de canhão, etc. (4).

(4) O ponto de partida da nossa doutrina é o mesmo da doutrina dominante sobre a impunidade da tentativa «absolutamente impossivel»: Aquella distingue-se porém desta essencialmente com accentuar o «prognostico posterior» na applicação da idéa de perigo. De accordo Loock, *Schutz der Eisenbahnen*, 179. A' vista da divergencia de opiniões, e especialmente da contradição que tem encontrado o ponto de vista do tribunal imperial, é desejavel que a questão seja regulada por lei. Ella se encontra regulada não só nos antigos cod. territoriaes da Allemanha, como recentemente nos projectos da Inglaterra, Russia, Hespanha, Suissa (cod. mil.), bem como no cod. italiano. Este expediente é tambem recommendado por v. Rohland e v. Meyer.

## § 48. — Da desistencia da tentativa

LITTERATURA — Herzog, *Rücktritt vom Versuch und thätige Reue*, 1889; Heinz, *Der Rücktritt des Mitthäters*, diss., 1890.

I. — Si vemos o fundamento da criminalidade da tentativa no seu caracter perigoso, dá se a criminalidade, logo que se reconhece existir o perigo, e consequentemente a relação entre o facto e o resultado representado.

No momento em que o agente transpõe a linha divisoria entre os actos preparatorios impunes e o começo de execução punivel, incorre na pena comminada contra a tentativa. Semelhante facto não pode mais ser alterado, supprimido, ou « annullado retroactivamente ». Pode porém a lei, por considerações de politica criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornára passival de pena.—Ella o fez, convertendo em *causa extinctiva de pena* a *desistencia voluntaria* (C. p., art. 46) (1).

(1) Semelhantemente a decisão do Trib. do Imp. de 20 de Março de 88, 17.°, 244. — A principio procurou-se muitas vezes referir a razões juridicas o effeito da desistencia relativo á isenção da pena, affirmando-se que a desistencia anniquila a vontade delictuosa, ou que no caso de desistencia a vontade não existia desde o começo ou pelo menos não existia com a necessaria firmesa. Herzog demonstrou terminantemente que taes opiniões são insustentaveis. Mas a opinião deste escriptor, (segundo a qual prohibido é sómente o mal resultante do delicto, e, como a criminalidade da tentativa assenta na presumpção da vontade por parte do agente de executar o facto, essa presumpção é desmentida pela desistencia) não pode tambem ser aceita, visto como assignala incorrectamente a razão de ser da punibilidade da tentativa. — Poucos são os escriptores que não approvam a impunidade no caso em questão, como (além de John e Schütze) principalmente von Cohn, 1.°, 556, v. Buri, *Kausalität*, 1885, p. 141. Geyer, Opusculos, 292, concede sómente uma attenuação de pena.

Em textos esparsos o direito romano reconhece expressamente a importancia da desistencia da tentativa. Cons. principalmente a l. 19, *proem*, D. 48, 10: « qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerint, suffragio justo pœnitentiœ absolvuntur ». — O art. 178 da Carolina exigia, para ser punida a tentativa, que o agente tivesse sido impedido de consumar o crime « por outros meios contra a sua vontade ». O direito commum ora concedia a impunidade, ora moderava a pena. Destes dous alvitres foi o primeiro que prevaleceu nos cod. territoriaes da Allemanha; mas, em vez de estabelecer a falta de espontaneidade como caracteristico da figura da tentativa, elles converteram (não assim o cod. prussiano de 1851 e o bavaro de 1861, que seguiram o direito francez) a desistencia voluntaria em causa extinctiva de pena. Este exemplo foi tambem seguido pelo art. 46 do C. p. imp.

II. — A desistencia voluntaria é impossivel, quando o agente já não domina mais o facto e as suas consequencias, quer seja certa a producção ou a não producção do resultado; é portanto impossivel no crime frustrado.

E' pelo contrario possivel:

1.° na tentativa inacabada por não ter ficado completo o movimento corporeo: « quando o agente, diz o art. 46, n. 1.°, do C. p., desiste da execução da acção projectada ». O agente deixa cahir o braço já levantado para o golpe; recolhe a mão já estendida para a taça envenenada. Terminada a acção tendente ao resultado, deixa de ter applicação o n. 1 do art. 46.

2.° na tentativa terminada, emquanto é ainda duvidosa a realisação do resultado, si o agente o previne (C. p., art. 46, n. 2), isto é, dando-se immediata intervenção do agente no sentido de fazer

parar a roda já em movimento das relações causaes: a carta expedida pelo correio é durante o seu curso reclamada, o effeito do veneno é neutralisado por um contra-veneno.

III. — Em um e outro caso a lei quer que a desistencia seja voluntaria, visto como o n. 1 do art. 46 só concede a isenção de pena, quando « a execução não foi impedida por circumstancias independentes da vontade do delinquente », e o n. 2 exige que o agente, « por actividade propria », previna o resultado.

O melhor modo de assignalar a voluntariedade é contrapol-a ao seu contrario: o impedimento real ou de facto opposto á consumação do crime. A desistencia não se pode fundar em circumstancias externas; deve resultar de uma resolução espontaneamente tomada pelo agente, pouco importando que tal resolução tenha sido suscitada pelo medo, pelo arrependimento, ou ainda pelos motivos mais vis, acaso pelo desapontamento de ser insignificante o valor da cousa que se pretendia furtar. Ao impedimento real deve ser equiparado o impedimento supposto (2). Não se pode exigir que a desistencia da resolução criminosa seja *definitiva* (3). Na segunda

(2) No mesmo sentido Herbst, G A., 32.º, 130, Baumgarten, 460; em sentido contrario Herzog, 243, Olshausen, § 46, 11 (que erroneamente nos contempla entre os que seguem a sua opinião).

(3) E' discutida a questão de saber si a desistencia voluntaria suppõe o completo abandono do emprehendimento delictuoso em opposição ao simples adiamento da execução. Alguns entendem que não é bastante o adiamento para a isenção de pena; pois só a renuncia supplanta a vontade malevola, que no adiamento fica inalteravel — o adiamento não se refere ao crime em si, mas sómente ao tempo e ao modo da execução. Schwarze pondera porém que esta distincção suscita difficuldades na pratica; de ordinario o agente, quando recua diante de um obstaculo, não tem clara consciencia do seu procedi-

hypothese da lei a pena depende dest'outra condição — que a acção não tenha sido ainda descoberta, isto é, que pessoa alguma, afora os cumplices ou o offendido (3), tivesse della conhecimento.

IV. — A concepção, segundo a qual a desistencia espontanea é uma causa extinctiva de pena, e que portanto exime da pena já incorrida, mas deixa intacto o caracter criminal da tentativa, tem importancia sob as mais diversas relações.

Segue-se principalmente d'ahi:

1.° — A desistencia do autor não exime de pena o co-autor, o instigador ou os cumplices por assistencia, porquanto o facto de terem elles tomado parte em uma acção criminosa subsiste. Mas o co-autor e os cumplices em geral podem tambem gosar do beneficio da lei. Ao instigador e aos cumplices por assistencia não pode, é certo, aproveitar o disposto no art. 46 n. 1.°, por não terem completado a sua acção, pois, si esta não está acabada, elles não se tornaram ainda passiveis de pena; podem porém eximir-se de pena, impedindo de um modo

---

mento ulterior, e em regra a sua resolução a este respeito é tomada depois da desistencia da tentativa. A opinião predominante é que o agente deve ter completamente abandonado o emprehendimento para a execução do crime, mas não considera necessario o abandono da resolução criminosa. Berner, trat., § 106, H H., 2, 366. N. do trad.

(3) Em sentido contrario a dec. do Trib. do Imp. de 12 de Março de 80, 1.°, 307. Segundo a doutrina do tribunal, nos crimes, em que o conhecimento do offendido é uma circumstancia caracteristica, como, por exemplo, na extorsão, o n. 2 do art. 46 do C. p. não pode ter applicação. Mas tambem em outros crimes essa doutrina conduz a resultados inadmissiveis e até perigosos. Si A propina veneno a B A não poderá advertir a victima, sem ficar sujeito á pena. Com a doutrina do tribunal concordam Geyer, 1.°, 134, Olshausen, § 46, 20, Baumgarten, 464.

independente o resultado de accordo com o n. 2 do art. 46 (a) (b).

2.° — Dirimida é sómente a pena do crime tentado (art. 46: « a tentativa, como tal, fica impune »), mas não deixa de ser punivel o crime consumado que acaso a acção tentada envolva. Neste caso costuma-se dizer, de um modo aliás pouco apropriado, que a tentativa é *qualificada*.

3.° — Quando a lei commina penas especiaes

---

(a) No mesmo sentido Geyer, 1.°, 134, Hälschner, 1.°, 363, Janka, 152, Birkmeyer, *Teilnahme*, 156, Merkel, 134, e especialmente o Trib. do Imp., dec. de 15 de Março de 86, 14.°, 19, de 25 de Novembro de 87, 16.°, 347. Em sentido contrario Berner, 160, v. Meyer, 279, Olshausen, § 46, 7, Schütze, 141, Baumgarten, 457, Herzog, 260 (de todo consequente no seu ponto de vista), Thomsen, *Bekämpfungsmethoden*, 47, Meves, G. A., 37.°, 397. E' ás mais das vezes esquecido que as causas extinctivas de pena só aproveitam áquelles a cujas pessoas concernem.

(b) O C. p. allemão, apartando-se do C. fr., não incluio na definição da tentativa punivel, como circumstancia caracteristica, a suspensão forçada da execução; firmou em these no art. 43 a punibilidade da tentativa e sob fórma de excepção declarou no art. 46 n. 1.° que a tentativa fica, como tal, impune, quando o autor desiste voluntariamente da execução. Esta redacção concorreu para obscurecer a verdadeira natureza da causa suppressiva de pena de que se trata. Uns entendem que a desistencia é uma circumstancia que produz o seu effeito *objectivamente*: quando a tentativa é, como tal, annullada, segue-se a impunidade para todos os co-delinquentes, mas, conforme a natureza das cousas, essa annullação só pode partir do autor mesmo, e não do instigador ou do cumplice por assistencia (Olsh., § 46, n. 7). Outros entendem, como v. Liszt, que a desistencia é uma circumstancia meramente *pessoal*, pelo que a desistencia do autor só a elle aproveita; o instigador e o cumplice por assistencia não serão punidos, ou porque, não estando acabada a acção respectiva, não é punivel a tentativa de instigação ou de cumplicidade, ou porque, si a acção estava acabada, procederam de accordo com o disposto no n. 2.° do art. 46. N. do trad.

contra actos preparatorios ou actos de tentativa, ou quando equipara o emprehendimento do crime ao crime consumado (p. 327), não se dá o effeito dirimente da desistencia, attenta a falta de uma disposição especial de direito positivo (5).

(5) A favor da doutrina do texto pronuncia-se muito terminantemente o Trib. do Imp. na dec. de 29 de Abril de 84, 10.°, 324; egualmente v. Lilienthal, 53, v. Meyer, 267, Merkel, 376, Hecker, 209, Baumgarten, 470, Ziebarth, 352. Em sentido contrario Berner, 352, Geyer, 2.°, 127, Hälschner, 2.°, 735, 927, v. Meyer, 796, Schütze, 233, v Wächter, 205, Herzog, 230. Segundo Olshausen, § 46, 5, a desistencia só é inadmissivel, quando se trata, não de equiparação na punição, mas de um crime *sui generis*.

# II. — DA AUTORIA E DA CUMPLICIDADE

## § 49. — Historia e estado da questão

LITTERATURA. — Berner, *Teilnahme*, 1847; v. Bar, *Zur Lehre von Versuch und Teilnahme*, 1859; v. Buri, *Zur Lehre von der Teilnahme*, 1880 (desenvolvimento da theoria subjectiva); Langenbeck, *Teilnahme*, 1867-68; Schütze, *Notwendige Teilnahme*, 1869; Geyer, H H., 2º, 319, 4º, 141, opusculos, 161; v. Kries, Z., 7º, 521; Hirsch, *Ueber den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe*, 1881; Schmidt, *Mittäterschaft*, 1882; Borchert, *Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen dritter, insbesondere über Teilnahme und mittelbare Täterschaft*, 1888; Hermes, *Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, 1878; Birkenmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts*, 1890. Contra elle especialmente Löffler na revista Grünhut, 19º, 511, bem como v. Buri, G S., 45º, 1; Foinitzky, Z., 12º, 54; Köhler, *Studien*, 1º, 92, 106; Stutte, *Komplott und Bande*, diss. 1887; Forke, *Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe*, 1890; Mintz, *Die Lehre von der Beihilfe*, 1892; Mössner, *Die mittelbare Täterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht*, 1892. — Sobre o direito germanico, Brunner, 2º, 565.

I. — O principio, oriundo da idéa de causa (acima, § 28), segundo o qual não sómente o autor, senão tambem todos os individuos que tomam parte na pratica de uma acção criminosa devem ser responsabilisados pelo resultado que a acção produz, tem sido reconhecido em todos os tempos e admittido em todos os systemas juridicos. Mas si as

diversas fórmas de coparticipação distinguem-se idealmente e como se devem distinguir, si a parte de cada um na culpa e no facto determina-se differentemente e como deve ser determinada, e como nessa conformidade deve ser medida a pena, são questões sobre que as opiniões muito tem divergido até os nossos dias.

Não foi sómente pela fórmula ordinaria das *leges* do tempo das *Questiones perpetuæ — cujus ope, consilio, dolo malo id factum erit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit* — que o direito romano comminou pena aos cumplices — *auctores, socii, ministri, fautores, participes*: assim foi em todos os tempos. Mas só a posição mais livre do juiz no processo *extra-ordinem* tornou possivel aquelle juizo critico, que era a condição do desenvolvimento ulterior da doutrina. Entretanto o direito romano posterior não chegou a firmar principios geraes. Na Allemanha da edade média equiparou-se quanto á pena o instigador ao autor, pelo menos em um certo numero de crimes. Com relação, porém, á punição do cumplice por assistencia, variava o desenvolvimento completamente segundo o crime; ora (como na paz publica de 1235) o concurso prestado por meio de *conselho* e *acto* era punido do mesmo modo que a autoria, ora (espelho da Saxonia, II, 25, I, II, 13, 6.º) só o verdadeiro auxiliar, o *rechte Volleist*, sem cuja cooperação a pratica do crime não teria sido possivel, era tão punido quanto o autor, ao passo que os demais cumplices soffriam penas inferiores. Sobre o instigador recahia a mesma pena da autoria, quando não pena mais rigorosa.

Neste ultimo ponto de vista achava-se tambem a sciencia da Italia medieval, que distinguia da autoria o *consilium*, o *auxilium* e o *mandatum*, e punia com as penas da autoria o *mandans*, como *socius principalis, qui causam dat delicto*. Tambem ella não

attingio a resultados definitivos e geralmente recebidos. Assim a Carolina teve de abster-se de dar uma definição no art. 177 e remetteu simplesmente o juiz ao parecer dos jurisperitos: «aquelle que, scientemente e de modo perigoso, der auxilio, assistencia ou favor de qualquer natureza e qualquer que seja o nome que tenha, a um malfeitor para a pratica de um crime, será punido criminalmente e por modo diverso segundo os casos; devem pois os julgadores, em taes casos.....pedir conselho». — No art. 107 (perjurio) encontra-se especial menção do instigador.

A sciencia e a legislação do direito commum não poderam tambem obter idéas firmes; as distincções que estabeleceram — cumplicidade anterior, concomitante e posterior ao facto (esta ultima considerada ás mais das vezes como crime especial), cumplicidade geral e especial, principal e accessoria, physica e psychica — são tão destituidas de precisão quanto de utilidade pratica.

II.— Na legislação do seculo XIX o desenvolvimento da doutrina tem sobretudo dependido da solução de duas questões fundamentaes.

1.°— A idéa da instigação presta-se a uma dupla concepção. A instigação póde ser considerada como producção mediata do resultado, como causação, mediante a qual a acção influenciada do agente vem a ser sómente um annel na cadeia causal. A instigação é então *autoria mediata* (autoria intellectual). Contra esta concepção, a unica que tem base scientifica [1]

[1] Foi a doutrina dominante desde os juristas italianos da edade média até o seculo XIX. D'entre os modernos defendem-na Ortolan, Garraud, Binding, Janka, Kohler, Foinitzky e outros. Cons., entre os trabalhos recentes, os *Grundzüge* de Stoos e o *Cod. penal* de Seuffert, 1.°, 23. Nos nossos dias foi Birkmeyer quem com o maior brilho desenvolveu a doutrina contraria, levantando-a até consequencias intoleraveis.

e que na administração da justiça conduz a resultados proveitosos, objecta-se que o autor não passaria então de um instrumento nas mãos do instigador, o que é incompativel com a hypothese da liberdade humana. Em boa logica dever-se-hia d'ahi deduzir a plena impunidade do instigador, que é assim posto fóra de toda relação causal. Ninguem porém teve ainda a coragem de tirar esta consequencia inevitavel. Eis a conclusão a que se chegou: admitte-se, de um lado, a «interrupção do nexo causal» entre a acção do instigador e o resultado devido á acção livre e dolosa do autor imputavel (acima p. 202), rejeitando-se assim a concepção da instigação como autoria mediata, e, de outro lado, considera-se a instigação como *participação* no facto praticado pelo autor. Tal é o ponto de vista do direito vigente. D'est'arte a instigação toma um caracter accessorio: a sua criminalidade depende da criminalidade da acção praticada pelo autor.

2.°— Quem põe uma condição para a producção do resultado, é por este responsavel. A doutrina dominante porém, dado o concurso de varios individuos para a pratica do mesmo crime, quer distinguir entre causar e pôr uma simples condição. Quem causa é *autor*, e, quando causa conjuntamente com outros, *co-autor*. Quem põe apenas uma condição é *cumplice*. D'este modo a cumplicidade por assistencia é convertida em co-participação não autonomica no facto de outrem. Mas como a distincção entre causa e condição é insustentavel (acima p. 204), falta egualmente á distincção entre a autoria e a cumplicidade uma firme base objectiva. Não admira, pois, que a sciencia e a jurisprudencia, para manter a distincção, se tenham deixado transviar por uma theoria puramente subjectiva (cons. adiante o § 50, nota 5.ª) (2).

(2) Muito frisantes as considerações de v. Buri, G. S., 45º, 85.

Eis porque a novissima legislação estrangeira chegou a este resultado,—abandonar inteiramente a distincção (projecto norueguense), ou suavisar-lhe a aspereza (C. p. italiano e projecto russo), ou pelo menos abolir a reducção obrigada da escala penal com relação aos cumplices (projecto austriaco) (a).

(a) A theoria da autoria e da cumplicidade é uma d'aquellas em que se fazem sentir as novas tendencias do direito penal, isto é, da escola que liga a importancia capital, não ao delicto, mas ao delinquente, segundo a sua culpa e *temibilidade*. v. Liszt, como Getz, Foinitzky, v. Lilienthal, etc., não vê distincção essencial com base objectiva entre a provocação, a acção e a cumplicidade; por um lado, os autores e cumplices são todos factores ou concausas do delicto, e, por outro, cada co-delinquente deve responder em razão de sua execução pessoal, e não pela sua coparticipção no facto de outrem. A doutrina classica faz repousar a questão da cumplicidade sobre noções subtis que, ás mais das vezes, são destituidas de valor theorico e de facto inapreciaveis, bem como suscita uma série de difficuldades (ver o *Bolletin* da U. I. de D. p., 6.° v., 1.ª caderneta de 1896). Eis como v. Hamel expõe o contraste entre as duas theorias. « Está no primeiro plano esta questão de principio, si a responsabilidade dos co-delinquentes que não são propriamente autores (os instigadores e os cumplices por assistencia) tem caracter *autonomico* ou caracter *accessorio*, isto é, si é determinada exclusivamente pela actividade com os seus respectivos resultados e pela culpa dos agentes, ou si é determinada, de um lado, por esta, e, de outro, pelos actos que o autor praticou. Theoricamente a doutrina do caracter accessorio procede d'estas duas idéas fundamentaes: 1.° *autor* é sómente aquelle por cujos actos o acontecido realizou-se, o delicto foi praticado, o resultado que o constitue produzio-se, e 2.°, a responsabilidade criminal dos outros co-delinquentes deve ser apreciada sómente em relação com a parte que tiveram naquelle resultado ou delicto, concepções estas a que se oppõe não só a nova doutrina da causalidade, que considera causas do acontecido todos os que concorreram, mesmo lateralmente, para produzil-o *in concreto*, senão tambem uma justa concepção criminologica que concentre a attenção em cada pessoa e nas suas disposições. (D'estas duas ultimas intuições certamente resulta que todos os denominados actos de participação ou co-delinquencia devem ser puramente apreciados e tra-

III.—A sciencia do seculo XIX foi mais feliz, introduzindo na legislação, de um lado, a distincção entre a conspiração e a associação de malfeitores (*Bande*), e separando, de outro lado, o favorecimento dos diversos modos de co-participação de varios individuos no mesmo crime, com o que contribuio consideravelmente para a simplicidade e clareza d'esta ultima idéa.

1.°—*Conspiração* é o concerto de varias pessoas para a pratica de um ou mais crimes determinados; *associação de malfeitores* é a reunião de varias pessoas para o fim de commetterem crimes individualmente não determinados.

A antiga doutrina responsabilisava pelo resultado total todos os socios «como instigadores reciprocos» ou punia o concerto mesmo como tentativa do crime em questão. A sciencia moderna defende, pelo contrario, o principio de que, sendo diversos os agentes, o crime perpetrado só lhes póde ser imputado, conforme cada um d'elles pelo seu procedi-

---

tados segundo o seu caracter autonomico.) Praticamente a doutrina do caracter accessorio nos leva a estes resultados: o instigador e o cumplice auxiliar são responsaveis pelo delicto consumado, si o delicto consumou-se, e pelo attentado, si não houve mais do que tentativa punivel; não são responsaveis, quando á instigação e á assistencia faltam aquelles resultados; outrosim na tentativa a punibilidade do autor os prejudica, ainda quando elles é que tenham impedido a consumação do delicto; a impunidade do autor lhes aproveita, ainda quando nenhuma parte tivessem no impedir a execução — consequencias contra algumas das quaes as duvidas devem surgir espontaneamente».—A mesma tendencia tambem nota-se no proj. do Cod. suisso, que, sem definir a autoria e a cumplicidade, limita-se a dispor (art. 13): «instigador é o que intencionalmente decidio outrem a commetter um delicto; incorrerá na mesma pena do autor. Cumplice é o que intencionalmente prestou assistencia ao delicto de outrem; a respectiva pena *poderá* ser attenuada». — O art. 14 do proj. braz. (revisto) não simplifica a questão. N. do trad.

mento no caso dado tenha realisado as idéas da autoria, da instigação, ou da cumplicidade por assistencia, bem como considera fóra de questão a tentativa, emquanto não se dá começo de execução. Cabe porém ao legislador sujeitar a penas o concerto e a associação, como crimes *sui generis* ou consideral-os como circumstancias aggravantes. A legislação imperial adoptou o primeiro alvitre em relação á conspiração no art. 83 C. p. e nos arts. 59, 72, 100 e 103 do C. p. mil., assim como em relação á conspiração e á associação no art. 6.° da lei de 9 de Julho de 1884 sobre materias explosivas; ao passo que nos arts. 146 e 147 da lei de 1 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira e nos arts. 87 e 91 da lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar considera a conspiração sómente como circumstancia aggravante, e nos arts. 243, n. 6, 250, n. 2, do C. p., art. 135 do C. p mil., e art. 146 da lei sobre a união aduaneira adopta tambem o segundo alvitre no tocante aos crimes commettidos por quadrilhas.

2.° — O *favorecimento* não é uma fórma de concurso de varios individuos para a pratica do mesmo crime. Como o favorecimento só é possivel depois de praticado o facto, falta-lhe o unico caracter que é commum a todas as fórmas de cumplicidade — o pôr uma condição para o resultado que se produzio. O favorecimento é consequentemente crime *sui generis* e, como tal, pertence á parte especial. Esta concepção, que no campo scientifico é apenas impugnada por alguns escriptores (v. Meyer, 301, Merkel, 153, Kohler, *Studien*, 1.°, 115, 118, que admitte uma « cumplicidade indirecta »), é aceita não só pelo C. p. imp., em opposição n'esta parte ao C. p. francez, senão tambem pela maior parte das leis e dos projectos estrangeiros (Cod. italiano, projecto russo, austriaco, etc.).

IV. — E' uma idéa completamente mallograda a do *concursus necessarius* ou cumplicidade necessaria (Schütze), que dar-se-hia nos crimes, para cuja perpetração é idéalmente necessario o concurso de varias pessoas (o adulterio, o incesto, o duello de um lado, e, de outro, a revolta, a sedição, o motim). Os que a defendem, esquecem que n'esta parte tem tambem absoluta applicação as regras geraes sobre a cumplicidade, bem como que a culpabilidade de um cumplice não é affectada pela impunidade de outro (talvez de boa fé ou não imputavel). Uma idéa especial é pois superflua e póde sómente servir para induzir em erro.

## § 50. — Da autoria

A autoria, como idéa distincta da cumplicidade, é a *causação ou o não impedimento de um resultado relevante, segundo o direito penal.* Cumpre distinguir diversos casos (a).

I. — Autor é, em primeiro logar, o que executa só toda a acção criminosa, o que por si só realisa todas as circumstancias comprehendidas na qualifi-

(a) Os criminalistas allemães distinguem a autoria (*Thäterschaft*), a co-autoria (*Mitthäterschaft*), e a participação ou cumplicidade *lato sensu* (*Theilnahme*), e subdividem esta em instigação (*Anstiftung*) e cumplicidade por assistencia (*Beihilfe*). Empregaremos o vocabulo cumplicidade no sentido amplo; diremos no sentido restricto « cumplicidade por assistencia », « cumplice auxiliar ». — « As idéas de autoria, instigação e cumplicidade, diz Merkel, não esgotam todas as fórmas possiveis de participação. Assim a assistencia prestada ao instigador a assistencia prestada culposamente ao autor, a assistencia para a pratica de um delicto culposo, o induzimento culposo para a pratica de delictos dolosos ou culposos, não se comprehendem em nenhuma das mencionadas idéas. A lei só teve em attenção as fórmas, que tem em geral importancia » (p. 137). N. do trad.

cação legal do crime. Estuprador, por exemplo, é aquelle que força uma mulher e della abusa; roubador o que tira a cousa alhèia por meio de violencia. Pouco importa que o resultado tenha sido produzido pela actividade physica do autor mesmo, ou mediante emprego de forças naturaes de um instrumento ou de um animal. Assim aquelle, que deixa o seu cão tirar um pedaço de carne do armazem do carniceiro ou que açula o cão contra alguem, é tão culpado, como autor do furto ou da offensa physica, quanto aquelle que serve-se de uma varinha para tirar a salsicha da vidraça do guarda-comida, ou offende o olho de outrem com um soco ou disparando desastradamente uma arma carregada a chumbo.

Mas autor é tambem aquelle que serve-se de outro homem como instrumento (1). Esta regra soffre uma importante limitação em razão da idéa da cumplicidade, que o direito positivo adopta (adiante § 51). Onde porém tal idéa não é applicavel, tem applicação absoluta a regra geral (2).

II. — Dá-se pois, autoria nos seguintes casos (a chamada autoria *intellectual*, autoria *ficta* ou *mediata*). (3):

1.° Quando o individuo de quem o autor se utilisa não é imputavel. Quem põe uma faca nas

---

(1) Sobre a utilisação da propria pessoa vêr acima o § 36, III.

(2) O erro do agente sobre ser elle autor ou cumplice não tem influencia (acima, § 38, IV). Quem ignora, que o individuo a quem determinou ou secundou é louco, não deixa por isso de incorrer em pena como autor. Em sentido contrario as dec. do Trib. do Imp. de 9 e 16 de Junho de 1884, 11.° 56 (bem como Birkmeyer).

(3) A idéa da autoria mediata é geralmente admittida pela sciencia e pela jurisprudencia. Neste sentido Hälschner, 1.°, 368, 398, Janka, 148, v. Meyer, 228, 297, v. Spesshardt, *Versicherungsbetrug*, 74, especialmente Birkmeyer, e tambem o Trib. do Imp., dec. de 17 de

mãos de um louco furioso para que elle fira a outrem, é responsavel pela morte como autor della. Ao louco é completamente equiparado não só o infante, como o menor segundo o direito penal (acima, § 37, nota 2.ª). Com effeito, a instigação, como participação não independente ou accessoria no crime de outrem, é impossivel, quando por parte do individuo que foi utilisado para a pratica do facto não se dá acção criminosa.

2.º — Quando o individuo utilisado não tem liberdade, isto é, quando é *coagido*, ou mais exactamente — quando concorrem os requisitos declarados no art. 52 do C. p.; porquanto, neste caso, a acção, deixando de ser illegal, deixa de ser criminosa, e

---

Janeiro de 80, 1.º, 146, 8 de Dezembro de 80, 3.º, 96, 14 de Junho de 81, 4.º, 256, 13 de Fevereiro de 85, 12.º 67, 28 de Janeiro de 89, 18, 419. Mas não raro suppõe-se (cons. Olshausen, 3.º cap. 5, Borchert, 99, 106, Löning, *Haftung des Redacteurs*, 149, 150), que ella deve ser excluida onde a lei exige commettimento pessoal. Assim não se deve admittir a responsabilidade de uma mulher por estupro, de um individuo que não é parente por incesto, ou de um individuo que não é funccionario publico por um crime de responsabilidade propriamente dito, quando taes pessoas determinam um louco ou forçam um imputavel á producção do resultado. Que a administração da justiça é incompativel com tal doutrina não precisa ser demonstrado. Entretanto a ella deve o art. 160 do C. p. (induzir a jurar falso) a sua pouco gloriosa existencia (cons. a parte especial). E' erro considerar a autoria mediata como responsabilidade criminal por actos de terceiros (assim a considera Borchert) (ᵇ).

(ᵇ) Dá-se « autoria mediata », quando alguem commette um delicto por intermedio de outrem que, em razão de sua boa fé, falta de liberdade ou de imputabilidade, não póde ser responsabilisado. Esta hypothese póde muito bem verificar-se nos *delicta propria*, si a pessoa que serve de instrumento tem as qualidades ou se acha nas relações exigidas pela lei, como elemento constitutivo do facto delictuoso. Não ha razão para em taes casos abrir-se uma excepção ao principio. Tambem neste sentido van Hamel (1.º, 347). N do trad.

portanto é impossivel dar-se uma cumplicidade punivel.

3.° — Quando o individuo utilisado não procede *dolosamente*, isto é, não prevê as consequencias da sua acção. Quem, illudindo a enfermeira, a induz a dar arsenico ao doente em vez do quinino, que o medico prescrevera, não póde ser considerado como instigador de um assassinato que a enfermeira não perpetrou, mas é o proprio assassino (4). Nos casos em que a qualificação do crime exige a consciencia da illegalidade, a ausencia de sciencia equivale á ausencia de dolo.

4.° — Quando o crime exige uma certa intenção (por exemplo, a intenção de apropriação no furto), e essa intenção não se dá no individuo utilisado para a pratica do facto, mas dá-se no instigador (c).

Em todos estes quatro casos (5) o que regula para o julgamento do autor é o procedimento do individuo que lhe servio de instrumento (6).

---

(4) Ver no § 51, nota 1.ª, o art. 20 da lei sobre contrafacção.

(c) Por ex., o amo manda dolosamente e na intenção de apropriação o criado tirar a cousa alheia, ignorando o criado que a cousa pertence a outrem. N. do trad.

(5) Um outro caso, inteiramente isolado, foi mencionado no § 34, I. (a ordem do superior hierarchico).

(6) Portanto (1.°), si o autor determinou efficazmente a acção de varios instrumentos, ainda que por uma só palavra, dão-se com relação a elle outros tantos crimes; outrosim, si determinou um instrumento para a pratica de varios crimes. — (2.°) A tentativa só começa para o autor com o acto de execução praticado pelo instrumento. — (3.°) O autor não deixa de sel-o, porque tenha apenas praticado um acto de assistencia. Exemplo: o adulto A segura a victima, emquanto o adolescente B dá a punhalada. — (4.°) Si a lei exige uma determinada actividade physica (por ex., a escalada de que trata o art. 243, n. 2), deve a acção ser effectuada pelo instrumento, afim de poder ser imputada ao autor. Semelhantemente em substancia a decisão do Trib. do Imp. de 21 de Março de 93, 24.°, 86. Vêr tambem a nota 3.ª

III. — Quando varios individuos, sómente pelo seu concurso, realisam as circumstancias constitutivas do crime, cada um delles deve ser punido como autor. A lei admitte expressamente este principio no caso da *co-autoria*, que o art. 47 do C. p. define como « execução em commum » de uma acção criminosa. D'ahi segue-se :

1.° — Co-autor é aquelle que toma parte no *acto de execução*, isto é, em uma acção já comprehendida na qualificação do crime (acima, art. 46, II). Fica assim estabelecida objectivamente a differença entre o co-autor e o cumplice por assistencia.

E' pois co-autor no assassinato quem faz um ferimento mortal; no furto quem subtrae a cousa; na burla quem toma parte no engano. Nos crimes compostos é co-autor quem pratica algum dos actos de execução que constituem o crime. Assim A e B são co-autores, si A subjugou a mulher C, ou ameaçou a D de um perigo actual para a sua pessoa ou vida, e B abusou de C ou tirou a carteira de D; porquanto a violencia e a ameaça são circumstancias constitutivas do estupro e do roubo. Si A porém vigia, emquanto B pratica um furto com arrombamento, A não é co-autor, mas cumplice ; pois o estar de vigia não é acto de execução no crime de furto (7).

(7) Diverge o Trib. do Imp. Apoiado na declaração expressa dos motivos do C. p., o tribunal tem, em uma serie de decisões, sustentado a opinião, tambem muitas vezes defendida por escriptores de direito penal, segundo a qual a differença é puramente subjectiva e se encontra na direcção da vontade do agente, isto é, o co-autor deve ter o *animus auctoris*, o cumplice o *animus socii*, aquelle deve querer o facto como *seu*, e este como *facto de outrem*. Tudo depende sómente da direcção da vontade, e não da participação objectiva, com tanto que tenha havido uma cooperação exterior qualquer; o fornecimento de instrumentos, a remoção de obstaculos, o facto de animar o agente, de estar de atalaia, em quanto os co-delinquentes executam o crime

2.° — A lei, exigindo execução *em commum*, mostra que o dolo dos co-delinquentes é um dos caracteres da idéa de co-autoria. Aqui o dolo envolve a representação «de que o agente concorre por meio da sua acção com a dos demais para um

---

plancado em commum, são factos que podem tambem ser punidos como actos de co-autoria. Neste sentido as ultimas dec. de 18 de Março de 86, 14.°, 28, e 10 de Janeiro de 87, 15.°, 295. Semelhantemente já se haviam pronunciado Abegg, Bauer, Marezoll, Heffter, Henk, Hepp, v. Wächter, e posteriormente Köstlin, Herzt, Janka, Glaser, v. Schwarze, e especialmente v. Buri, bem como os tribunaes supremos da Saxonia e do Würtemberg. No mesmo sentido tambem Borchert, 44, bem como recentemente Olshausen, § 47, 5 (com um agrupamento de opiniões inteiramente arbitrario), Ziebarth, 351, v. Lilienthal, 55, Köhler, *Studien*, 1.°, 96. No sentido da doutrina sustentada no texto anteriormente a jurisprudencia de Berlin e Munich, e recentemente Berner, 156, Geyer, 1.°, 138, Hälschner, 1.°, 377, 420, Löning, 93, 97, v. Meyer, 286, Merkel, 144, Schütze, 148, v. Kries, *Preuss. Jahrbücher*, 75.°, 124, Forke, Mintz e outros, e especialmente Birkmeyer. Os adversarios da doutrina do Trib. do Imp. partem da distincção entre causa e condição (vêr acima o § 28, V), que aqui é expressamente reconhecida pela lei. *De lege lata*, elles tem indubitavelmente razão. Mas como a distincção é scientifica e praticamente insustentavel e o tribunal tambem o reconhece com v. Buri, segue-se, como consequencia irrecusavel, a equiparação de *lege ferenda* entre a co-autoria e a cumplicidade. A opinião de v. Buri é portanto erronea, quer sob um ponto de vista, quer sob o outro (d).

(d) Assim a linha divisoria entre a co-autoria e a cumplicidade é traçada segundo duas theorias principaes, a objectiva e a subjectiva. A 1ª procura a differença na natureza dos actos: o cumplice pratica um acto de assistencia, o co-autor pratica um acto de execução, toma parte no facto que constitue o delicto ou que pertence aos seus elementos constitutivos. «Para distinguir o autor do cumplice, diz Berner (trat. § 109), o legislador usa da mesma expressão de que se servira para distinguir a tentativa dos actos preparatorios. Por isso pode-se estabelecer este parallelo: os actos de tentativa são, no seu conjuncto, actos do autor e só os actos preparatorios podem ser actos do cumplice. Quem quer que praticar actos de execução será punido como

fim commum». Si falta essa consciencia da actividade collectiva, não pode haver co-autoria no sentido da lei. Não se dá pois co-autoria, quando em um dos dois co-participantes falta a imputabilidade ou o dolo (8). O mesmo succede, quando o segundo

---

autor, ou como co-autor, si forem muitos os executores». Mas, como, no ponto de vista causal, não se pode em these fazer distincção entre os actos dos co-delinquentes, tudo depende da definição legal e a theoria objectiva tem de considerar o mesmo acto ou actos analogos ora como co-autoria ora como cumplicidade. Assim no homicidio o que segura a victima é co-autor, ao passo que no furto o que mantem aberto o sacco d'onde outrem tira as moedas é cumplice. — A theoria subjectiva, prescindindo da natureza dos actos, procura a differença nas intenções e disposições dos co-participantes mesmos, mas não achou uma formula satisfactoria. A formula — o autor obra *animo auctoris* e o cumplice *animo socii* — pede que os seus termos sejam definidos. Em que consiste o «dolo do autor» e o «dolo do cumplice»? O co-autor, diz-se, quer agir com outrem, o cumplice quer auxiliar; ou o co-autor tem a intenção de cooperar no interesse proprio, e o cumplice o de auxiliar no interesse da pessoa auxiliada; ou ainda o co-autor tem o intuito de fazer depender a pratica do delicto tambem de sua propria vontade, e o cumplice o intuito de fazel-o depender da vontade de outrem. Essas definições encerram indicações que podem ser em certos casos uteis, mas que em muitos outros não se compadecem com a realidade. Além disto, a theoria subjectiva vae de encontro á letra da lei que positivamente faz consistir a co-autoria na «*execução* de um crime em commum». Olshausen propõe uma solução média, exigindo para dar-se co-autoria, de um lado, a cooperação em um acto de execução, e, de outro, o *animus auctoris* no co-delinquente, isto é, o dolo tendente á realisação de um crime, «como crime proprio». v. Liszt defende, de *lege lata*, a solução objectiva, mas, consequente com a sua theoria das concausas, aboliria, de *lege ferenda*, a distincção entre a co-autoria e a cumplicidade (ver a critica das duas theorias *apud* van Hamel, 1.°, 361). N. do trad.

(8) De accordo o Trib. do Imp., dec. de 16 de Abril de 88, 17.°, 413, 29 de Abril de 80, 19.°, 192, (mas diverge — completamente consequente com a opinião mencionada no § 37, nota 2ª — quando se trata de um menor de 12 annos).

agente utilisa-se da situação que, sem previa sciencia sua, fôra criada pelo primeiro (abusa, por exemplo, da mulher que este ligára).

3.° — A co-autoria não é uma fórma de participação (accessoria) em acção de outrem, mas auto-producção ou não impedimento do resultado. Por isso a punição de cada co-autor é independente da do seu co-réo; um co-autor pode ser punido como assassino, e o outro como homicida, um como roubador e o outro como culpado de furto (9) (e).

IV. — Quando varias pessoas tomam parte na producção ou não-impedimento de um resultado, sem que se trate de uma execução em commum, cada um dos agentes é tambem responsavel pelo resultado como autor, presupposto que não se dê um caso de cumplicidade (adeante, § 51). Não é necessario, segundo a regra geral e na ausencia de uma disposição especial de lei, que haja participação no acto de execução. Verifica-se esta hypothese, quando, por exemplo, varios operarios que trabalham na demolição de um edificio atiram do alto do andaime uma

(9) E' um caso de co-autoria o *commettimento em commum* que a lei penal converte frequentemente em circumstancia aggravante. Ver os arts. 119, 123, 223 a 293 do C. p., arts. 146 e 147 da lei sobre a união aduaneira. Os principios que vigoram em relação á co-autoria devem ser tambem mantidos em relação ao *commettimento do crime por quadrilha*.

(e) « Comquanto a mãe mate um recemnascido illegitimo e outro individuo coopere como co-autor, não ha duvida que a mãe commette um crime de infanticidio, e o outro um homicidio commum. Este ultimo é co-autor, mas a mãe tambem é co-autora; de nenhum modo pode-se considerar a mãe como autora principal, a que se ligue o outro como simples co-participante. Poder-se-hia com tanta razão dizer que a mãe é co-participante de um homicidio commum como que o outro é co-autor de um infanticidio. A co-autoria não tira, como a cumplicidade, o seu proprio caracter da acção de outrem, mas o tem em si ». (Berner, l. c.). N. do trad.

trave sem avisar os transeuntes, e por esse acto imprevidente occasionam a morte de um homem. Verifica-se ainda, quando diversos agentes produzem o mesmo resultado pelo seu concurso ou deixam em commum de desvial-o, mas cada um delle procede por si dolosamente, sem a consciencia de uma actividade collectiva. Em distincção da co-autoria que a lei regula, pode-se dizer que nestes casos se dá uma *autoria collateral* (como especie da pluralidade na authoria) (f).

## § 51. — Da cumplicidade

Cumplicidade, em contraposição á autoria, é o concurso para a causação ou o não-impedimento do resultado por *outrem* emprehendido. Segundo o direito vigente, a cumplicidade distingue-se em instigação e assistencia.

I. — *Instigação* é a *dolosa determinação de outrem para a acção punivel que o induzido dolosamente praticou*, quer a acção constitua um crime, quer um delicto ou uma contravenção.

---

(f) Segundo a opinião commum, o art. 47 do C. p. all., que define a co-autoria, só tem applicação quando dá-se o concurso consciente e voluntario, e portanto doloso, de varios individuos para a execução de um crime. Dado este requisito, cada um dos co-autores, embora só tenha executado uma parte do facto delictuoso, responde pelo crime consumado em virtude da actividade collectiva. Pode, porém, succeder que um crime seja consumado pela actividade de diversos agentes sem dar-se co-autoria no sentido da lei. Isto pode-se verificar em dois casos: *a)* varios individuos concorrem para a pratica de um delicto culposamente, como no exemplo figurado no texto; *b)* varios individuos concorrem dolosamente para a pratica de um delicto, sem que cada um delles tenha conhecimento da actividade dos outros. Nestas hypotheses cada um dos agentes só pode ser responsabilisado pelo que fez, visto como entre elles nenhum vinculo ha. Tal é a importancia pratica da *autoria collateral*, segundo a terminologia do autor. N. do trad.

1.° — O C. p., art. 48, al. 1.°, dispõe: « será punido como instigador quem, por donativos, promessas, ameaças, abuso de autoridade ou de poder, ou por erro que de proposito tenha suscitado ou alimentado, ou por outro meio, determinou dolosamente um terceiro á acção punivel que esse terceiro commetteu ».

A clausula generica contida nesta definição — ou por outro meio — mostra claramente que a enumeração dos meios de instigação é apenas exemplificativa e que qualquer meio, mesmo, em caso dado, a dissuasão apparente da pratica da acção, deve ser considerada como bastante. Por isso mesmo as leis penaes de alguns paizes estrangeiros (como o cod. hungaro, o projecto austriaco e o russo) (a) se abstêm completamente de enumeral-os. Releva somente observar que a influencia e a ameaça não devem converter-se em « constrangimento » e que o erro suscitado não deve excluir o caracter doloso da acção, pois que em taes casos dar-se-hia, em vez da instigação, a autoria mediata (§ 50, II).

A determinação pode tambem ser o resultado da influencia de varias pessoas, quer os instigadores actuem em commum (co-instigação), quer procedam independentemente uns dos outros.

2.° — Á instigação é essencial que um terceiro tenha sido dolosamente determinado á acção que praticou, isto é, que a resolução de praticar o facto tenha sido suscitada em outrem. D'ahi conclue-se que só se pode considerar como instigação no sentido da lei a determinação de outrem para agir dolosamente (1).

---

(a) Egualmente o projecto suisso, art. 13. N. do trad.

(1) Afastando-se do principio enunciado no texto (muito contestado), o art. 121, al. 2.°, do C. p. fala em facilitar culposamente a

3.° — O dolo do instigador é complexo. Comprehende: 1.° a representação da acção propria; 2.° a representação da acção de outrem; 3.° a representação de que esta é provocada por aquella.

4.° — Segundo a concepção do nosso direito positivo, a instigação não é autoria intellectual, mas participação (accessoria) no facto de outrem. A instigação não encontra, pois, em si o fundamento de sua criminalidade, mas recebe-a do facto alheio (2).

D'ahi segue-se que não se pode falar em instigação, quando por parte do instigado não se dá uma acção punivel, pelo menos na phase da tentativa.

5.° — A pena do instigador determina-se segundo

---

evasão do detido. Em tal caso não se dá um acto de cumplicidade, mas um crime *sui generis* — Excepção que não é duvidosa, encerra, porém, o art. 20 da lei sobre contrafacção de 11 de Junho de 1870 (o que tambem se observa nas leis de 9, 10 e 11 de Janeiro de 1876): « quem determinar dolosa ou culposamente outrem a commetter uma contrafacção, será punido etc., quer o contrafactor proceda dolosamente, quer culposamente ou mesmo sem culpa. » — Sobre as questões resolvidas no texto, ver Hälschner, 1.°, 399, 446, Olshausen, § 48, 6 e 8, v. Meyer, 276 e 289, Geyer H H., 2.°, 388, Birkmeyer, *Teilnahme*, 141 (b).

(b) Que a instigação no sentido do art. 47 do C. p. all. é somente a determinação dolosa de outrem para a pratica de um crime, é geralmente admittido e resulta da propria definição legal da instigação. A duvida versa sobre saber si, além do dolo do instigador, é necessario o dolo do instigado. A doutrina do autor é uma consequencia da sua theoria sobre a autoria mediata (ver o § 50, IV, e o § 52, 1.°, *b* e *c*). N. do trad.

(2) Esta doutrina é contestada mesmo de *lege lata*. A favor da verdadeira concepção, antes de todos, o Trib. do Imp. Vêr as dec. citadas no § 52, nota 8.ª Egualmente Geyer, 1.°, 137, 140. Hälschner, 1.°, 398, Janka, 154, v. Meyer, 288. Löning, 95, Birkmeyer, *Teilnahme*, nota 273 e outros. *Contrà*. entre outros, Kohler, *Patentrecht*, 522, *Studien*, 1.°, 106; tambem Binding manifesta a sua opinião divergente em uma serie de applicações.

a lei applicavel á acção, para a qual elle scientemente instigou (3).

II. — *Cumplicidade por assistencia é o auxilio dolosamente prestado* para o crime que outrem dolosamente commetteu (C. p., art. 49), ou como este art., al. 1.º, se expressa:

« Será punido como cumplice por assistencia quem tiver prestado scientemente auxilio ao autor, por conselhos ou actos, para a perpetração de um crime ou delicto. »

A cumplicidade por assistencia para uma contravenção é, pois, isenta de pena (4).

1.º — O auxilio prestado á acção de outrem póde ser psychico ou material (conselho ou acto); póde tambem consistir na promessa, anterior ao facto, de um favorecimento posterior (C. p. art. 257, al. 3); em caso algum porém, póde constituir uma parte do acto de execução (acima, p. 359) Ás mais das vezes

---

(3) Diverso do instigador é o *chefe*, o *cabeça*, a que em varios logares o legislador se refere (art. 115 e 125 do C. p., art. 146 e 147 da lei de 1.º de Julho de 1869 sobre a união aduaneira, art. 89 e 91 da sobre gente do mar). Por cabeças (os *duces factionum* dos Romanos) devemos entender os que dirigem os movimentos dos companheiros, os directores espirituaes da empreza (do bando, do *contubernium*). Sobre a etymologia, cons. Brunner, 2 º, 570, nota 84 (*Rädlein*, de *Rad-Ring*, circulo, o inglez *ring-leader*.) — Os art. 128 e 129 individualisam os *fundadores* e os *directores* da associação. — A *provocação* distingue-se da instigação em que não suppõe o resultado respectivo, a determinação de outrem. O mesmo deve-se dizer do *seduzir*. Mas a seducção, ao contrario da provocação, suppõe influencia sobre uma pessoa determinada. A idéa da *excitação* é mais ampla, comprehende tambem a influencia mediata ou occulta.

(4) Encontram-se excepções no art. 22 da lei de 24 de Junho de 1887 sobre o imposto do alcool e no art. 44 da lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar: « si se dêr contravenção, a cumplicidade por assistencia e o favorecimento serão punidos com multa não excedente a 150 marcos ».

o auxilio é uma acção que, si fosse praticada pelo autor, não passaria de um acto preparatorio (isento de pena). Não soffre duvida que a assistencia do cumplice póde tambem consistir em uma omissão, porque lhe incumbia o dever juridico de agir.

2.° — Tambem a cumplicidade por assistencia é sómente punivel como auxilio dolosamente prestado a uma acção dolosa.

3.° — O dolo do cumplice auxiliar comprehende: 1.° a representação da acção propria; 2.° a representação da acção de outrem; 3.° a representação de que esta é auxiliada por aquella. Não é porém necessario que o autor tenha conhecimento do auxilio que lhe é prestado.

4.° — A cumplicidade por assistencia, como participação (accessoria) em facto alheio, suppõe necessariamente que por parte do autor se dá uma acção punivel, pelo menos na phase da tentativa. Findo o acto e si este não constitue um crime continuo (§ 55) (5), não se póde dar cumplicidade.

5.° — A pena do cumplice determina-se segundo a lei applicavel á acção, para cuja perpetração elle prestou scientemente auxilio, mas deve ser moderada de accordo com as regras relativas á punição da tentativa (§ 70, I). Si se trata de cumplicidade concernente a uma acção simplesmente tentada, a escala penal soffre dupla reducção (6).

---

(5) Dec. do Trib. do Imp. de 8 de Novembro de 1893, 23.°, 292. Sobre as condições de punibilidade, ver o § 43.

(6) Só em alguns casos a lei commina contra o cumplice a mesma pena applicavel ao autor; isto observa-se no art. 143 do C. p. e no art. 3º da lei de 29 de Maio de 1885 sobre o sello. Os arts. 208 e 219 do C. p contem uma escala penal especial para a cumplicidade, bem como o art. 15 da lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra (com relação a corretores e intermediarios que negociam letras indevidamente selladas). O art. 92 da lei de 27 de Dezembro de 1872

## § 52. — Da cumplicidade (continuação)

I.— Sómente a instigação dolosa ou a dolosa assistencia a uma acção dolosa é cumplicidade no sentido da lei (acima § 51, nota 1.ª).

1.° — Consequentemente não é cumplicidade:

*a*) A determinação dolosa ou a dolosa assistencia relativa a uma acção culposa. Dá-se então um caso de autoria mediata (1).

*b*) A determinação culposa ou culposa assistencia relativa a uma acção culposa. Aqui prevalece a regra geral: todo aquelle que, por acto proprio, poz uma condição para a producção do resultado que se realizou, deve ser responsabilisado por esse resultado como autor collateral (§ 50, IV).

*c*) A determinação culposa ou a culposa assistencia a uma acção dolosa deve ficar impune. Com effeito, não se póde admittir cumplicidade no sentido technico, porque falta o dolo, que é um dos caracteres exigidos pela lei; não se póde admittir tambem a autoria mediata, porque, segundo a sup-

---

sobre gente do mar apresenta uma fórma especial de cumplicidade: a recusa de obediencia ás ordens do superior tendentes a prevenir ou a fazer cessar o constrangimento e a resistencia. Releva ponderar tambem que, quando o legislador equipara quanto á pena a tentativa e o crime consumado, ou mesmo quando pune o emprehendimento com a pena do crime consumado, applica-se ao autor e aos cumplices a mesma escala penal, attenta a impossibilidade material de effectuar a prescripta reducção da escala. Correctamente Geyer, 2.°, 127, Hälschner, 2.°, 735. *Contrà*, Binding, 354, Olshausen, § 80, 7, Merkel, 376, v. Meyer, 796.

(1) Egualmente o Trib. do Imp., dec. de 20 de Junho de 92, 23.° 175. *Contrà*, especialmente Binding e Birkmeyer. Segundo a opinião d'estes escriptores, quem determina maliciosamente um individuo de boa fé responde sómente em razão da culpa.

posição da lei, a acção livre e dolosa do agente apparentemente instigado interrompeu o nexo causal.

2.° — O instigador e o cumplice auxiliar respondem sómente pela acção *dolosamente* suscitada ou auxiliada.

*a*) Si a acção do instigado e o dolo do instigador não se correspondem em algum ponto essencial, não se dá instigação em relação a esse ponto. As regras geraes acima estabelecidas sobre o erro e o dolo têm aqui toda applicação. A expressão — *excessus mandati*, que se costuma empregar para designar esta hypothese, é completamente impropria. Si o individuo instigado a commetter um roubo, commette uma morte, ou o instigado a uma burla commette um furto, ou *vice-versa*, a acção praticada não póde ser imputada ao dolo do instigador. Sómente quando a acção praticada pelo instigado offerece um excesso em relação áquella para a qual fôra instigado, é possivel imputar o menos ao dolo do instigador, como quando, por exemplo, dá-se roubo em logar de furto, ou o caso aggravado em vez do caso simples. Em todos esses casos cumpre attender que o dolo indeterminado comprehende todos os resultados não excluidos (§ 39, I), bem como que ao instigador é tambem imputado o resultado por elle não previsto nem susceptivel de previsão, quando a lei prescinde de toda culpa em relação ao autor (§ 35, nota 1.ª) (ª).

(ª) O instigador responde pelo excesso que o instigado tenha praticado? Procurou-se a principio, diz Geyer, resolver esta questão por meio de presumpções derivadas analogicamente do direito civil, isto é, da responsabilidade civil do mandante, como bem o mostra a expressão *excessus mandati*. Hoje, porém, estão todos de accordo em que tambem n'esta parte não póde haver uma *presumptio doli* e que tem applicação as regras geraes sobre o dolo e a culpa criminaes. Vestigios da antiga doutrina notam-se no art. 19 do C. p. braz. e no art. 17. do proj. N. do trad.

*b*) O que fica dito procede tambem, quando por parte do instigado se dá o denominado *error in objecto* ou a *aberratio ictus*. Applicam-se simplesmente as regras geraes sobre o erro. Quando, porém, em razão da applicação d'essas regras, o dolo do autor instigado fica excluido, deve-se admittir a autoria mediata por parte do instigador (2).

*c*) Si a qualificação legal do crime exige um determinado motivo (por exemplo, o lucro no lenocinio), o cumplice deve saber que o autor é movido por esse motivo, mas não é necessario que o cumplice tambem por elle se determine (3).

Os mesmos principios prevalecem em relação aos cumplices por assistencia.

II. — A criminalidade da cumplicidade depende da criminalidade da *acção principal*.

1.° — A instigação e a cumplicidade por assistencia são pois impossiveis, quando é excluida a criminalidade da *acção principal* (n'este caso póde dar-se autoria mediata), mas não as affectam as circumstancias que excluem a punibilidade do autor (circumstancias pessoaes que excluem a pena, circumstancias que extinguem a pena, falta de um requisito processual).

---

(2) Cons. a litteratura que se refere a um caso pratico (Dochow v. Liszt, *Strafrechtsfälle*, n. 64). Böhlau, *Der Fall Rose—Rosahl*, 1859. Goltdammer e Hälschner, G A, 7; Böhlau, G A., 8, Pfotenhauer, G S., 13; Geyer, H H, 2.° 360 (b).

(b) A questão do *error in objecto*, com que já se occuparam os praticos italianos, foi discutida modernamente pelos criminalistas allemães, por occasião de um caso celebre occorrido na Prussia, o caso Rose — Rosahl, a que o autor allude (Rose matou por erro outro individuo que não aquelle de cujo assassinato Rosahl o incumbira). N. do trad.

(3) Egualmente o Trib. do Imp., dec. de 25 de Outubro de 1889, 20.°, 12. Ver o principio inverso no § 50, II, 4.

2.° — *a*) A instigação tentada, quer frustrada, quer incompleta, não é instigação no sentido technico, porque falta a acção criminosa do autor, da qual deriva a criminalidade da instigação. Por isso a instigação tentada tambem não póde ser punida como autoria mediata.

A' categoria da instigação tentada (falha) pertence a instigação tão discutida na sciencia e na legislação do direito commum, a que é feita ao chamado *alias* ou *omnimodo facturus*, isto é, a quem já se achava, antes d'ella, resolvido á pratica do facto.

*b*) Tambem deve ficar impune a cumplicidade *tentada*, quer frustada, quer incompleta. A esta categoria pertence o caso de não ter o auxilio prestado exercido influencia sobre o resultado, isto é, o autor não se utilisou do instrumento que lhe foi fornecido nem a prestação de auxilio o fortaleceu na sua resolução (4).

3.° — *a*) A *instigação* para a *tentativa* não é possivel, como não o é a instigação tentada. O dolo do instigador e o do autor devem referir-se á execução. Si tal dolo falta ao autor (este quer, por exemplo, experimentar apenas si a chave falsa abre), não se dá tentativa punivel. Si falta ao instigador (este quer por exemplo, que o autor seja surprehendido na tentativa), não se póde falar em instigação. Por isso o chamado *agent provocateur* só é punivel,

(4) Mas nada obsta que o legislador sujeite á pena a instigação não seguida de resultado como crime *sui generis* (e não como acto de cumplicidade). E' o que faz o C. p. nos arts. 49 A, 85, 111, 141, 159, 210 e 357; a lei sobre gente do mar, art. 88; o C. p. mil., arts. 99, 100, 110 e 116 (cons. Hecker, 233) e 149. O mesmo póde-se dizer a respeito da *cumplicidade tentada* — ver os arts. 141 e 347 do C. p., bem como a respeito da cumplicidade concernente a *uma acção em si isenta de pena*,— ver os arts. 120, 121, 180, 285, 347, 354 e 355.

quando induz o autor á execução (consumada), para talvez entregal-o depois á punição; mas n'este caso dá-se instigação consumada para um crime consumado (5) (c).

*b*) Tambem não é admissivel a cumplicidade por assistencia, quando o cumplice prevê que o resultado não se produzirá ou mesmo que o resultado não póde dar-se (6).

III. — Da natureza accessoria da cumplicidade infere-se mais o seguinte:

1.º — A instigação de instigação e a instigação de cumplicidade apresentam-se como *cumplicidade mediata no facto principal;* aquella deve ser punida segundo a escala penal estabelecida para o facto principal, e esta segundo a escala penal reduzida que é applicavel á cumplicidade por assistencia.

---

(5) Correctamente Birkmeyer, *Teilnahme*, 166, Kohler, *Studien*, 1.º, 121. *Contrà*, entre outros, Borchert. Olshausen, § 48, 14 admitte tambem a criminalidade da instigação para tentativa. Geyer, H H, 2.º, 349, 4º, 161, v. Meyer, 277, distinguem a consumação formal e a consumação material do crime. Cons. a nota 6.ª.

(c) O *agent provocateur* (denominação derivada de uma pratica muito usada pela policia franceza) fica impune, porque lhe falta o dolo que caracterisa a instigação; elle instiga a uma acção delictuosa, mas conta impedil-a e não quer que o delicto vá além da phase da tentativa. Si se produzirem porém males que o *agent provocateur* não desejava, mas devia prever, póde elle ser responsabilisado por culpa, como, por ex., em razão de homicidio culposo, si a pessoa, a quem queria instigar sómente para uma tentativa, consumou o crime antes de ser este impedido. Tambem quando o fim da instigação é, não uma tentativa, e sim o crime consumado, é claro que a intenção de surprehender o delinquente não póde eximir de responsabilidade o *agent provocateur;* dão-se então todos os caracteres da instigação criminal. N. do trad.

(6) O cumplice auxiliar sabe, por exemplo, que o meio empregado para o aborto é inteiramente inadequado. Vêr a dec. do Trib. do Imp. de 17 de Fevereiro de 87, 15º, 315, 28 de Março de 87, 16º, 25 e 29 de Maio de 88, 17.º, 377.

Tambem a cumplicidade de cumplicidade, bem como a cumplicidade de instigação, é cumplicidade mediata no facto principal; por isso na primeira d'estas duas hypotheses a reducção da escala penal que o art. 49 do C. p. exige só póde ter logar uma vez (7) (d).

2.° — *Multipla* instigação para uma acção não constitue mais do que um crime; mas póde dar-se *pluralidade* de instigações, quando o mesmo agente é instigado por varias pessoas. Si a mesma acção, por exemplo, um palavra de excitação, instigou o agente para a pratica de varios delictos, dá-se apezar da pluralidade dos resultados, unidade de acção (adiante, § 54) (8). O mesmo procede em relação á cumplicidade por assistencia.

---

(7) Egualmente o Trib. do Imp. na dec. de 17 de Novembro de 92, 23.°, 300.

(d) A cumplicidade, diz Geyer (H H, 2, 387), tanto póde consistir em um auxilio immediato ao autor ou em uma instigação do autor, como em um concurso para o crime que consista em favorecer a actividade de um instigador ou de um auxiliar. Conforme o cumplice põe ou não a sua actividade em relação immediata com a do autor, dá-se uma cumplicidade *immediata* ou *mediata*. Póde-se pois distinguir: 1º, uma cumplicidade de cumplicidade; 2º, uma cumplicidade de instigação (proporcionar, por exemplo, o local para uma entrevista entre o instigador e a pessoa a instigar); 3º, uma instigação de cumplicidade, a qual não é mais do que uma cumplicidade no crime do autor. E' indifferente que alguem auxilie um criminoso, fornecendo-lhe um instrumento ou movendo outrem a fornecer-lhe um instrumento, pois em ambos os casos dá-se o mesmo concurso para o crime. «Esta relação mediata póde ir ainda mais longe tanto na cumplicidade por assistencia como na instigação. Nem a logica nem a justiça tem que objectar, si se considerar punivel a instigação ou a cumplicidade para uma cumplicidade mediata, uma vez que semelhante actividade constitua dolosa cooperação para a pratica de um crime». N. do trad.

(8) E não concurso real. Correctamente Bünger, Z., 8.°, 712. Kohler, *Studien*, 116, Olshausen, § 73, 19, Franck, Z., 14. *Contrà*,

3.º — O instigador, bem como o cumplice auxiliar, é isento de pena, quando, quer por meios physicos, quer por meios materiaes, impede a pratica da acção criminosa (subentende-se que não basta a *retratação*). Este principio resulta da natureza accessoria da cumplicidade e não deve ser considerado como desistencia da tentativa incompleta nos termos do art. 46 n. 1 do C. p. Quando porém está finda a tentativa, o instigador, como o cumplice auxiliar, póde ainda proteger-se com uma circumstancia exclusiva de pena, prevenindo voluntariamente o resultado (C. p. art. 46, n. 2).

4º — Quando a lei qualifica actos preparatorios ou actos de tentativa como crimes independentes, póde dar se cumplicidade com relação a taes actos, que são por si puniveis. A mesma regra tem tambem applicação, quando a lei qualifica actos de cumplicidade como crimes *sui generis* (acima, nota 4.ª).

IV. — Si a mesma pessoa toma parte por diversos modos no mesmo crime, a forma mais grave de participação absorve a menos grave, assim como não são mais tomados em consideração os actos preparatorios e a tentativa, quando o crime se consuma (§ 56, II).

Si o instigador toma parte posteriormente na execução do crime como autor ou auxiliar, o direito penal o trata no primeiro caso exclusivamente como autor, e no segundo como instigador.

Que a relação entre a cumplicidade e o favorecimento não se rege por esta regra, não carece ser demonstrado depois do que foi dito no § 49, III a.

---

ainda a 5ª ed. deste livro, egualmente o Trib. do Imp., por ultimo nas dec. de 7 de Julho de 84, 11.º, 37, 16 e 16 de Abril de 86, 44ª, 92, bem como Merkel, 147, Borchert, 52, John, 2.º, 255, Birkmeyer, *Teilnahme*, 181. Ver o caso inverso no § 50, nota 6ª

Assim o instigador de uma acção criminosa, bem como o cumplice auxiliar, póde fazer-se culpado (em concurso real) de favorecimento com relação a cousa obtida pela autor. E' anormal a disposição que encerra o art. 257, al. 3ª, do C. p. : «o favorecimento, diz este art., será punido como cumplicidade, quando for promettido antes da perpetração do crime». Esta disposição tem sido não raro mal interpretada.

Ella não amplia a idéa da cumplicidade nem restringe a do favorecimento, mas contem sómente um preceito relativo á punição. A prestação do auxilio anteriormente promettido seria cumplicidade e favorecimento em concurso real e, em certas circumstancias, ideal; o art. 257, al. 3ª, rejeita esta consequencia e quer que, na *medição da pena*, não se admitta o concurso do favorecimento e da cumplicidade, mas sómente o favorecimento. Por isso a lei não diz — «o favorecimento é cumplicidade», mas sim — «será punido, como cumplicidade». O favorecimento do furto será pois punido, dados os requisitos do citado art., como cumplicidade no furto, e a sentença condemnatoria poderá ser tomada posteriormente em consideração na reincidencia, como previa condemnação no crime de furto (9).

A applicação dos principios sobre a cumplicidade soffre certas limitações.

1.° — A pessoa, cujos interesses são protegidos por uma comminação penal, não póde ser punida

(9) Egualmente no essencial Gretner, *Begünstigung*, 162, Geyer, H H. 2º, 422, 4.°, 173, Hälschner, 2°, 884, v. Meyer, 308, Olshausen § 257, 46 Schutze, 162, especialmente Nieland, *Zusammentreffen von Begünstigung mit Teilnahme*, 1892 ; dec. do Trib. do Imp. de 8 Julho de 86, 14ª, 318. A promessa anterior de favorecimento póde tambem determinar o autor á pratica do facto ; applicam-se então os principios geraes sobre o curso do favorecimento e da instigação. Dec. do Trib. do Imp. de 10 de Janeiro de 87, 75ª, 295, 3 de Nov. de 87, 16.°, 374.

em razão de cumplicidade em uma infracção dessa lei penal. Assim a raptada não é passivel de pena como cumplice no rapto, a discipula não póde soffrer pena por instigar o mestre ao crime definido no art. 174, al. 1.° do C. p.; o menor explorado não póde incorrer nos arts. 301 e 302 nem a victima da usura no art. 302 a.

2.° — Quando a lei qualifica actos de cumplicidade como crimes *sui generis*, e ao mesmo tempo deixa impune a acção principal, o autor desta não póde ser punido em razão de instigação ou de assistencia a actos de cumplicidade. Assim, si é punivel a cumplicidade no suicidio (em si impune), a victima não póde ser punida como instigadora da cumplicidade. Quem paga o proxeneta não soffre pena, como não a soffre o preso que determina outrem a auxilial-o na propria fuga (vêr a parte especial).

3.° — Quando na denominada *cumplicidade necessaria* (acima § 49, 4.°) a impunidade de certas pessoas resulta do contexto das disposições legaes, taes pessoas não pódem tambem ser punidas como cumplices no crime de outrem. Cons. adiante a parte especial sobre o art. 331 e seg. do C. p. e os arts. 211 e 213 da lei sobre fallencia.

## § 53. — Da cumplicidade

### Influencia resultante de certas relações pessoaes

I. — Da natureza accessoria da cumplicidade seguir-se-hia: 1.° que a penalidade da acção constitutiva da autoria deveria servir tambem de regra para o instigador e o cumplice auxiliar, quando a penalidade da autoria se fundasse em qualidades e re-

lações pessoaes ou em razão dellas fosse aggravada ou attenuada; 2.° que as qualidades e relações pessoaes dos cumplices mesmos não deveriam ser tomadas em consideração. Não assim porém quanto aos co-autores e autores collateraes (§ 50, III, IV), cada um dos quaes é passivel de pena independentemente, e portanto segundo suas proprias qualidades e relações pessoaes (1).

II.— O direito vigente receiou tirar de um modo absoluto estas consequencias que decorrem da natureza accessoria da cumplicidade e assim suavisou as arestas de sua propria concepção. O art. 58 do C. p. dispõe: «quando a lei aggrava ou attenua a penalidade de uma acção em razão de certas qualidades ou circumstancias pessoaes do agente, essas qualidades e circumstancias devem ser tomadas em consideração em relação ao autor ou cumplice (co-autor, instigador, cumplice por assistencia) a quem concernem». (2)

1.°—Consequentemente e em contrario á consequencia acima tirada (sob o n. I), as qualidades e relações pessoaes, que aggravam ou attenuam a penalidade, sempre prejudicam ou sempre aproveitam aos cumplices, a quem concernem.

Exemplos: si o não parente B determinou A, filho de C, a matar a C, ou determinou a mãe D a matar o filho recem-nascido E, ou si, pelo contrario, o filho A ou a mãe D prestou auxilio ao estranho B para a morte do pae C ou do filho E, em ambas as hypotheses, o estranho B deve ser julgado segundo as disposições sobre o homicidio

(1) A applicação dos exemplos dados sob o n. II não offerece difficuldade.

(2) A menção do co-autor no art. 50 é superflua, segundo o que dissemos sob o n. I.

commum, o filho A segundo as disposições sobre o parricidio, e a mãe D segundo as disposições sobre o infanticidio. O mesmo procede quanto á adolescencia, á reincidencia, ao habito e á profissão, etc. ([3]) ([a]).

2.° — Quando se trata, porém, de qualidades ou relações que tornam punivel uma acção em si isenta de pena, e que portanto não aggravam nem attenuam a criminalidade, mas servem-lhe de *fundamento*, essas qualidades ou relações, occorrendo no autor, devem ser tomados tambem em consideração a respeito dos cumplices (instigador e cumplices por assistencia), segundo a regra estabelecida acima sob

---

([3]) Em relação a essas circumstancias o reconhece a dec. do Trib. do Imp. de 9 de Janeiro de 1893, 23°, 378.

([a]) O art. 50 do C. p. all. refere-se ás circumstancias pessoaes que aggravam ou attenuam a penalidade, e não ás que excluem a punição; por um argumento *a minore ad majus* o tribunal do Imperio applica a estas ultimas a mesma regra. O C. p. hol., reproduzindo tambem no seu art. 50 a disposição do Cod. all., a completou, mencionando as circumstancias pessoaes que excluem a punibilidade. Isto é perfeitamente justo, uma vez que no numero de taes circumstancias não se comprehendam as justificativas, pois que estas excluem a illegalidade da acção. Na clausula «qualidades e relações pessoaes» comprehendem-se tambem as circumstancias que, comquanto se achem em ligação com a actividade do autor ou cumplice concernente ao delicto, são, todavia, inherentes á pessoa, como motivos, intenções, e especialmente a premeditação? A questão tem sido discutida sobretudo com relação á premeditação. Uns entendem que as fórmas da resolução criminosa não são qualidades pessoaes do agente nos termos da lei, e assim a instigação no caso de assassinato deve ser sempre punida em virtude do art. 211 do Cod. all., e no caso de homicidio em virtude do art. 212, sem attenção á premeditação ou não premeditação do instigador (Geyer, Merkel, Olshausen). *Contrà*, Berner, Meyer, v. Liszt. No direito hol. v. Hamel resolve a questão pela affirmativa; no mesmo sentido a escola italiana (Tolomei, *Diritto e proc. penale*). N. do trad.

o n. I (mas não *vice-versa*), de sorte que nesta parte a relatividade da cumplicidade é plenamente reconhecida.

Exemplo: a instigação e a cumplicidade, em um crime de responsabilidade propriamente dito, devem ser julgadas segundo as disposições concernentes a esse crime, ao passo que, si o funccionario publico é instigador ou cumplice, e autor um individuo não empregado publico, não se dá crime; porquanto, quem não é funccionario publico só póde commetter um crime de responsabilidade, como autor mediato, e não como autor immediato. O mesmo procede [a] a respeito da cumplicidade de um civil em crime militar [b].

III. — As circumstancias exclusivas de pena, a falta de requisitos processuaes e as circumstancias pessoaes de exclusão de pena produzem os seus effeitos sómente em relação aos delinquentes, a quem concernem, sem que se faça mister uma disposição expressa de lei a tal respeito (vêr acima o § 48, nota 4.ª).

---

[a] Egualmente a dec. do Trib. do Imp. de 1 de Abril de 87, 15°, 396; *contra*, Seuffert, Cod. p., 1,78. Cons. Olshausen, § 48. 32.

[b] Não estão no caso das circumstancias pessoaes que aggravam, attenuam as penas ou excluem a punição as que são requisitos necessarios para a existencia do delicto; taes são as circumstancias que caracterisam os denominados *delicta propria* (crimes de responsabilidade, de profissão, militares, etc.) em contraposição aos *delicta communia*. Em taes casos essas circumstancias pessoaes são equiparadas aos outros elementos do delicto e tratadas segundo os principios geraes do direito penal. Assim, o individuo que não é empregado publico póde ser cumplice do funccionario publico em crime de responsabilidade (propriamente dito), um civil póde ser cumplice do militar em crime militar, e incorrem nas mesmas leis penaes applicaveis ao autor. Neste sentido o direito allemão resolve esta questão que é muito duvidosa no direito francez e tambem no nosso. N. do trad.

# III. — O CRIME UNO E A PLURALIDADE DE CRIMES

## § 54. — A acção una e a pluralidade de acções (a)

LITTERATURA. — v. Buri, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, 1879; Merkel, H H., 2.°, 579, 4.ª, 224; Hiller, G S., 32.°, 195; Schütze, Z., 3.° 48; v. Schwartze, G S., 34, 375; Hiller, na Revista-Grünhut, 13.°, 126; Binding, 1.° 349, 500, 547; v. Liszt, 2, 6.° 694; Bünger, Z., 8.°, 520; Max Berner, *Der Grundsatz « ne bis in idem » im Strafprozess*, p. 63; Ortloff, G. A., 32, 395; Ortmann; G A., 35, 26; Stelling, G S., 42, 121; Koch, G A., 39.°, 245; Habermaas, *Die ideale Konkurrenz der Delikte*, 1882; Lowenstein, *Die Verbrechenskonkurrenz nach dem R. St. G B.*, 1883; Heinemann, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, 1893; Wachenfeld, *Theorie der Verbrechenskonkurrenz*, 1893; Brunner, 2.°, 541.

I. — O crime é *acção*, isto é, uma mudança operada no mundo exterior e referivel á vontade

(a) A unidade simples, que consiste em uma só acção, com um unico resultado (fórma a mais simples da responsabilidade criminal), os criminalistas allemães contrapõem a *unidade complexa* e o *concurso de delictos*. A unidade complexa *(complizierte Deliktseinheit)* dá-se quando ha pluralidade de actos e unidade de resultado, e comprehende o delicto composto (o que resulta da reunião de varios delictos, como o roubo), o delicto collectivo (o que é praticado como profissão ou por habito), os que estão entre si na relação de meio para fim ou servem a um fim commum, o delicto continuo (o acto delictuoso

humana (§ 27). Si a acção é uma só, segue-se que tambem só se dá um crime (1). Mas uma plu-

prolonga-se indefinidamente), e o delicto continuado (delictos da mesma natureza entre si ligados). Todos estes casos devem ser tratados como delictos simples, isto é, como si fossem constituidos por uma só acção offensiva. — Dá-se o concurso de delictos, quando os delictos commettidos pelo mesmo individuo e ainda não julgados (ou ainda não punidos) são distinctos. O concurso é real, quando constituido por acções diversas, que foram praticadas em tempos diversos; é ideal, quando a mesma acção constitue diversos crimes. Assim o concurso é real, si alguem pratica em Janeiro um furto, em Fevereiro um roubo ou um furto; é ideal, si alguem com um tiro fere A e mata ou fere B. O concurso póde ser homogeneo ou heterogeneo, conforme os crimes forem da mesma ou de diversa natureza. — A unidade complexa (e sobretudo o delicto continuado) fórma um perfeito contraste com a pluralidade de delictos, que se nota no concurso ideal: aqui uma só acção illegal constitue uma pluralidade de delictos, e alli uma pluralidade de acções constitue um só delicto. — Tambem contrapõe-se ao concurso ideal o mero concurso de leis. Este se dá, quando o facto delictuoso póde ser comprehendido em varias leis e trata-se de saber qual dellas deve ser applicada (Merkel, *Lehrb.*, § 97 e seg., H H., 2, 579, 4, 224). O autor altera estas distincções. O seu ponto de partida é este principio — sendo o crime uma acção, não póde haver pluralidade de crimes onde se dá unidade de acção. Essa unidade póde ser natural (qual a que resulta da unidade do acto voluntario ou do resultado), ou juridica, creada artificialmente pela lei, como no crime continuado, collectivo, composto. Quanto ao concurso, elle só admitte o real, pois o denominado *concurso ideal homogeneo* vem a ser uma pluralidade de resultados homogeneos comprehendidos na mesma lei, que só uma vez póde ser applicada, e o *concurso ideal heterogeneo* é uma mera concurrencia de varias leis penaes offendidas e não concurrencia de crimes. N. do trad.

(1) A doutrina contraria deveria demonstrar, que é erronea a concepção do crime como acção, ou a da idéa da acção acima estabelecida. Quem, como Binding (acima, § 31, nota 1.ª), define o crime como *violação da norma*, deve chegar a este resultado — admittir tantos crimes, quantas são as normas violadas. Si se der mais um passo, chegar-se-ha á consequencia plenamente doutrinaria de que,

ralidade de acções póde ser considerada pelo legislador, como um só crime e punida com uma só pena. A questão de saber quando si dá um crime e quando se dão diversos, depende pois da solução de uma questão preliminar, qual a de saber si se trata de uma acção ou de uma pluralidade de acções.

II. — E' certo que se dá *unidade de acção*, quando por um só acto voluntario é produzido um só resultado, e portanto quando, por exemplo, um individuo é morto por um tiro de fusil ou em razão da continuada privação de alimentos por parte de quem estava obrigado a alimental-o.

III. — Mas póde dar-se tambem unidade de acção nos seguintes casos:

1.° — Pela *unidade do acto voluntario* apezar da pluralidade dos resultados. Quando uma palavra offende a varios individuos, um tiro fere varias aves de caça, uma omissão culposa occasiona a morte de diversas pessoas, dá-se sómente uma acção. A diversidade mesmo dos resultados produzidos nada faz ao caso. Si a pedra lançada matou um homem, ferio um outro e despedaçou um vidro, podemos dizer que se deu uma acção com varios resultados, mas não que se deram varias acções (cons. o § 56, nota 1.ª) (2).

---

onde se dão varios crimes, devem tambem dar-se varias acções. Assim Binding, 1.°, 566, admitte no adulterio incestuoso uma dupla copula Uma tal philosophia escolastica não precisa ser sériamente impugnada (vêr v. Liszt, Z., 6.°, 694). Tambem não são claros Hälschner, 1.°, 672, Bünger, Z., 6.°, 665, Wachenfeld, 102. A este ultimo é fatal a fórmula ambigua da idéa do resultado (acima, § 27, nota 1.ª).

(2) No mesmo sentido e muito terminantemente o dec. do Trib. do Imp. de 11 de Julho de 90, 21.°, 63. — E' muito vulgar este paralogismo: acção é causalidade; varios resultados pedem varias causalidades e portanto dão-se varias acções. Assim John, 2.°, 256,

2.° — Pela *unidade* do resultado produzido ou sómente representado (na tentativa), apezar da pluralidade dos actos voluntarios (3). Si no caso occurrente deve admittir-se ou não unidade do resultado, é questão que se aprecia segundo as regras seguintes:

*a*) Com relação aos bens juridicos, que sómente podem ser offendidos ou compromettidos na pessoa de quem os tem (como a vida, a honra, a liberdade nas relações sexuaes), é a singularidade ou a pluralidade das pessoas atacadas, que decide da unidade ou pluralidade do resultado. Si A mata B a golpes de machado ou com uma torrente de palavras o injuría, a unidade da acção resulta da unidade do resultado.

*b*) Muito mais difficil afigura-se a questão em relação aos bens que são separaveis da pessoa que os possue, ou que sómente nessa separação são susceptiveis de offensa, ou podem ser postos em perigo. Indubitavelmente dá-se um só damno real, si uma estatua de marmore é destruida a marteladas, ou uma machina, mediante um longo e talvez interrompido trabalho, é desmontada e inutilisada. Tambem a tirada de varias cousas, que foram singularmente transportadas, a damnificação de varios objectos por meio de golpes reiterados póde constituir uma só acção, ainda quando as cousas tiradas ou damnificadas pertençam a diversos proprietarios. A unidade do resultado provém, neste caso, do facto de se acharem os objectos reunidos no mesmo logar,

---

v. Buri, *Einheit*, 107, *Kausalität* (1885), 80, G S., 41.°, 455, e tambem Franck, Z., 14.ª, contra, Hälschner, 1.°, 657, nota 1.ª, Olshausen, § 73, 2, Schutze, Z., 3.°, 64, Hiller, G S., 32.°, 200, Ortmann, G A., 35.°, 33, Hecker, 140, Bünger, Z., 8.°, 698. — O vicio está na equiparação da acção e do resultado.

(3) A omissão apparece sempre como acto voluntario uno.

por exemplo, no mesmo mostrador, na mesma estalagem.

*c*) Sob este ponto de vista os direitos de autor equiparam-se aos direitos patrimoniaes. E' sem duvida incorrecto pretender que sómente o numero das pessoas offendidas seja aqui a circumstancia decisiva (4). Sirvam de exemplo as collectaneas ou compilações que se fórmam com excerptos de varios autores.

*d*) A lei mesma, servindo-se de expressões que comprehendem muitas acções singulares, não raro indica que se deve considerar como unidade a pluralidade dos actos voluntarios em razão da indivisibilidade do resultado. Assim os art. 146 e seg. do C. p. não falam em contrafazerem-se algumas moedas, mas em contrafacção da moeda em geral, etc. (5); o art. 176 e muitos outros empregam o plural — actos impudicos; expressões, como duello, rixa, vias de facto, sevicias, exercicio de uma profissão, emprehendimento de uma loteria e tantas outras, comprehendem uma série de actos singulares. Não é pois correcto ou pelo menos induz em erro dizer que em taes casos dá-se uma *unidade legal*, como faz v. Buri, pois a unidade não é sómente creada pela lei, funda-se tambem na indivisibilidade do resultado; dá-se um caso de unidade natural da acção.

*e*) O crime *continuo* ou *permanente*, isto é, a pratica não interrompida do facto que constitue o crime, como privar alguem de liberdade durante semanas ou mezes, deixar escoar-se o gaz, deixar a criança morrer de inanição, só comprehende tambem uma acção em razão da unidade do resultado. O

(4) Diverge a opinião predominante.

(5) E' inteiramente erroneo pretender com Binding, 1.°, 557, a quem segue Olshausen, que o numero das especies de moeda é a circumstancia decisiva. Vêr tambem M. Berner, 93.

mesmo procede, posto que por outras razões, a respeito dos crimes que criam um estado ou situação *(Zustandsverbrechen)*, nos quaes (como a bigamia por exemplo) não se toma em consideração a situação continua e illegal que resulta do acto concluido.

## § 55. — Da pluralidade de acções que constituem um só crime

LITTERATURA. — Sobre o *crime continuado* cons. Kung, *Zur Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen*, 1857; v. Schwartze, *Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, 1857; v. Woringen, *Ueber den Begriff des fortgesetzten Verbrechens*, 1857; John, *Fortgesetztes Verbrechen und Verbrechenskonkurrenz*, 1860; Merkel, *Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen*, 1862; o mesmo H H, 2.°, 73, 4.°, 225; Kohler, *Patentrecht*, 516; Binding, 1.°, 540; Koch, G A., 39, 245; Schütze, Z., 3.°, 48 (concernente a I, 4.°). — Concernente ao n. III, Dochow, *Zur Lehre vom gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrechen*, 1871; v. Lilienthal, *Beiträge zur Lehre vom Kollektivdelikt*, 1879; Wahlberg, varios escriptos, 1.°, 136.

I. — Uma pluralidade de acções naturaes póde tambem ser tratada pelo direito penal como um só crime.

Em taes casos a unidade deve ser considerada e tratada como tal sob todas as relações juridicas. Assim o crime uno segundo o direito é commettido em todo logar e em cada momento em que foi praticada uma das acções respectivas; si a legislação soffrer alteração, applicar-se-ha a lei mais branda, bem como applicar-se-ha sempre o direito patrio, quando houver divergencia entre este e o direito estrangeiro. Si sómente uma das acções singulares é aggravada, a aggravação affecta as demais, salvo si justamente pela aggravação de uma das acções cessar a unidade. A cumplicidade em uma dellas

é sempre cumplicidade em todo o crime. O mesmo procede a respeito do favorecimento. A prescripção não começa a correr antes de ter sido praticado o ultimo dos actos, e é tambem deste que se começa a contar o prazo dentro do qual a queixa deve ser dada. A sentença, que sobrevenha ainda mesmo sómente a respeito de um dos actos, tem força de cousa julgada em relação a toda a unidade, etc. (1)

II.— Os casos mais importantes de tal unidade creada pela lei são:

1.° — O *crime continuado*, isto é, a pratica interrompida e reiterada do facto que constitue o crime. E' uma pluralidade de acções (até então não punidas) que a lei reune pela sua *homogeneidade* (2).

---

(1) De accordo com relação á queixa a dec. do Trib. do Imp. de 18 de Março de 87, 150, 370; com relação á prescripção a dec. de 3 de Março de 84, 10.°, 204 e 25 de Maio de 86, 14ª, 145. Vêr o § 77.—Duvidosa a dec. de 5 de Março de 88, 17ª, 227 relativa á participação de terceiros em actos de cumplicidade.

(2) O *delictum continuatum*, que o direito commum (Engau, Kock e outros) já punia com uma só pena, encontra-se muitas vezes mencionado, posto que com fórmula diversa, nos cod. territoriaes da Allemanha. Do silencio do C. p. imp. não se póde tirar argumento contra a aceitação da idéa, porquanto o cod. não trata tambem expressamente dos outros casos de unidade juridica de actos. Com firme jurisprudencia o Trib. do Imp. acompanha a opinião commum. Em sentido contrario Ortloff, G A., 24ª, 422, 32°, 423, v. Buri, *Einheit*, 115, *Kansalität*, 1885, p. 97, Geyer, 1.°, 184, v. Lilienthal, *Kollektivdelikt*, 61, Max Berner, 96 e outros. Tambem entre os partidarios da idéa não ha accordo de opiniões sobre a fórmula, e esse desaccordo resulta do mal entendido esforço tendente a reduzir uma pluralidade natural de actos a uma *unidade natural*. Nesta falta incorre tambem o Trib. do Im. que ás mais das vezes exige indivisibilidade do dólo (ou tambem da resolução), homogeneidade quanto á fórma do commettimento e unidade do bem atacado. Neste sentido as ultimas dec. de 17 de Nov. de 91, 22.°, 285 e 17 de Nov. de 92, 23.°, 300. Segundo Wachenfeld, 94, dá-se indivisibilidade do resultado juridica-

Exemplos: o adulterio de A e C os leva a uma série de relações illicitas; durante noites successivas D abusa de um menor; E emitte pouco a pouco o dinheiro falso que obteve; o criado tira diariamente um charuto da caixa que pertence ao amo. Não se poderia porém qualificar de continuado o crime, si o adultero, depois de ter interrompido as suas relações com uma mulher, adulterasse com outra, ou si o criado, encontrando fechada a caixa que a principio estava aberta, a violentasse para tirar charutos.

2.° — Uma pluralidade de acções naturaes pode ser tambem reduzida a unidade juridica em razão de uma *condição* ordinaria de *punibilidade* (§ 43); mas não se pode estabelecer uma regra geral (3). E' certo que, por exemplo, a garantia da reciprocidade (C. p., art. 102 e 103) não pode servir de fundamento á unificação do crime. Deve-se porém admittir a unidade na bancarota, quando se trata da mesma suspensão de pagamento (vêr a parte especial).

3.° — O *crime composto (Zusammengesetztes Verbrechen)* constitue tambem um caso de unidade juridica da acção. O crime é composto, quando a lei forma de duas acções illegaes dirigidas contra bens juridicos diversos uma só figura criminal. Assim a

---

mente relevante, e portanto unidade de acção. Correctamente entre outros Janka, 161, Löning, 90, Friedländer, Z., 11.°, 412, bem como os motivos do Cod. ital. A unidade da pena é uma necessidade da administração da justiça, seria porém desejavel a possibilidade de uma ampla aggravação. E' inadmissivel a connexão de actos entre os quaes interveio uma imposição de pena. Dec. do Trib. do Imp. de 17 de Março de 90, 20.°, 816.

(3) Sobre esta questão, só recentemente examinada de um modo mais acurado, vêr Reichart, G S, 48, 292, Schmidt, *strafbarer Bankbruch*, 1893, p. 177, nota 4.

figura do roubo compõe-se do furto e do constrangimento, a do estupro, da violencia e da offensa á honra da mulher.

4.° — Pertencem finalmente a esta categoria os dois seguintes casos muito discutidos.

*a*) A acção criminosa, que servio de meio para a pratica de uma outra (por exemplo, o damno real no furto com arrombamento), forma com esta uma unidade, quando a primeira acção faz parte da qualificação legal da ultima, ou quando o legislador a presuppõe tacitamente como meio correspondente á pratica ordinaria.

*b*) A acção criminosa, que se apresenta como *realisação da intenção essencial á idéa de outro crime* (exemplo, a apropriação da cousa havida por furto ou burla), forma com este uma unidade, quando tal realisação é tacitamente presuppostа pelo legislador como correspondente á pratica ordinaria (4).

III. — Comprehende-se emfim na idéa da acção juridicamente una o *delicto collectivo (Kollektivdelickt)*. Assim se chama uma serie de acções singulares, que, oriundas da mesma orientação pratica (Wachenfeld), a lei reprime com uma só pena. Pertencem a esta categoria os seguintes casos:

1.° — O crime como *profissão*, ou como *industria* (o « quasi artem exercere » dos Romanos). Assignala-o, de um lado, a resolução do agente tendente á repetição frequente do facto, e, de outro lado, a sua intenção de obter, pela reiteração, uma fonte de receita, embora não tire d'ella proventos de um modo regular ou permanente.

2.° — O crime como *occupação*. Compartilha com o profissional a resolução tendente á frequente re-

(4) De accordo no essencial as dec. do Trib. do Imp. de 11 de Dezembro de 84, 11, 355, 26 de Abril de 87, 15.°, 426, e 12 de Novembro de 88, 18.°, 286.

petição do facto, mas delle se distingue em que não se faz mister tenha o agente a intenção de obter uma fonte de receita.

3.° — O crime *por habito*. Dá-se quando a repetição do facto fortalece a instigação ao crime e diminue a força de resistencia. Habito é consequentemente a *tendencia provocada pelo commettimento repetido de uma acção determinada á pratica da mesma acção* (5).

Em todos esses casos basta, para a punição do agente, que dados os demais requisitos, seja submettida ao conhecimento da justiça *uma* acção punivel. Não se dá então, é certo, um delicto collectivo, e a pena superior que é infligida por *um* unico crime sujeito a julgamento sómente se justifica pela resolução do agente dirigida á reiteração ou pela tendencia que a repetição provoca (6).

---

(5) Applicação destas idéas na legislação imperial: 1.° — *crimes profissionaes*, C. p., art. 260, 284, 294, 302 *d* e *e*, 360, n. 6, lei de 9 de Julho de 1873 sobre moeda, art. 13, lei de 14 de Março de 1875 sobre bancos, art. 57. al. 2, lei de 25 de Maio de 1873 sobre patentes de invenção, art. 4, lei de 25 de Junho de 1887 (objectos que contêm chumbo ou zinco) art. 4, lei de 5 de Julho de 1887 (tintas prejudiciaes á saude), art. 12. 2.° — *crime como occupação*, C. p., art. 144. 3.° — *crimes habituaes*, C. p., art. 150, 180, 260, 302 *d* e *e*, lei de 9 de Julho de 1873 sobre moeda, art. 13. Cons. tambem a lei florestal da Baviera de 26 de Março de 1852. — A idéa e o modo de tratar o delicto collectivo tem sido frequente e vivamente impugnados, especialmente por Dochow, 96 v., Lilienthal, 112 e Janka, 162. A impugnação se justifica, quando a punição das diversas acções de facto presentes é mais branda do que a do concurso de varios crimes.

(6) A resolução ou a tendencia é inferida de acções passadas, pouco importando que ellas possam ser ou não punidas; tambem podem ser invocadas as acções prescriptas, perdoadas, commettidas no estrangeiro, já punidas, e até mesmo não illegaes. O Trib. do Imp. vacilla. Correcta a dec. de 23 de Janeiro, de 82, 5.°, 397; incorrecta a de 24 de Janeiro de 82, 5.°, 370. — No sentido do texto a opinião commum

Dá-se sempre, pelo contrario, um delicto collectivo, quando realmente *varias acções* são sujeitas a julgamento e, apezar da pluralidade dellas, deve-se apenas admittir a existencia de um só crime (professional, habitual, etc.).

E' no direito processual que a natureza especial do delicto collectivo manifesta-se do modo mais evidente. São objecto do processo e da sentença todas as acções que fazem parte da unidade, embora ignoradas; a sentença sobre o delicto collectivo com força de cousa julgada impede que tenha logar qualquer procedimento ulterior com relação a alguma de taes acções que depois venha a ser conhecida.

## § 56. — Como o direito trata o crime sob o ponto de vista de sua unidade.

LITTERATURA. — As monographias citadas no § 54.

I. — O tratamento juridico do crime considerado como unidade é sempre o mesmo, quer ao crime corresponda uma unica acção, quer uma pluralidade de acções. Ao crime *uno* só se applica uma pena. Isto procede tambem absolutamente, quando se dá uma pluralidade de resultados homogeneos, isto é, que incidem sob a mesma lei penal. A lei penal muitas vezes violada é applicavel sómente uma vez, e só se toma em consideração a pluralidade dos resultados, quando, nos limites da escala penal, é ponderada a pena applicavel ao resultado (1). Surgem

contra Binding, 1.°, 249, 550, nota 12. Contra tomarem-se em consideração acções prescriptas, Binding, 1.°, 826, nota 7, v. Risch., Z., 9.°, 268, nota 53.

(1) A opinião dominante admitte «um concurso ideal de crimes homogeneos», e quer applicar por analogia o art. 78 do C. p. Esta

porém difficuldades, quando o crime, á primeira vista *uno*, incide sob varias leis penaes, ou, como diz o art. 73 do C. p., quando «uma só e mesma acção viola diversas leis penaes». Das explanações até aqui feitas e apoiadas no texto claro e inequivoco da lei resulta que em tal caso trata-se, não de um concurso de varios crimes, mas do concurso de diversas leis penaes. Dá-se, não concurrencia de crimes, mas concurrencia de leis, e o problema é este: como resolver essa concurrencia? qual das leis penaes violadas deve ser applicada? Na solução d'esta questão, que, na verdade, pertence, não á theoria concernente

---

intelligencia é completamente erronea, e está tambem em contradicção com a lei, que ignora tal concurso. Correctamente Wachenfeld, 57, v. Kries, 267 (que se refere ao art. 415 do C. do proc. p.). Recentemente Bünger, Z., 8º, 689 (a).

(a) O art. 73 do C. p. all. trata do denominado concurso ideial de crimes; mas ao passo que fala expressamente do caso do concurso ideal *heterogeneo*, nada diz sobre o concurso ideal *homogeneo*, isto é, da repetida offensa da mesma lei penal por «uma só e mesma acção». Como este ultimo caso deve ser tratado ou nos termos do art. 73 ou nos termos do seguinte art. 74 que regula o concurso real, tem-se entendido que, attenta a existencia de uma só acção no concurso ideal homogeneo, deve applicar-se-lhe por analogia a disposição do art. 73. Neste sentido o Trib. do Imp. Berner, Binding, Geyer, Hälschner, Olshausen, Merkel. «Dá-se uma lacuna, diz Merkel, que sómente por via de analogia póde ser preenchida. E' do concurso ideal heterogeneo que mais se approxima o homogeneo; e pois devemos applicar a este os principios estabelecidos com relação áquelle». O autor distingue entre o concurso de leis e o de crimes. Ora, no caso de que se trata, não ha um nem outro; não ha concurso de leis, porque a lei violada é uma só, não ha concurso de crimes, porque ha «uma só e mesma acção» com diversos resultados homogeneos. A questão resolve-se pois segundo os principios geraes: uma acção só constitue um crime e para um só crime uma só pena, de sorte que a pluralidade dos resultados homogeneos só póde ser tomada em consideração na graduação da pena dentro dos limites legaes. N. do trad.

ao crime, mas á theoria concernente á applicação da lei, cumpre distinguir dous casos.

II. — Primeiro caso. *Quando uma das diversas leis penaes violadas comprehende a acção debaixo de todos os seus aspectos*, de sorte que as circumstancias constitutivas do facto e a figura criminal se correspondem plenamente, *essa lei é a unica que deve ser applicada.*

Assim a *disposição especial prefere á geral.* O crime de lesa-majestade incide sempre sob o art. 95 do Cod. p., e não sob o art. 185; a falsificação de documento concernente á identidade da pessoa, effectuada para o fim de facilitar a locomoção, é sempre punida segundo o art. 363 do C. p. e nunca como falsificação de documento no sentido do art. 267. O autor não é passivel de pena como cumplice, o instigador não o é como auxiliar (§ 52, IV); o crime consumado exclue a pena da tentativa e dos actos preparatorios. — As comminações penaes que, segundo disposição de lei expressa ou tacita, só prevalecem subsidiariamente em relação a outras, são por estas excluidas. Offerecem exemplos os art. 49 *a* e 207 do C. p. (2).

III. — Segundo caso. As lacunas inevitaveis da legislação dão logar a que esta regra não possa

(2) Já Merkel separára esses casos do concurso ideal e os designára como concurso de leis. A expressão induz em erro. Com effeito, não se trata do *concurso de varias leis*, visto como é indubitavel que só uma dellas póde reclamar applicação. Binding ampliou a idéa, creando o grupo das leis penaes «subsidiarias» e «alternativas». Vêr tambem Bünger, Z., 8º, 686, e Wachenfeld (b).

(b) Nesta primeira hypothese dá-se concurrencia de leis não porque o facto delictuoso incorra em diversas leis, mas porque o juiz tem de decidir qual dentre diversas leis é a que exclusivamente lhe deve ser applicada. Neste sentido dá-se concurrencia de leis: 1.º quando tem logar applicar-se o principio *species generi derogat*; 2.º quando uma lei

ser em muitos casos observada, por não haver artigo em que a acção considerada sob todas as suas faces se comprehenda. Em taes casos só resta um alvitre, aliás um tanto violento e pouco satisfactorio — *applicar a lei penal que, pela amplitude de sua escala penal, permitta a plena apreciação da acção pelo menos de um modo approximativo* (3). Assim o estupro da

---

é subsidiaria de outra, isto é quando de duas leis, que não se acham na relação de *lex generalis* e *lex specialis*, uma só é applicavel, não o sendo a outra (exemplos, os art. 49 *a*, 207 e 353 *a* do C. p. all.). As comminações referentes á tentativa e actos preparatorios, á instigação e á cumplicidade são subsidiarias respectivamente ás comminações referentes ao crime consumado e ao facto principal. E' o que Binding denomina a « subsidiariedade das formas criminaes ». O mesmo criminalista denomina *leis alternativas* as que no todo ou em parte qualificam o mesmo facto sob diversos pontos de vista, de sorte que o juiz póde applicar ora uma, ora outra. Os casos porém comprehendidos pelas leis alternativas entram na segunda hypothese figurada pelo autor. N. do trad.

(3) A opinião dominante, especialmeete desde Feuerbach, designa este caso como « concurso idéal de crimes heterogeneos » — uma só acção e varios crimes. Mas esta concepção não sómente está em manifesta contradicção com a letra e o espirito do art. 73, senão tambem esquece que o « concurso idéal de crimes » é tão estranho ao direito commum, quanto, abstracção feita de algumas excepções isoladas, ás legislações estrangeiras. — Com o texto estão no essencial de accordo Heller, G. S., 32, 135 e na Revista-Grünhut, 13.°, 126, Schütze, Z. 8.°, 71, Ortloff, G. A., 32.°, 400, Wachenfeld, 57, v. Kries, 207, Schmidt, *Bankbruch*, 1893, p. 176, e especialmente Heinemann (com uma exposição que esgota a questão). De accordo tambem Binding, 1.°, 349, mas em plena contradicção comsigo mesmo, 1.°, 570 (não podemos comprehender, porque razão a pederastia do mestre com a discipula deva ser tratada diversamente do adulterio incestuoso). Egualmente tambem Bünger, posto que por outras razões (a pena dirige-se contra a vontade, isto é, contra a energia psychica que se desenvolve parallelamente á acção; mas essa energia é uma só, apezar da multiplice relação para differentes resultados). — Valiosa prova da exactidão da nossa concepção está em

propria filha, que tanto incide sob o art. 173, como sob o art. 177 do C. p., deve ser punido segundo o ultimo.

O art. 73 do C. p. não encerra mais do que esta regra complementar. « Quando uma só e mesma acção, diz o citado artigo, violar muitas leis penaes, será applicada a lei que comminar a pena mais rigorosa, e, si as penas forem de differente natureza, a que comminar o genero de pena mais grave » (4).

Em tal caso faz-se mister que o juiz declare na sentença — e em caso dado mediante interrogação do jury — que o facto incide sob uma e outra lei penal e quaes as razões que o determinaram na escolha de uma dellas. Mas, uma vez feita essa escolha, não póde ser mais tomada em consideração a lei mais branda. Assim, si a lei mais rigorosa tiver um minimo inferior ao da mais branda, a pena póde ser graduada de modo a descer abaixo do minimo desta (5). A pena accessoria, que por ventura a lei mais branda commine, não póde ser imposta, si a lei

---

que o legislador póde, por um traço de penna, com admittir uma disposição especial, fazer desapparecer o concurso apparente de crimes. Considere-se o art. 178 do C. p., que torna impossivel a admissão dos crimes de homicidio e de estupro; o que seria inconcebivel, si o « concurso idéal » não fosse na verdade um concurso de leis. — Cumpre observar que, segundo o art. 135 da lei sobre a união aduaneira e outras leis sobre impostos, podem caber varias penas, apezar da unidade da acção; cons. a dec. do Trib. do Imp. de 11 de Março de 92, 23.°, 1.

(4) Mais conveniente seria, *ad instar* do projecto austriaco, formar das diversas comminações penaes em questão uma nova escala penal, que de cada uma dellas tomasse a disposição mais rigorosa (de uma o minimo, de outra o maximo). As razões aduzidas por Heinemann, pelo contrario, não são convincentes.

(5) De accordo as dec. do Trib. do Imp. de 8 de Fevereiro de 83 80, 84 e 10 de Novembro do 87, 16.°, 302, Geyer, 1.°, 189, Merkel, HH, 4.°, 223. Em sentido contrario a dec. de 3 de Março de 81, 3.°, 390, v. Meyer, 496, Olshausen, § 73, 25, Hecker, 143.

mais rigorosa não a comminar tambem. As medidas policiaes porém (como o confisco) são admissiveis. A sentença passada em julgado inhibe todo procedimento ulterior em razão do crime menos grave; consequentemente não se póde tambem basear depois o reconhecimento da reincidencia no facto de ter sido esse crime declarado na alludida sentença (6).

Cumpre notar que os diversos generos de pena se classificam, segundo a sua gravidade, na ordem seguinte: morte, reclusão, encarceramento, prisão em fortalesa, detenção e multa; que a circumstancia decisiva é sempre a pena mais grave que possa ser imposta, e portanto, sendo as penas da mesma natureza, a que tiver maior maximo (apezar de admittir a lei circumstancias attenuantes), e, sendo eguaes os maximos, a que tiver o minimo mais elevado, e que sómente em terceiro logar podem ser tomadas em consideração as penas accessorias, mas não os diversos generos de satisfação privada ou os requisitos processuaes (7).

---

(6) De accordo v. Buri, *Einheit*, 110, o mesmo, G S., 35, 522, Merkel, H H, 4.°, 229, Geyer, 1.°, 189, Hälschner, 1.°, 683, Habermaas, 27, Schütze, Z, 3.° 72. Em sentido contrario, Binding, *Grundriss*, v. Meyer, 497, Olshausen, § 73, 24, Wachenfeld, 79, 81 e especialmente a dec. do Trib. do Imp. de 15 de Out. de 88, 18, 133 (em contradicção com as suas proprias considerações sobre o «absoluto exclusivismo» da lei penal mais rigorosa).

(7) De accordo a dec. do Trib. do Imp. de 10 de Nov. de 87, 16.°, 302 (a multa é pena sempre mais branda do que a de prisão), a de 7 de Março de 93, 24.°, 58 (a comminação facultativa de uma pena grave de encarceramento e de multa é mais branda do que a comminação exclusiva de uma pena pequena de encarceramento). A dec. de 12 de Dez. de 87, 17.°, 193, entende que não se deve tomar em consideração a vigilancia policial, porque a sua effectividade não depende da vontade do tribunal; em sentido contrario e com razão H. Seuffert, W V, 2.°, 256.

## § 57. — Da pluralidade de crimes

LITTERATURA. — Olshausen, *Einfluss der Vorbestrafungen*, 1876; Rosenblatt, *Strafenkonkurrenz*, 1879; Hälschner, 1º, 653.

Varios crimes commettidos pelo mesmo agente não se acham necessariamente entre si em uma relação juridica. Na ausencia de disposição especial de lei, devemos, pelo contrario, tratar tão independentemente os diversos crimes praticados pelo mesmo individuo, como si fossem crimes commettidos por diversos individuos. Uma relação, relevante segundo o direito penal, entre acções diversas do mesmo agente só se estabelece, porque é uma necessidade da politica criminal a aggravação ou a attenuação das penas incorridas. Essa relação póde ser:

I. — A *reincidencia*, isto é, o commettimento de um crime identico ou homogeneo, depois do cumprimento total ou parcial, ou da remissão da pena applicada em razão do crime anterior, uma vez que não tenha decorrido desde o cumprimento ou a remissão da primeira pena até a perpetração do novo crime um certo lapso de tempo (a denominada *prescripção da reincidencia*), que faça crer extincta a relação de direito penal entre as duas acções.

Só em alguns casos o direito imperial fez applicação da reincidencia como causa de aggravação (§ 69).

II. — O *concurso real* de varios crimes independentes (C. p., art. 74) [1]. Si os crimes são

[1] Si se dá uma acção ou si são diversas as acções é questão que deve ser decidida segundo os principios estabelecidos no § 54. — Si a divulgação de um impresso procede de varios centros, dá-se concurso real de outras tantas acções (puniveis). Neste sentido o

homogeneos, diz-se que se dá *reiteração*, e si são heterogeneos, diz-se que se dá *accumulo*. A rigorosa observancia do principio, aliás incontestavelmente verdadeiro, de que, sendo perpetrados varios crimes pelo mesmo individuo, cada um delles deve ser punido com a pena respectiva, e a somma de taes crimes com a somma de taes penas, conduziria a uma insupportavel severidade em razão da preferencia que, segundo a concepção dominante na legislação moderna, é dada ás penas restrictivas da liberdade. Si a lei manda moderar essa severidade, ella deve tambem determinar os requisitos necessarios para que se dê o desvio do principio, e isto nos leva a formar a idéa do *concurso* (2). Os pressupostos desta idéa são, de um lado, a *possibilidade juridica* (embora de facto não se verifique) *do julgamento simultaneo*, e, do outro, a *possibilidade real de ser tomada posteriormente em consideração aquella possibilidade juridica*, ou, em termos mais precisos, o concurso (real) de varias infracções é a perpetração de varias acções delictuosas pelo mesmo agente nos seguintes casos:

1.°, Quando as diversas acções foram commettidas antes que sobre algumas dellas se tenha proferido sentença. (Não é necessario que a sentença tenha passado em julgado).

Exemplos: os crimes a, b e c foram praticados no 1.° de Janeiro, no 1.° de Fevereiro e no 1.° de Março; o concurso dá-se, si a sentença sobre a, b

---

15.° congresso dos juristas allemães, 1.°, 71, 2.°, 350; de accordo o relatorio de v. Liszt; dec. do Trib. do Imp. de 23 de Dezembro de 81, 5.°, 314, Stenglein, G S., 35.°, 24, Meyer, 500, nota 14, Olshausen, § 73, 19. Em sentido contrario Schütze, Z., 3.°, 70, Binding, 1.°, 385, nota 45.

(2) Por isso Geyer, 1.°, 184, Hälschner, 1.°, 654, Rosenblatt, 3.°, e outros falam em concurso de penas em vez de concurso de crimes.

e c é proferida a 15 de Março; dá-se tambem, si a 15 de Março foi julgado o crime a, e só posteriormente se descobriram os crimes b e c. O crime d, porém, commettido a 16 de Março, não concorre mais com a, b e c (C. p., art. 74).

2.°, Quando as penas incorridas são dadas simultaneamente á execução. Isto, sobretudo, acontece, quando todas as acções criminosas fazem objecto do mesmo processo e sentença. Si o julgamento não é simultaneo, o concurso se dá sómente quando a sentença posterior sobre o crime posteriormente descoberto sobrevem, em quanto é ainda possivel alterar a primeira sentença, e portanto emquanto a pena imposta pela primeira sentença ainda não se acha de todo cumprida, ou não foi perdoada ou não prescreveu (C. p., art. 79).

Exemplo: si o delinquente foi condemnado a 15 de Março, em razão do crime *a*, a tres mezes de prisão, dá-se o concurso dos crimes b e c com *a*, caso b e c sejam julgados antes de 15 de Junho; não se dá porém, si no dia em que sobreveio a sentença sobre b e c, a pena applicada em razão de *a* já se achava cumprida, prescripta ou perdoada. A sentença posterior, tendo em conta a pena collectiva primeiramente imposta, applicará uma *pena supplementar* (3).

(3) Quando alguem é condemnado por muitas sentenças passadas em julgado a diversas penas, sem ter sido observado o disposto no art. 79 do C. p., uma decisão judiciaria ulterior deve substituir as penas pronunciadas por uma pena collectiva. C. do pr., arts. 492 e 494.

# Livro Segundo

# DAS PENAS

## I

### § 58. — O conceito da pena

LITTERATURA. — Ao n. I, 1, v. Meyer, 2; Merkel, monographias, 1.°, 57; Heinze, H H., 1.°, 337; Binding, *Normen*, 1.°, 270; Fuchs, G A., 422.—Ao n. I, 2, Nissen, *Die Einziehung*, 1888; Köbner, *Die Massregel der Einziehung nach dem R. St. G. B. und der Nachdrucksgesetzgebung*, diss., 1892; H. Seuffert, W V., 1.°, 313; Kronecker, G A., 28.°, 16; Ziebarth, 339; Borchert, *Verantwortlichkeit für Handlungen dritter*, 1888, p. 1.ª; Binding, 1.ª, 488; Meisel, *Finanzarchiv*, 5.°, 1, especialmente á p. 45; Engels, Z., 12.°, 127; Heiman, *Die rechtliche Natur der subsidiarischen Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen nach den Zoll- und Steuergesetzen des deutschen Reichs*, 1892; Leverkühn, G A., 38.°, 290; Oetker, *kriminelle und zivile Haftung dritter nach hessischen Rechtsquellen*, donativo de festa a Ihering.—Ao n. I, 3, Meisel, loc. cit.; Auschütz, *Verwaltungsarchiv*, 1893, p. 389. — Ao n. II, Hinschius, *Kirchenrecht*, 4.°, 753, nota 9; v. Liszt, H R., *Ordnungstrafe*. Os tratados de direito publico: Laband, 1.°, 471, Schultze, 1.°, 132, Zorn, 1.°, 243, Hänel, 1.°, 456. Oppenheim, *Die Rechtsbeugungsverbrechen*, 1886; Glaser, 1.°, 280; John, 1.°, 78; v. Kries, 68; H. Seuffert, W V., 1.°, 47; Labes,

*Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten*, 1889; Preger, *Archiv für öffentl. Recht*, 7.°, 365.— Ao n. III, G. Meyer, W V., 2.°, 203; Friedländer, G S., 46.°, 417.

I.—Pena (1) é o *mal, que, por intermedio dos orgãos da administração da justiça criminal, o Estado inflige ao delinquente em razão do delicto.*

1.° A pena é um mal que o delinquente soffre, é *lesão de bens*, offensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem juridica que os protege. E por ahi a pena distingue-se essencialmente da indemnisação, embora uma e outra possam ser comprehendidas na idéa superior e commum dos effeitos juridicos do injusto (2); porquanto a indemnisação é reparação da lesão, deve curar a ferida, ao passo que a pena abre uma nova ferida e deste modo garante a manutenção da ordem juridica.

Não se comprehendem pois na idéa de pena, porque servem ao fim da satisfação (pelos damnos causados não só ao patrimonio, senão tambem a outros bens):

*a*) a composição ou multa privada (adiante, § 67);

*b*) a expedição da sentença condemnatoria ao offendido, bem como a autorisação que lhe é dada

(1) O vocabulo *Strafe* (pena) só se encontra desde o começo do seculo XIV. A etymologia é muito duvidosa. Vêr Löning, Z. 5.°, 546, nota 18, Günther, *Wiedervergeltung*, 1.°, 5. Outras expressões da idade média allemã são: *büssen, bessern, wandeln, kehren.*

(2) Igualmente v. Meyer, 4.°, Binding, *Normen*, 1.°, 270; *contrà*, Merkel, Monographias, 1.°, 57; Heinze, H. H., 1.°, 337 Mas não se deve esquecer que a pena tambem dá satisfação ao offendido e que esta é sentida pelo agente como um mal, e portanto que o direito civil e o direito penal não podem, nesta questão, ser completamente separados um do outro.

para publicar a sentença á custa do condemnado (3); porquanto tambem nesta parte não se trata de lesar interesses juridicamente protegidos do offensor, mas de restabelecer, pela declaração judiciaria, a honra lesada do offendido. Eis porque não tem influencia o perdão do condemnado.

2.° — A pena é offensa de um bem juridico, pertencente ao delinquente e tem por fim lesal-o nesse seu interesse. Si a offensa não recae sobre o delinquente ou si sómente o attinge indirectamente, não se dá pena.

Assim, não são penas:

*a*) as *medidas policiaes*, as quaes não tem por fim offender interesses do delinquente. Taes são a dissolução de um ajuntamento, a prohibição de uma associação ou de uma *caixa*, bem como a confiscação,

---

(3) C. p., art. 165 e 200; lei sobre marcas de fabrica, art. 17; lei sobre patentes de invenção, art. 35; lei sobre modelos uteis, art. 10. A publicação da sentença é, pelo contrario, pena accessoria no art. 16 da lei sobre viveres e no art. 10 da lei sobre vinhos. Em divergencia com o texto, o Trib. do Imp. tem declarado em um serie de decisões, especialmente na de 17 de Abril de 82 (camaras criminaes reunidas), que a medida em questão é sempre uma pena. Muito significativa quanto á falta de clareza da doutrina é a redacção da dec. de 17 de Maio de 87, 16.°, 73: « uma pena exclusivamente para a satisfacção do offendido ». Egualmente Dochow, H H., 3.°, 260, Bischoff, G A., 29.°, 141, nota 3.ª, Hess, *Falsche Anschuldigung*, 65, Berner, 231, Geyer, 2.°, 39, Hälschner 2.°, 213, Schütze, 364, Merkel, 173, e H H., 4.°, 230. De accôrdo com o texto Fuchs, 434, Franche, G A., 20.°, 19, Köhne Z., 8.°, 448, Bunger, Z., 8.°, 718, nota 123, Reiffel. G S., 42.°, 68, Löning, 55, v. Meyer, 5.°, 447, nota 1.ª, Olshausen, § 165, 1, Ziebarth, 358, Elsas, *Begnadigungsrecht*, 54, nota, Reinhart, *Geldstrafe*, 8, Binding, *Die Ehre*, 36. — Uma ligação, inteiramente isolada, da indemnisação e da pena se nota no art. 55 da lei sobre contrafacção, segundo a qual a indemnisação do offendido consiste na importancia total da receita de cada representação publica e não autorisada de obra dramatica, etc., *sem deducção das respectivas despezas.*

destruição, inutilisação de objectos criminosamente produzidos, empregados ou destinados á pratica de um crime, de impressos incursos em sancção penal, etc. (4).

*b*) A *garantia de terceiros* pelas multas em que incorre o delinquente. Esta garantia encontra-se prescripta em muitas leis imperiaes e em leis accessorias dos Estados (5).

---

(4) C. p., art. 40, 41, 42, 152, 295, 296 a, 335, 367, 369; nas leis accessorias encontram-se numerosas disposições. E' muito discutida a natureza juridica dessas medidas e, em razão da falta de clareza das idéas fundamentaes que dominam a lei e da admissão de pontos de vista do direito penal e do direito civil, extremamente duvidosa. No sentido da doutrina do texto, cons. as explanações de Nissen e de Köhner. *Contrà*, a opinião dominante, que considera taes medidas como pena, quando os objectos pertencem a um dos delinquentes.

(5) E' muito discutida a natureza desta instituição peculiar, que já se encontra desde o seculo XVII. Ao nosso vêr, trata-se aqui da instituição de uma garantia civil por divida alheia, instituição baseada em razões de ordem financeira. Neste sentido v. Meyer, 7, Meisel, 44, Kronecker, 16, Binding, *Normen*, 2.°, 614, nota 930, Löning, *Haftung des Redacteurs*, 132, nota 1.ª, v. Kries, 228; *contrà*, Binding, 1.°, 489, Ditzen, Z., 10.°, 129, nota 26, Engels e Leverkühn (a favor da concepção da garantia como pena). — Esta concepção fundamental é decisiva com relação a uma série de questões especiaes. Assim, em relação á prescripção, ao perdão, etc., são applicaveis os principios do direito civil. Si o garante mesmo conjunctamente com uma das pessoas, por quem tem de garantir, fôr cumplice no crime commettido, póde ser obrigado a pagar duas vezes, sendo um dos pagamentos como pena e o outro como garantia civil pelo seu co-réo. E' tambem possivel que a mesma pessoa tenha de garantir diversos individuos envolvidos no mesmo crime ou que, apezar do preenchimento da garantia, ainda possa ser accusada em razão de cumplicidade no crime ou vice-versa. A mesma concepção é a unica que explica tambem por que razão a lei sujeita expressamente á garantia os corpos collectivos, como as sociedades anonymas, as companhias de estrada de

3.° — A pena resulta da offensa *commettida*, e, comquanto estenda-se, pelo seu destino, ao futuro, liga-se, como effeito do injusto, a um facto passado. Por ahi é que ella distingue-se da *medida penal coercitiva (Strafzwang)* que, como execução forçada, tem por fim obrigar alguem a praticar ou deixar de praticar uma acção determinada, mediante offensa de bens juridicos. A distincção tem importancia no direito processual: a coacção para o desempenho do dever de dar testemunho em juizo se encontra ahi, ao lado da pena pelo não preenchimento desse dever (6).

A legislação imperial utilisa-se tambem frequentemente por outro modo das medidas desta natureza. Com effeito, numerosas leis prescrevem que o reluctante seja coagido pelos denominados *medidas de ordem (Ordnungsstrafen)* (7).

---

ferro, etc., cuja responsabilidade criminal não é em these admittida pelo nosso direito positivo, bem como egualmente os adolescentes e os loucos. Cons. o proj. do Cod. civ. e a respectiva justificação, 1.°, 203, v. Liszt, *Grenzgebiete*. — Dá-se, pelo contrario, pena, quando a garantia depende de uma falta do garante (especialmente negligencia na escolha, na inspecção, etc.) Assim é segundo o art. 151 da lei sobre a industria, o art. 82 a da lei sobre o seguro contra accidentes, e as leis de 24 de Junho e 31 de Maio de 1891 (arts. 28 e 3 da lei sobre o alcool, os arts. 54 e 55 da lei sobre o imposto do assucar). Cons. tambem o art. 38 da lei sobre o imposto concernente ás cervejarias, de 31 de Maio de 1872. Sobre outros principios assenta a *solidariedade* pelas multas incorridas, segundo o art. 34 da lei de 1885, sobre o sello, de que não trataremos aqui.

(6) C. do pr. p, arts. 69, 50, 95; C. do pr. civ., arts. 355 e 345; lei postal de 28 de Outubro de 1871, art. 38.

(7) Aos muitos casos, que se encontram no Cod. Com., accrescem os arts. 774 e 782 do Cod. do pr. civil, o art. 178 do Cod. de org. jud., o art. 66 da lei sobre sociedades de 4 de Junho de 1868, o art. 33 da lei de 7 de Abril de 1876 sobre as caixas auxiliares inscriptas, as *multas executivas* de que trata o art. 40 de 16 de Julho

4.° — A pena deve ser imposta pelos orgãos da administração da justiça criminal. Não pertencem pois á categoria das penas os effeitos que se seguem *ipso jure* da sentença condemnatoria. Isto procede tambem a respeito da inhabilidade perpetua para servir no exercito allemão ou na marinha imperial, bem como para exercer cargos publicos, que, segundo o art. 31 do C. p., resulta *ipso jure* da condemnação á pena de reclusão. No mesmo caso estão muitas outras disposições que se encontram nas leis accessorias (8).

II. — Por sua natureza intrinseca, a pena criminal distingue-se:

1.°, da *pena disciplinar*, que é imposta pelo

---

de 1879 sobre o imposto do fumo. Outros exemplos encontram-se nas leis sobre seguros e nas leis sobre impostos (a).

(a) *Ordnungsstrafen*. Com esta denominação designam-se medidas de caracter diverso, das quaes por isso mesmo não se pode dar uma theoria. Classificam-se em dois grupos. 1.° As *Ordnungsstrafen* podem ser destinadas a coagir a vontade recalcitrante no cumprimento de um dever e já manifestada pela desobediencia; neste caso ellas distinguem-se das medidas coercitivas em que a coacção não é directa (execução forçada), mas indirecta, e das penas propriamente ditas em que não tem por fim, como estas, prevenir acções delictuosas, mas obrigar a uma certa e determinada prestação. Exemplos encontram-se nos arts. 26, 45, 89, 129, 135 etc. do Cod. do Com. all. 2.° Ao segundo grupo (a que o autor allude sob o n. III) pertence uma serie de penas applicaveis a pequenas infracções, que, segundo disposições de lei expressas ou tacitas, não devem ser consideradas como infracções criminaes, embora dellas «idealmente» não se distingam. Exemplos encontram-se nas leis aduaneiras e fiscaes v. Liszt, H R., 3, 961; G. Meyer, Wörterb. des d. Verwaltungsr., 2.°, 203. N. do trad.

(8) Os denominados *effeitos juridicos*. Cons. Binding, 1.°, 428, nota 14, Köhne, Z., 8.°, 446. Trata-se porém de uma verdadeira pena, quando por decisão judiciaria é pronunciada a perda de um direito.

Estado, não como entidade investida do poder publico repressivo, mas na sua qualidade de superior nas relações hierarchicas e no interesse do serviço interno (9) (b). D'ahi segue-se o seguinte: a imposição de pena disciplinar não é materia criminal, e portanto não é materia da competencia da administração ordinaria da justiça; a mesma infracção pode acarretar uma pena disciplinar e uma pena propriamente dita; aquelle que se acha em diversas relações de serviço (por ex., como funccionario publico e como official da reserva) pode ser varias vezes punido disciplinarmente em razão do mesmo crime; o processo disciplinar não impede a prescripção da pena etc.

2.° Das *penas processuaes* concernentes á inobservancia de preceitos juridicos que não são impe-

(9) Contra esta concepção, tambem aceita por v. Meyer, Binding, Laband, Hämel, recentemente Seuffert, St. G., 1.°, 67. — O direito *penal autonomo*, que é concedido pelo Estado a certos individuos (acima § 34, nota 3a) ou a certas entidades juridicas (corporações de officio etc.) não está aqui em questão.

(b) Tal é a theoria tambem desenvolvida por Laband, *Staatsrecht*, 1.°, 463. Comquanto, entre o direito criminal e o direito disciplinar, diz elle, haja externamente uma grande analogia, pois ambos actuam por meio da pena, não se deve procurar a idéa do direito disciplinar em uma contraposição ao direito criminal, e sim em uma contraposição ao direito privado. Nas relações contractuaes cada uma das partes contractantes tem acção contra a outra para exigir o implemento da obrigação. Nas relações de subordinação ou de serviço figura em logar do credito a ordem e em logar da acção a coacção. A pena disciplinar, como effeito da violação do dever, não decorre pois do poder repressivo do Estado, do poder publico de punir, mas da superioridade hierarchica, tem por base a relação de superioridade entre o Estado e o seu servidor; pelo que as penas disciplinares não são penas no sentido do direito criminal, mas meios para a manutenção da disciplina e da ordem nas relações de serviço e para a segurança dos deveres do serviço. N. do trad.

rativos (é importante o art. 48 da lei sobre as custas judiciaes) (c).

III. — Por disposições do direito positivo e sómente em virtude d'ellas a pena distingue-se:

1.°, das pequenas penas impostas por offensas leves, as quaes a legislação imperial designa tambem com a denominação de *Ordnungsstrafen*. Encontram-se frequentemente sobretudo nas leis aduaneiras e nas leis sobre impostos, bem como nas leis sobre seguros. A esta categoria pertencem tambem os casos de simples não cumprimento do dever de tomar parte na administração da justiça (*Dingpflicht*).

2.° Dos *effeitos de direito publico* pronunciados por «tribunaes de Estado» ou autoridades analogas (contra os ministros por violação da constituição) (10) (d).

---

(c) Segundo os arts. 47 e 48 da lei de 8 de Junho de 1878 sobre custas judiciaes, *Gerichtskostengesetz* (vêr o *Ann. de lég. étr.*, 1878, p. 93), os tribunaes podem, nas causas civeis, impor maiores custas á parte que provocou maliciosamente incidentes ou retardou o julgamento por culpa sua, ou que produzio tardiamente os seus meios de defesa, provas ou excepções. N. do trad.

(10) Assim é pelo menos segundo o direito imperial. Pistorius, *Die Staatsgerichtshöfe und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigem Staatsrecht*, 1891. Cons. porém (por ex.) Finger, *Die strafrechtlichen Bestimmungen des (österreichischen) Gesetzes vom 25. Juli 1867 betr. die Verantwortlichkeit der Minister*, 1893. Note-se que a idéa da pena disciplinar (acima nota 9) pode tambem ter aqui applicação.

(d) Em muitos Estados da Allemanha os ministros, tendo resolvido as camaras que sejam responsabilisados, são julgados por um «tribunal de Estado» composto por estas e pelo monarcha. A esse tribunal compete julgar si o ministro violou a constituição e declarar os «effeitos juridicos» da condemnação. — Si a responsabilidade constitucional dos ministros, cujo conhecimento compete aos tribunaes de Estado, deve ser o *impeachment* á americana (responsabilidade disciplinar) ou o *impeachment* á ingleza (responsabilidade criminal) é questão muito controvertida entre os publicistas allemães. Ambas as concepções

IV. — A *pena policial* porém não se distingue (infelizmente), segundo o direito vigente, da pena criminal (com o § 39, nota 4ª).

---

tem sido defendidas. Nas constituições e nas leis organicas encontram-se mais ou menos confundidos os dois pontos de vista. Cita-se como a lei mais consequente no ponto de vista da responsabilidade disciplinar a de Baden de 20 de Fevereiro de 1868. — A responsabilidade do chanceler do Imperio é reconhecida no art. 17 da const. federal, mas até o presente esse art. não foi regulamentado por uma lei ordinaria. (Ver Schütze, *Lehrb. des d. Staatsr.*, 1.°, 300). N. do trad.

# II. — DOS DIVERSOS GENEROS DE PENA

(Systema Penal)

## § 59. — Do systema penal da legislação imperial

I. — Devemos distinguir no systema do C. p. imp. as penas *principaes* e as *accessorias*. As primeiras podem ser applicadas sós; as segundas ligam-se a uma pena principal. Entre as penas accessorias podemos especialisar as *penas subsequentes*, que só depois do cumprimento das penas principaes são susceptiveis de execução.

Teremos uma outra base para a classificação, si considerarmos os bens do delinquente, que o Estado se propõe lesar para o fim de proteger os bens juridicos. Taes bens são a vida, a liberdade, o patrimonio e a honra (1).

(1) As disposições do C. p. imp. sobre o systema penal são absolutamente direito commum, e ligam a legislação estadual mesmo no campo em que, quanto ao mais, ella é independente. Cons. a lei de intr., art. 5.º. — D'entre as penas accessorias trataremos nos seguintes §§ sómente daquellas que têm importancia geral. Sobre o systema penal do C. p. mil., vêr a parte especial.

II. — Obtemos assim o seguinte systema:

*A*) Penas principaes.

1.° Concernentes á vida: pena de morte.

2.° Concernentes á liberdade: *a*) reclusão, *b*) encarceramento, *c*) prisão em fortaleza, *d*) detenção.

3.° Concernentes ao patrimonio: multa (2).

4.° Concernentes á honra: reprehensão (3).

*B*) Penas accessorias.

1.° Concernentes á liberdade: *a*) sujeição á vigilancia policial; *b*) ficar o condemnado á disposição da policia superior; *c*) expulsão do territorio do Imperio (4).

2.° Concernentes ao patrimonio: *a*) perda perpetua ou temporaria do direito de exercer o officio, quando pronunciada por sentença judiciaria (5); *b*) publicação da condemnação á custa do condemnado (acima § 58, nota 3.ª).

---

(2) A multa é sempre pena principal, posto que seja comminada conjunctamente com uma pena restrictiva da liberdade.

Isto tem importancia relativamente ao art. 45 do C. p. De accordo a opinião commum, especialmente a dec. do trib. do Imp. de 14 de Maio de 1889, 19.°, 234. Olshausen, § 27, 1.°, tambem segue presentemente a mesma opinião.

(3) Que a reprehensão é pena, reconhecem a maior parte dos escriptores, e especialmente a dec. do Trib. do Imp. de 20 de Setembro de 88, 18º, 116.

(4) Que taes penas são accessorias resulta do que foi acima dito (§ 58) e é admittido pela maior parte dos escriptores. Cons. especialmente v. Hippel, 197 e Bennecke, 340, nos escriptos mencionados no § 14, nota 8ª, e mais Janka, 186, Olshausen, § 38, 1, v. Meyer, 432, Merkel, 222, Schütze, 80, Braune, Z., 9º, 807, Gneist, W. V., 1º, 455, H. Seuffert, W. V., 2º, 258, Elsas, *Begnadigungsrecht*, 54. *Contrà*, Berner, 220, Binding, 1º, 873, Fuhr, *Polizeiaufsicht*, 95 e outros.

(5) Cons. o art. 30 da lei de 24 de Junho de 1887 sobre o alcool, o art. 56 da lei de 31 de Maio de 1891, concernente ao imposto sobre o assucar, e o art. 143 da lei sobre a industria.

3.° Concernentes á honra: *a*) privação de todos os direitos civicos; *b*) privação de alguns direitos civicos; *c*) as penas accessorias de que tratam os artigos 161 e 319 do C. p.

## § 60. — I. Da pena de morte

LITTERATURA. — Especialisaremos as monographias de Hepp, 1835, Mittermaier, 1862, Berner, 1863, Künze, 1868, Geyer, 1869. Hetzel, *Die Todenstrafe in Kulturgeschichtlicher Entwicklung*, 1869; v. Holtzendorff, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, 1895; Seeger, *Abhandlungen*, 1º, 1; Wahlberg, *Kleinere Schriften*, 2º, 138; Olivecrona, *Om dödsstraffet*, 1ª ed., 1886, 2ª ed., 1891.— Cons. tambem o appenso aos motivos do C. p. imp. e os notaveis discursos do principe Bismarck do 1 de Março e 24 de Maio de 1870, bem como os motivos do proj. austriaco de 1874 (Glaser), do cod. ital. de 1888 e do proj. norueguense.

I.— A pena de morte, que era a pena criminal do direito commum conjunctamente com as penas de mutilação, depois de terem sido abolidos os diversos modos de execução cruelmente aggravada e de ter sido limitada a alguns poucos casos excepcionaes, passou completamente para o segundo plano, quanto a sua extensão e applicabilidade, no systema do moderno direito penal em relação ás penas restrictivas da liberdade.

A campanha que os escriptores do periodo philosophico (antes de todos Beccaria e Sonnenfels em 1764) abriram contra a pena de morte (1), não teve

(1) Defensores da pena de morte encontram-se tambem frequenmente n'esse periodo. Lembramos Montesquieu, Rousseau, Linguet, Soden, bem como Kant e J. Möser. Na dissertação de Gœthe de 1771 a these 53 está concebida n'estes termos: «pœnæ capitales non abrogandæ». Cons. Meisner, *Gœthe als Jurist*, 1885, p. 17. Controversia litteraria no *Deutschen Museum*, 1776 a 1778. Como adversarios anteriores, mencionam-se Bojardo no seculo XV, e Rombout Bogerbeets no

a principio grande resultado: a pena de morte foi de facto abolida na Toscana em 1765, e legalmente em 1786 (até 1790 ou respectivamente 1795), na Austria em 1787 (até 1796; ahi foi substituida pela terrivel pena dos ferros em sombrios carceres com regimen extenuante e por um lento supplicio resultante da alagem de navios). Na Russia já em 1753 havia sido provisoriamente substituida pela morte civil; em 1764 foi abolida no processo ordinario. Os effeitos subsequentes da campanha porém, de par com o movimento reformador das prisões que começara desde o setimo decennio do seculo passado, provocaram a gradual abolição da execução aggravada e a gradual limitação d'aquella pena a um pequeno numero de crimes (2).

Em virtude do art. 9.° da lei de 1848 sobre os direitos fundamentaes dos allemães (art. 139 da Const. imp.), a pena de morte foi abolida em um certo numero dos Estados da Allemanha (não na Austria, na Prussia, na Baviera e na Saxonia); mas a reacção conseguio restabelecel-a na maior parte parte d'elles. O Hanover admittio até 1859 que o condemnado fosse arrastado ao logar do supplicio. Só Oldenburgo, Anhalt e Bremen mantiveram a abolição. A Saxonia julgou opportuno ainda no anno de 1868, quando estava imminente a legislação do Imperio sobre materia penal, decretar a abolição da pena de morte. Tal era o estado da questão, quando foi encetada a discussão do C. p. da Allemanha do Norte. Os renhidos debates parlamentares, que terminaram pela conservação (ou restabelecimento) da pena de morte já foram mencionados á p. 80.

---

seculo XVII, (Z., 5.°, 721). Nos Paizes-Baixos austriacos, a abolição foi em 1776 sujeita officialmente a exame.

(2) Em 1823 teve logar em Berlim a ultima execução pelo fogo. Só em 1851 a Prussia abolio a roda.

Tambem fóra da Allemanha o movimento «abolicionista» não assignala notaveis progressos. A pena de morte foi abolida em 1859 na Toscana (onde já o havia sido desde 1847 até 1852), na Romania em 1864 (expressamente prohibida pela constituição de 1866), em Portugal em 1867 (onde não era executada desde 1843), na Hollanda em 1870. Não existe em S. Marino (desde 1848) e em alguns dos Estados da União norte-americana (em Michigan desde 1847, Rhode Island desde 1852, Wisconsin desde 1853, Maine desde 1887). Tambem foi abolida na Columbia (1863), em Venezuela (1864) e Costa Rica (1880). Os grandes Estados, especialmente a Inglaterra e a França, a conservam; mas ambos estes paizes, o primeiro desde 1861 e o segundo desde 1832 e 1848, restringiram a sua applicação a um pequeno numero de crimes. A constituição federal da Suissa de 1874 abolio a pena de morte; mas a 28 de Março de 1879 a Federação a declarou inapplicavel sómente aos crimes politicos. Foi assim conferido aos cantões o direito de reintroduzir a pena de morte. Até o presente fizeram uso d'este direito Schwyz, Uri, Unterwald Superior, Appenzel-Rhodes-Interiores, Zug, Saint Gall, Lucerna e Valais. A primeira execução depois de 1868 teve logar a 18 de Março de 1892 (Gatti em Lucerna.)

O novo cod. ital. (bem como o projecto norueguense) não faz uso da pena de morte; mas na Italia já desde 1877, e na Noruega desde dois decennios ella não tem sido mais executada. Tambem na Belgica desde 1863 e na Filandia desde 1826 não tem havido execução. Entretanto a Finlandia conservou a pena de morte no seu cod. penal de 1889 (a).

(a) A pena de morte, rara vez executada no Brazil durante o segundo reinado, foi abolida pelo C. p. e pela const. fed. vigente, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. N. do trad.

II. — Si abstrahirmos do C. p. mil., que commina a pena de morte exclusivamente em dez casos e não exclusivamente em oito (3), esta pena encontra-se na legislação imperial:

1.°, como pena do *assassinato consumado* definido no art. 211 do C. p.;

2.°, como pena do assassinato e da tentativa de assassinato contra a pessoa do imperador, do chefe do Estado de que o delinquente é subdito e do chefe do Estado onde o delinquente se achava na epocha do crime, art. 80 do C. p. (emenda de v. Kardoff);

3.°, como pena do crime de abuso de materias explosivas, quando o agente, empregando taes materias, põe dolosamente em perigo a propriedade, a saude ou a vida de outrem, uma vez que da acção criminosa tenha resultado a morte de um individuo e o agente pudesse prever esse resultado (lei de 9 de Julho de 1884 sobre materias explosivas, art. 5.°, al. 3.ª; cons. a parte especial);

4.°, os casos de applicabilidade da pena de morte augmentam consideravelmente, quando vigora a lei marcial (acima, § 24, I).

Nos tres primeiros casos é comminada exclusivamente a pena de morte (4); no quarto caso porém

---

(3) Sómente nos crimes militares que são commettidos em campanha, a saber, em alguns casos de traição na guerra e em que sejam compromettidas as forças militares, de deserção, cobardia, certos crimes contra os deveres da subordinação militar quando commettidos diante do inimigo, pilhagem acompanhada de morte, violação dos deveres do serviço em relação ao posto diante do inimigo, quebra da palavra de honra por parte do prisioneiro de guerra (C. p. Mil., arts. 58, 60, 63, 71, 72, 73, 84, 95, 97, 107, 108, 133, 141 e 159). Cons. Hecker, 48.

(4) Não assim na Suecia e em França (attenta a possibilidade da admissão de circumstancias attenuantes). Contra a comminação absoluta de *lege ferrenda*, Krässel, G S., 38°, 177.

é sempre permittida a applicação de outras penas (5). Em todos os casos a pena de morte póde ser *aggravada* com a privação dos direitos civicos (C. p., art. 32). Não é admissivel a pena de morte na tentativa, na cumplicidade por assistencia e quando o agente é adolescente (§ 70).

III.— Execução da pena de morte. A pena de morte é executada, segundo o art. 14 do C. p. mil., por fuzilamento, quando applicada em razão de um crime militar, ou quando applicada em campanha, embora o crime não seja militar (6). Quanto ao mais a execução da pena de morte rege-se pelo direito estadual (7) Em virtude do disposto no art. 3.°, n. 8,

---

(5) Isto nos parece indubitavel, quando o direito em tempo de paz commina outras penas, além da reclusão perpetua que é substituida pela pena de morte. Egualmente John, H H, 3º, 58; *contrà* Hälschner, 2º, 763, Olshausen, Lei de intr., § 4º, 9. O mesmo deve ser tambem admittido com relação ao art. 87, al. 2º e art. 90 do C. p. que comminam a pena de reclusão perpetua, pois ambos estes artigos admittem circumstancias attenuantes.

(6) O texto não é muito claro (Bennecke, Z, 7º, 728). Em tempo de paz, a pena de morte não é admittida nos crimes militares. Si o delinquente é condemnado á morte, em tempo de paz, em razão de um *crime commum*, o art. 189 do C. do pr. p. mil. da Prussia manda entregal-o á *justiça civil*, para que a pena seja executada por decapitação.

(7) Nas antigas provincias prussianas, o machado; a guilhotina desde 1818 na provincia rhenana, desde 1841 em Darmstadt, desde 1852 na Saxonia, desde 1854 na Baviera, desde 1856 em Frankfort, Baden e Weimar, desde 1857 em Sondershausen e Coburgo, desde 1860 em Hannover. — A Austria-Hungria, a Inglaterra, a Russia e os Estados-Unidos conservam o enforcamento, a Hespanha, o garrote; New York introduzio ultimamente a electricidade como meio de execução. — A palavra *guillotine* deriva do nome do medico parisiense J. J. Guillotin, † 1814. No 1.° de Dezembro de 1789 elle propoz que a execução fosse egual para todas as ordens, mediante um simples mecha-

da lei imperial concernente ás relações juridicas dos territorios sob o protectorado allemão, foi ahi introduzido por ordenança imperial «um outro genero de pena de morte, que não a aggrave» (fuzilar ou enforcar).

O C. do pr. p. contem tambem algumas disposições concernentes a esta materia. Segundo o art. 485, a pena de morte só póde ser dada á execução, depois que o poder investido da attribuição de agraciar declarar que não quer fazer uso d'esta sua attribuição. A loucura e a gravidez impedem a execução.

Em virtude do disposto no art. 486, a denominada execução *intra muros* (8) (execução em um recinto com limitada publicidade), introduzida na maior parte dos Estados da Allemanha entre os annos de 1840 e 1850 (em 1851 na Prussia), tornou-se direito imperial.

---

nismo. Os versos satyricos de uma folha realista prophetisaram com acerto que a machina traria o nome do proponente. Cons. Korn, *J. J. Guillotin*, diss., 1891; Lenôtre, *La Guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la révolution*, 1893. A primeira execução pela guillotina (construida por Louis e Schmidt) teve logar em 1792. O invento era desde muito conhecido. Na Austria recusaram admittil-o em 1756 sómente por causa das despezas. Wahlberg, *Klein. Schriften*, 2.°, 299; Maasburg, *Entstehungsgeschichte der Theresiana*, 1880, p. 40; Böhmer, *Neues Archiv*, 6.° 5.

(8) Egualmente introduzida na maior parte dos paizes estrangeiros.— A execução sem publicidade tambem foi muitas vezes discutida na Allemanha pelos fins do seculo XVIII, como por v. Hippel em 1797, e por um anonymo em 1798 (Böhmer, *Handb. der Litt.*, n. 84). A crescente repugnancia contra as publicas execuções de peua foi o ponto de partida. Cons. Rush (Pensylvania), *Enquiry into the effects of public punishments upon criminals und upon society*, 1787, Püttmann, *Cartas a Rush*, 1792.

## § 61.— II. As penas restrictivas da liberdade

### Sua historia

LITTERATURA.— Antes de tudo, o *Handbuch des Gefängniswesens* publicado por v. Holtzendorff e v. Jageman, 2 vol., 1888, e Krohne, *Lehrbuch der Gefängniskunde*, 1889. — Aschrott, Z., 8º, 1, v. Kobliński, Z., 9º, 783, H. Seuffert, W V., 1º, 481, Böhmer, G. S., 48, 459, Sichart, *Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug von Freiheitsstrafen für das Deutsche Reich*, com observações, 1892. — Dalcke e Genzmer, *Handb. der Strafvollstreckung und Gefängnisverwaltung in Preussen*, 1890; Wulff, *die Gefängnisse der Justizverwaltung in Preussen*, 1890; Henle, *Das Gefängniswesen in Bayern*, 1887; Streng, *Geschichte der Gefängnisverwaltung in Hamburg*, von 1622 bis 1872, — 1890; Leitmaier, *Die österreichische Gefängniskunde mit Berücksichtigung des ausländischen Gefängniswesens*, 1890; Bertolotti, *Prigioni e prigionieri in Mantua* (de XIII até o XIV seculo), 1890; Joly, *Le combat contre le crime*, sem data (no essencial uma exposição das prisões francezas).—São importantes os trabalhos do congresso internacional, sobre prisões, reunido em Londres em 1872, em Stockholm em 1878, em Roma em 1885, em S. Petersburg em 1890. — *Blätter für Gefängniskunde*, revista publicada desde 1864 por Ekert (presentemente por Wirth); a *Revue pénitentiaire*, publicada pela *Société générale des prisons* com séde em Paris.

I. — A pena de prisão, como pena criminal propriamente dita, pertence aos tempos modernos. Com tal caracter ella era ainda ignorada pela Carolina, comquanto as casas denominadas de *fiação* e de *serrar madeira* (*Spinn- und Raspelhäuser*), successoras immediatas da *torre* da edade média, servissem para a detenção dos credores remissos e dos transgressores dos preceitos policiaes, e tambem não raro, já no seculo XV, se empregasse, como meio de punição, o trabalho publico (Z., 10.º, 18.º, 12º, 479). As casas de correcção, que foram successivamente apparecendo desde os fins do seculo XVI e o começo

do seculo XVII (Londres em 1550, Amsterdam em 1595 e 1596, Lubech e Bremen em 1613, Hamburgo em 1619, etc.), destinadas aos vagabundos e ociosos, aos mendigos, ás mulheres libertinas, aos criados incorrigiveis e aos meninos viciados, tinham a principio o caracter de estabelecimentos de educação forçada. Mas já no decurso do seculo XVII começou-se a encerrar nellas, para segurança da sociedade, criminosos condemnados, com o que aquelles estabelecimentos foram desviados do seu primitivo destino. No seculo XVIII as casas de correcção hospedavam individuos das classes mais diversas, agglomerados em espaços insufficientes, sem a necessaria inspecção e sem correspondente occupação. Só a pouco e pouco veio-se a reconhecer que o principal vicio da execução penal estava no communismo dos réos e assim atinou-se ao mesmo tempo com o caminho a seguir para a remoção dos inconvenientes mais graves.

II. — Como primeiras precursoras das prisões modernas podem ser consideradas a prisão cellular de Franci aberta em Florença em 1677 e a casa de correcção construida em Roma em 1704 por Clemente XI, destinada aos moços pervertidos; ahi foram pela primeira vez experimentados com feliz resultado o trabalho em commum sob a lei do silencio durante o dia e a prisão cellular durante a noite. Segundo as mesmas normas foi tambem instituida a casa de correcção de Cassel (1720).

Mas o predominio da pena restrictiva da liberdade e de prisão propriamente dita só começou com a casa de correcção de Gand que, principiada em virtude da ordem imperial de 17 de Janeiro de 1772, abrio-se em 1775. Foi construida segundo os planos do visconde Villain 14 sob Maria Theresa e adoptou o regimen da casa dos moços pervertidos: os réos reuniam-se de dia para o trabalho em commum e á noite eram recolhidos ás suas cellulas.

Pouco mais ou menos pelo mesmo tempo (1773) John Howard (nascido em 1726) começou os seus estudos sobre o estado das prisões na Inglaterra e no continente europeu. Em 1777 appareceu o seu « State of prisons in England and Walles », seguido de outras publicações sobre as frequentes viagens que emprehendera com um zelo e uma dedicação incansaveis. Victima da missão que se impuzera, Howard morreu em 1790, em Cherson, na Russia.

III. — No entretanto o movimento foi levado á America, principalmente sob a influencia de B. Franklin († 1790). Entre as queixas já em 1775 formuladas pelas colonias figurava a concernente á remessa de criminosos inglezes. A sociedade das prisões de Philadelphia, fundada em 7 de Fevereiro de 1776, dispersa pela guerra, mas de novo reunida em 1787, além de obter a limitação da pena de morte, conseguio introduzir na penitenciaria de Wallnutstreet, instituida em 1790 em Philadelphia, o regimen da prisão rigorosamente cellular durante o dia e á noite (*most rigid and unremitted solitude* com exclusão do trabalho, pelo menos de facto). Os resultados deste systema penetrado do espirito verdadeiramente *quaker* foram de todo ponto desfavoraveis. Em 1823 substituio-se em Auburn, Estado de New-York, o *solitary-system* pelo *silent-system*, separação durante o dia, impedindo-se o commercio corruptor dos réos entre si pelo silencio obrigado e mantido com maxima severidade (chicote). Triumphou, porém, no Estado da Pensylvania em 1829, depois de renhida luta, a prisão cellular. Combinado com o trabalho obrigatorio, este regimen foi rigorosamente observado na celebre *Eastern Penitentiary*, sita no *Cherry Hill* em Philadelphia, prisão visitada e preconisada pelos viajantes de todos os paizes.

IV.—Ao passo que nos Estados-Unidos a luta dos dois systemas, continuada com a maior vehemencia, cedo terminou pela completa derrota da prisão cellular, esta começou a sua marcha triumphal atravez da Europa. Em 1840 foram lançados os alicerces da prisão modelo de Petonville perto de Londres que, aberta em 1848, modificou o *solitary-system* dos Americanos, convertendo-o no attenuado *separate-system* inglez. Desviando-se do modelo da Pensylvania, a prisão cellular é na Inglaterra apenas uma phase no systema inteiramente *progressivo* da execução penal. Após dezoito mezes de prisão cellular (este prazo foi depois muito reduzido), que é destinada á experiencia e não á correcção, os réos são remettidos para as colonias da Australia onde os distribuem por diversas classes, conforme o procedimento que tiveram em Petonville.

No continente não se prestou attenção a esta correlação. Suppunha-se imitar o exemplo da Inglaterra com pedir, sem nenhuma limitação, a execução da pena de prisão em cellula. *Bruchsal* e *Moabit*, aquella aberta em 1848 e esta em 1849, foram as primeiras prisões da Allemanha construidas segundo o modelo de Petonville. Apezar da geral desillusão que entre 1850 e 1860 se seguio ao primeiro enthusiasmo, os diversos Estados porfiaram logo na construcção de prisões cellulares providas de corpo central e de raios, com separações *(stalls)* na igreja e na escola, e pequenos pateos para o passeio isolado dos réos revestidos de mascara, bem como na regulamentação legal da prisão cellular. A Belgica, tomando a dianteira, começou a transformar completamente as suas prisões segundo o systema cellular e o desenvolveu consequentemente. Os outros Estados limitaram-se a applicar a prisão cellular ás pequenas penas e nas longas sómente na phase inicial.

V.—A abolição gradual da deportação para a Australia (1853, 1857 e 1867) e a substituição da deportação pela *penal servitude* deram logar a que na Inglaterra se applicasse de um modo cada vez mais decisivo o systema *progressivo* na execução das longas penas de prisão. Dominado pela idéa de restabelecer gradualmente no condemnado o equilibrio moral e de reintroduzil-o gradualmente na sociedade civil, o systema inglez, nos seus pontos essenciaes, compõe-se das seguintes phases que o condemnado tem de percorrer: 1º rigorosa prisão cellular durante nove mezes; 2º trabalho em commum em quatro classes progressivas (systema das marcas); 3º libertação condicional, attenta a possibilidade de ser revogada (*ticket of leave*). Este systema com modificações, que não o affectam em sua essencia, foi admittido na Irlanda. Entre as modificações sobresáe o accrescentamento de uma phase que precede á libertação condicional,—a residencia em uma prisão intermediaria (*intermediate prison*), onde é permittido ao condemnado ter livre pratica com o mundo exterior.

Esta differenciação (introduzida por Walter Crofton de 1853 a 1864) induziu Mittermayer, v. Holtzendorff e outros a referir-se a um *systema irlandez* especial (expressão esta que na Grã Bretanha mesma é inteiramente desconhecida) e a recommendar calorosamente a sua observancia (1859). Tem-se empregado tambem (e ainda hoje se empregam) as denominações *systema irlandez* e *systema progressivo* como de todo equivalentes, comquanto a idéa fundamental (restituição gradual do condemnado á liberdade), desprendidas das particularidades de execução determinadas em grande parte por circumstancias locaes e só localmente justificaveis (como, de um lado, o systema das marcas e, de outro, as prisões intermediarias), já tivesse sido enunciada

no seculo passado por Wagnitz e depois por Felkampf e outros, bem como fora desde muito realisada em varias prisões da Suissa (principalmente em Genebra), e tambem na Inglaterra. Mesmo a «estação de transito» fora anteriormente e varias vezes lembrada na Allemanha e em 1851 introduzida em Dreibergen no Mecklenburgo. Cons. H G., 1º, 117 (Wahlberg), 177 (v. Liszt). A Hungria, a Croacia e a Bosnia são os paizes que mais de perto seguem o modelo irlandez. A Italia, a Finlandia e o Japão introduziram tambem o systema progressivo.

Encontrou pelo contrario numerosos adeptos no continente a libertação condicional do direito inglez, cuja origem remonta ás colonias da Australia. Deixando de parte a tentativa mallograda de 1860 (Vechta no Oldenburgo), a Saxonia a admittio em 1862 e foi depois introduzida em muitos paizes estrangeiros.

V.—A actual legislação imperial regula apenas em uma pequena parte a execução das penas de prisão. Em sua maxima parte foi esta materia deixada ás legislações dos Estados. No C. p. imp. encontram-se sómente algumas disposições sobre a prisão cellular e a libertação condicional, bem como no tocante á execução penal contra criminosos adolescentes. Assim no campo incontestavelmente o mais importante da cultura do direito penal, o Imperio da Allemanha não gosa ainda presentemente da unidade do direito e nos Estados (principalmente no maior delles) encontram-se variegadas amostras dos systemas os mais contraditorios.

A necessidade de uma regulamentação por lei imperial foi reconhecida na justificação do projecto do C. p. para a Allemanha do Norte; repetidas resoluções do *Reichstag*, tomadas em 1870, 1875 e 1876, manifestaram-se no mesmo sentido; tambem a sociedade dos empregados das prisões da Allema-

nha, na sua reunião de 1874, em Berlim, accentuou a necessidade de pôr-se termo á diversidade do direito estadual em materia de execução penal. O projecto de uma lei imperial sobre a execução das penas de prisão, apresentado a 19 de Março de 1879 ao *Bundesrat*, não chegou a ser remettido ao *Reichstag*. Bom foi que assim succedesse. Cada vez mais se avigora nos circulos competentes a convicção de que uma regulamentação satisfactoria da execução da pena não é possivel sem que o mesmo tempo se transforme todo o nosso systema penal.

## § 62. — As penas de prisão da legislação imperial

I.—A legislação imperial distingue quatro especies de penas de prisão, as quaes são:

1.ª, *reclusão*, como pena grave e infamante, com trabalho forçado;

2.ª, *encarceramento*, como pena de gravidade média, em si não infamante, com trabalho forçado;

3.ª, *detenção*, como pena leve, não infamante, ordinariamente sem trabalho forçado;

4.ª, *prisão em fortaleza*, como pena grave, não infamante, sem trabalho forçado (a *détention* dos francezes, a *Einschliessung* do direito prussiano, tambem não raro denominada *Staatsgefängnis* ou prisão de Estado) (ª).

Em consequencia da deficiencia das disposições do direito imperial sobre a execução das penas de prisão, a differença entre a reclusão e o encarceramento, bem como entre esta e a detenção, é de facto nulla.

(ª) E' a *custodia honesta* do direito penal all. N. do trad.

II.—Segundo as disposições do C. p. imp., as penas de prisão distinguem-se nos seguintes pontos:

1.°—Applicação. A reclusão é a pena do crime, o encarceramento a do delicto, e a detenção a da contravenção; mas excepcionalmente encontra-se a detenção applicada a delictos (C. p., art. 140, n. 2, 185 e 186, bem como, por ex., nos casos do art. 147 da lei sobre a industria, e dos arts. 2 e 3 da lei de 5 de Abril de 1888 sobre as sessões judiciarias secretas). A prisão em fortaleza deve substituir tanto a reclusão como o encarceramento e com estas duas penas é alternativamente comminada em uma série de crimes politicos (e tambem nos arts. 130 a e 345 do C. p.) e exclusivamente no duello.

2.°—A reclusão e a prisão em fortaleza são penas perpetuas ou temporarias, o encarceramento e a detenção são sempre temporarias. O maximo das duas primeiras, quando temporarias, é quinze annos; o maximo do encarceramento é cinco annos, e o da detenção seis semanas. O minimo é na reclusão um anno, de sorte que as fracções de um anno devem ser convertidas em encarceramento; nas demais penas o minimo é um dia (C. p., arts. 14 a 18.) (1).

3.°—A pena de reclusão mede-se por mezes completos, as outras por dias completos (C. p., art. 19). O dia comprehende 24 horas, a semana sete dias, o mez e o anno se contam segundo o calendario.

4.°—A reclusão é necessariamente acompanhada de trabalho forçado (C. p., art. 15). E' permittido

(1) Sobre a questão de saber qual deva ser o maximo da pena temporaria de prisão mais grave, cons. o appenso aos motivos do C. p. Não raro se tem pedido a reducção a 10, e mesmo a 5 annos. Mais importante seria elevar o minimo da pena de reclusão. Os maximos do C. p. podem ser excepcionalmente excedidos no concurso real de crimes (sobre isto vêr o § 73).

o trabalho fóra do recinto da prisão, uma vez que os condemnados sejam separados dos trabalhadores livres. Os condemnados a encarceramento (C. p., art. 16) *podem* ser empregados em trabalhos que se achem em relação com as suas aptidões e com a sua condição, e devem ser empregados deste modo, si o pedirem; o trabalho fóra do recinto da prisão só é permittido, si os condemnados consentirem. Na prisão em fortaleza (C. p., art. 17) o trabalho forçado é absolutamente vedado, e na detenção só tem cabimento em casos inteiramente excepcionaes (C. p., arts. 362 e 361, ns. 3 a 8 com relação a vagabundos, mendigos, vadios e preguiçosos, prostitutas e individuos sem occupação).

5.°—A reclusão acarreta de pleno direito a perda de certos direitos civicos (C. p., art. 31.) A reclusão e (dados certos requisitos) o encarceramento podem ser acompanhados da perda total dos direitos civicos; o encarceramento e (em certos casos) a prisão em fortaleza podem ser acompanhados da perda parcial dos mesmos direitos. (C. p., art. 32 e seg.). Tal pena accessoria, porém, não se liga á detenção.

6.°—A prisão cellular e a libertação condicional têm cabimento nas penas de reclusão e de encarceramento, mas não na de prisão em fortaleza (2).

---

(2) Sobre a execução das penas militarmente impostas, vêr Jagemann, H G., 1.°, 157. Quanto ao mais, vêr o C. do pr. penal, art. 483, e o C. da org. jud., arts. 163 e 164. A execução das penas pronunciadas pelo Tribunal do Imperio assenta sobre um accôrdo concluido entre a Prussia e o Imperio. (a)

(a) O C. do pr. p. all. adopta o systema da legislação franceza, que confia ao ministerio publico a execução das sentenças criminaes (art. 483 combinado com o art. 36). A actividade da justiça termina com a sentença. Logo que esta é exequivel, o ministerio publico tem de tomar todas as medidas necessarias para dal-a á execução, e espe-

III.—Prisão cellular (C. p., art. 22). As penas de reclusão e de encarceramento podem ser cumpridas, no todo ou em parte, segundo o systema cellular, e n'este caso os condemnados serão conservados, «sem interrupção» (e portanto na egreja, na escola, no passeio), separados dos outros presos. Sem o consentimento do condemnado, a prisão cellular não póde ser prolongada além de tres annos (3).

IV.—Libertação condicional. Segundo os arts. 23 a 26 do C. p., os condemnados a penas de reclusão e de encarceramento de longa duração (temporarias) poderão, si n'isto convierem, ser provisoriamente soltos, quando tiverem cumprido tres quartas partes, e em todo as caso pelo menos um anno da pena respectiva e se houverem comportado bem durante esse tempo.

Si o tempo da pena decorrer, sem que a libertação provisoria tenha sido revogada, considera-se cumprida a pena de prisão.

A revogação é permittida, quando o libertado procede mal ou não cumpre as obrigações que lhe foram impostas. O seu effeito é que o tempo decorrido desde a libertação provisoria até a volta á prisão do condemnado não é computado na duração da pena.

---

cialmente para expedir os mandados e ordens de prisão a que se referem os arts. 489 e 131 do mesmo Cod. Si surgem, porém, duvidas a respeito da interpretação de uma sentença ou do calculo da pena pronunciada, ou quando se fazem allegações contra a execução da pena, o tribunal é chamado a decidir (art 490). Cumpre notar que a administração judiciaria superior de um Estado póde confiar aos juizes de bailiado a execução das penas nas causas da competencia dos tribunaes de escabinos (art. 483, ult. all.). N. do trad.

(3) Segue-se da letra clara desta disposição que ella não tem applicação na prisão em fortaleza e tambem (infelizmente) na detenção.

A libertação condicional e a revogação desta medida dependem da administração superior da justiça. A detenção provisoria do libertado póde tambem ser ordenada, por motivos imperiosos de segurança publica, pela autoridade policial do logar em que elle residir.

V.—As penas de prisão impostas a adolescentes devem ser cumpridas em estabelecimentos ou logares especiaes destinados a este fim (C. p., art. 57, ult. al.) (4).

## § 63. — III. Da multa

LITTERATURA. — Stooss, *Zur Natur der Vermögensstrafe*, 1878; Kronecker, G A., 27.°, 81 e 28.°, 9; Wahlberg, *Klein. Schriften*, 2.°, 231; Seidler, nos Annuarios de Conrad, nova serie, 2.°, 241; Reinhardt, *Geldstrafe und Busse*, diss., 1890.

I. — A multa é a unica pena principal sobre o patrimonio no systema penal da legislação imperial, que della faz frequente, mas não bastante nem mesmo conveniente applicação (§ 14, nota 5.ª). Ora é comminada exclusivamente, ora com uma pena de prisão a que se liga obrigatoriamente como segunda pena principal, ora alternativamente (1) com uma

(4) Segundo a lei prussiana de 29 de Maio de 1879, as penas de prisão até duas semanas impostas a estudantes das universidades e de certas academias da Prussia podem ser cumpridas, á requisição da autoridade judiciaria, nas prisões academicas. Cons. Stein, *Die akademische Gerichtsbarkeit in Deutschland*, 1894, p. 144. Em face do direito imperial, que não admitte estabelecimentos especiaes para execução de pena em relação a certas classes, o vigor desta lei é extremamente duvidoso.

(1) Nos casos de escolha entre a multa e uma pena de prisão, a multa não pode ser applicada, segundo o art. 20 do C. p. mil., quando pela infracção o delinquente tenha violado tambem um dever militar.

pena desta natureza, e neste caso ora em primeiro, ora em segundo logar.

II. — O minimo da multa é, nos crimes e delictos, tres marcos e nas contravenções um marco (C. p., art. 27). O C. p., na sua parte geral, não fixa o maximo; segundo as disposições da parte especial, a multa não excede a 6.000 marcos, e sómente segundo o art. 302 d, accrescentado pela lei de 24 de Maio de 1880 sobre a usura, pode elevar-se a 15.000 marcos. Calcula-se segundo o valor integral do marco.

A multa é cobrada pelo Estado e applica-se a fins de utilidade publica. A execução rege-se pelos mesmos preceitos concernentes á execução das sentenças civeis (C. do pr. p., art. 455) (2).

III. — Muito maior é o alcance da multa nas leis accessorias, onde em muitos casos é comminada como multiplo ou fracção da importancia dos impostos ou direitos defraudados. Além de numerosas leis aduaneiras ou fiscaes, podem ser citadas, como exemplos, a lei de 8 de Junho de 1871 sobre papeis ao portador com premio, art. 6.º (multa equivalente á 5.ª parte do valor nominal dos titulos que fazem objecto da infracção, devendo, pelo menos importar em 100 thalers), a lei bancaria de 14 de Março de 1875, art. 55 (multa equivalente ao decuplo da importancia dos titulos indevidamente emittidos, devendo pelo menos importar em 500 marcos), a lei de 21 de Dezembro de 1874 sobre a emissão de notas bancarias, art. 2.º, § 2.º (o quadruplo da importancia da nota illegalmente emittida, não podendo

(2) A multa recae tambem sobre a pessoa do condemnado. Assim o pagamento da multa por terceira pessoa é inadmissivel, emquanto o condemnado vive. Cons. sobre a opinião antiga e em parte divergente von der Decken, Z., 12.º, 97. Sobre a execução do espolio, ver o § 74, II.

a multa ser inferior a 100 marcos). O Cod. Com., segundo o texto da lei de 18 de Julho de 1884, commina varias vezes nos arts. 249 e seg. multas até 20.000 marcos; a lei de 3 de Julho de 1893 sobre a espionagem vae até 15.000 marcos; a lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar, nos arts. 83 e 84, calcula a multa segundo o frete mensal.

Sobre o destino das multas, cons. (por ex.) a lei de 6 de Fevereiro de 1875 concernente ao estado civil, art. 70, segundo a qual as multas nella comminadas pertencem ás communas a que incumbem as despezas com o respectivo escriptorio do registro; a lei de 14 de Maio de 1879 sobre viveres, art. 17, e a lei de 20 de Abril de 1892 sobre vinhos, art. 10, segundo as quaes as multas pertencem aos cofres, a que incumbe a manutenção dos estabelecimentos destinados ao exame technico dos generos e bebidas; a lei sobre a industria, art. 146 (caixa de soccorro e outras caixas que se destinem a beneficiar os operarios, eventualmente á caixa de assistencia publica, art. 116 da cit. lei); a lei postal de 28 de Outubro de 1871, art. 33 (caixa de assistencia postal); a lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar, art. 107 (caixa da gente do mar ou caixa da assistencia publica do porto de origem do navio); a lei de 10 de Abril de 1892 sobre o seguro contra enfermidades (caixa dos enfermos). Segundo as leis aduaneiras e fiscaes, as multas pertencem ás mais das vezes ao fisco do Estado, por cujas autoridades foram proferidas as respectivas sentenças. Segundo o art. 7.° da lei prussiana de 23 de Abril de 1883 sobre a decretação de disposições policiaes que comminam penas, as multas impostas por infracção de taes disposições pertencem ao cofre a que incumbem as despezas com a administração policial. Nos termos do art. 34 da lei prussiana de 1878 sobre furtos

florestaes as multas pertencem em certas condições a quem soffreu o damno. A ordenança de 13 de Julho de 1888, art. 11, consigna as multas ao cofre da Companhia de Nova-Guiné.

## § 64. — IV. Da reprehensão

I. — A reprehensão, já admittida como pena no direito commum e em varios codigos dos Estados da Allemanha, encontra-se na legislação imperial em um unico caso (C. p., art. 57, n. 4), isto é, quando um adolescente commette um delicto ou uma contravenção, o tribunal pode, nos casos menos graves, pronunciar a pena de reprehensão.

II. — Como a reprehensão é pena, só pode ella ser applicada, quando passa em julgado a sentença que a impõe.

Sobre a execução desta pena faltam (mesmo no C. do pr. p.) disposições expressas. Devem ser pois applicadas por analogia as disposições do mesmo cod. (1). Assim, de accordo com o art. 483, a reprehensão deve ser infligida pelo juiz do bailiado ou pelo ministerio publico em virtude de uma copia authentica do dispositivo da sentença passada pelo escrivão com attestação de que a sentença é exequivel (2).

---

(1) No mesmo sentido as dec. do Trib. do Imp. de 14 de Outubro de 86, 14ª, 421, e de 26 de Janeiro de 93, 23.°, 403, Hälschner, 1.°, 605, v. Meyer, 431. *Contrà*, Olshausen, § 57, 14.

(2) O art. 57, n. 4, do C. p. não é observado em algumas leis penaes estaduaes. Cons. a lei prussiana de 15 de Abril de 1878, art. 10, sobre o furto florestal. — A condemnação á reprehensão serve ambem de base á aggravação da pena em razão da reincidencia; ons. o § 69. — Sobre a prescripção da reprehensão, vêr os §§ 77 e 78.

## § 65. — V. Das penas accessorias concernentes á liberdade

I. — Do arbitrio do tribunal depende autorisar a sujeição do delinquente á vigilancia policial, como pena accessoria á de prisão. Esta pena accessoria tem cabimento regularmente, quando o delinquente é condemnado á reclusão, excepcionalmente (C. p., art. 49 a, 180, 262 e 294), quando é condemnado a encarceramento, e em um unico caso quando é condemnado á prisão em fortaleza. Não pode ser infligida fóra dos casos expressamente previstos pela lei (1).

1.° — Os casos expressamente previstos, em que pode ser autorisada a sujeição do condemnado á vigilancia policial, são os seguintes: C. p., arts. 49 a, 115, 116 (resistencia e ajuntamento illicito), 122 (revolta de presos), 125 (perturbação da tranquillidade publica), 146 a 147 (moeda falsa), 180 e 181 (lenocinio), 248 (furto e desvio), 256 (roubo e extorsão), 262 (receptação), 294 (fazer profissão do furto de caça), 325 (crimes de perigo commum), 49 a (provocar alguem a praticar um crime ou offerecer-se para praticar um crime) e nas tentativas dos crimes que são punidos com a pena de morte

(1) Vêr a litteratura indicada no § 14, nota 7ª, e Zucker, *Die Polizeiaufsicht nach österreichischem Recht*, 1894. Segundo o que pudemos verificar, o cod. penal josephino de 1787 (2.°, 82) foi o primeiro que permittio a viligancia policial (no furto); mas pelos fins do seculo XVIII esta medida era geralmente empregada na administração da justiça e encontra-se na maior parte dos cod. territoriaes do mesmo seculo. O novo desenvolvimento que teve na Prussia (lei de 12 de Fevereiro de 1852) assenta no art. 44 e seg. do *Code pénal* (resolução do Senado de 28 Floreal, anno 12: *renvoi sous la surveillance de la police*). A legislação estrangeira em parte a tem repellido.

ou com a pena de reclusão perpetua (2), bem como na cumplicidade de taes crimes (C. p., arts. 44 e 49) (3). As leis accessorias accrescentaram outros casos, a saber, os arts. 91 e 92 da lei de 27 de Dezembro de 1872 sobre gente do mar, o art. 13 da lei de 14 de Maio de 1879 sobre viveres, o art. 11 da lei de 9 de Junho de 1884 sobre materias explosivas, e finalmente a lei de 3 de Julho de 1893 sobre espionagem (segundo o art. 6.°, a sujeição á vigilancia policial é pena accessoria á prisão em fortaleza)

Quando a pena do crime ou delicto consumado pode acarretar a sujeição do condemnado á vigilancia policial, esta pena accessoria é egualmente applicavel á tentativa (C. p., art. 45); é ainda applicavel acessoriamente á pena *collectiva* no caso do concurso de muitas infracções, si alguma dellas admittir a sujeição á vigilancia policial (C. p., art. 76). Não tem porém applicação, quando o delinquente é um adolescente.

2.° — Em virtude de uma tal condemnação, a policia superior, previamente ouvido o director da prisão, fica autorisada a pôr o condemnado sob a vigilancia policial durante cinco annos no maximo.

Este prazo conta-se do dia em que a pena foi cumprida, ou perdoada, ou prescreveu (C. p., art. 38).

3.° — Os effeitos da sujeição á vigilancia policial consistem (C. p., art. 49):

*a*) no direito conferido á policia superior de prohibir a presença do condemnado em certos logares

---

(2) Si forem comminadas alternativamente a reclusão perpetua e uma outra pena, é admissivel na tentativa a vigilancia policial, caso o tribunal tenha preferido a escala penal mais grave.

(3) Em sentido contrario Fuhr, 197. O que regula porém é a equiparação admittida pela lei entre a tentativa e a cumplicidade por assistencia. Correctamente Seuffert e Olshausen.

(em certas localidades ou locaes, como estalagens, theatros, estações de via ferrea etc.), e especialmente no logar natal;

*b*) na faculdade conferida á policia superior de expulsar o condemnado, si for estrangeiro, do territorio federal (pelo tempo de cinco annos no maximo);

*c*) no direito de proceder a buscas na casa do condemnado, sem observancia dos preceitos relativos ao tempo em que as buscas podem ser dadas (4).

4.° — Si o condemnado infringe as ordens a que se refere a lettra *a*, incorre no art. 361, n. 1 do C. p.

II. — Sujeição á disposição da policia. Quando o juiz condemna o delinquente á detenção em razão de alguma das contravenções previstas no art. 161, ns. 3 a 8 do C. p. (concernentes a vagabundos, mendigos, prostitutas, vadios, individuos preguiçosos ou sem occupação), póde ao mesmo tempo ordenar que, cumprida a pena, o condemnado seja posto á disposição da policia superior. Esta disposição tem por effeito conferir á policia superior a faculdade de recolher o condemnado a uma casa de correcção (*Arbeitshaus*) até dois annos ou de empregal-o em trabalhos de utilidade publica. No caso previsto no art. 361, n. 4 (mendicidade), esta medida só é admissivel, quando o condemnado, no curso dos tres ultimos annos, tenha sido varias vezes condemnado pela mesma contravenção e em virtude de sentenças passadas em julgado, ou quando tenha mendigado, trazendo armas ou empregando ameaças. Si o condemnado fôr estrangeiro, a policia, em vez de recolhel-o a uma casa de correcção, poderá expulsal-o

(4) Outros effeitos indica o C. do pr. p. nos arts. 103, 104, 106 e 113.

do territorio federal (C. p., art. 362). Costuma-se designar esta medida com a denominação de « detenção correccional subsequente » (ou detenção complementar) (5) (a).

III. — A expulsão do territorio federal só é

---

(5) Vêr a litteratura indicada no § 14, nota 8.ª A detenção subsequente já era frequentemente empregada no seculo XVIII. Suscitada na Prussia por Suarez (Stöltzel, 245 e 301), admittida no *Direito commum prussiano*, ampliada por um decreto de 1799, cahira em esquecimento. O novo desenvolvimento assenta em uma lei prussiana de 1843 (modificada em 1846), a qual se inspira no *Code pénal*. — A detenção subsequente deve seguir-se immediatamente á pena principal. Neste sentido v. Hippel, 113, Benneck, Z. 10.°, 339. *Contrà*, Seuffert, W V., 2.°, 258, de accôrdo com a pratica da Prussia e de Baden.

(a) A *Arbeitshaus*, de que trata o art. 362 do C. p. all. não deve ser confundida com os estabelecimentos do mesmo nome (asylos, *dépôts de mendicité*, *Workhouses)*, em que os pobres não delinquentes da communa são recolhidos para terem emprego. A *Arbeitshaus* destinada aos vagabundos, mendigos, etc., condemnados por sentença, é casa de correcção. A pena de casa de correcção era admittida pela maior parte dos cod. allemães, antes de 1870, como pena intermediaria entre a de reclusão e a de encarceramento, pois, em razão do trabalho forçado, era mais rigorosa do que esta, e por não ser infamante, mais branda do que aquella. — Como a prisão correccional tem logar depois de cumprida a pena de detenção, a policia deve resolver, antes da soltura do réo, si quer fazer uso ou não de sua attribuição. Entre a detenção e a prisão correccional ha continuidade; si deixarom o condemnado em liberdade, não póderá elle ser preso posteriormente ao bel-prazer da policia. Esta, porém, não está obrigada a declarar por quanto tempo quer que a prisão se prolongue durante os dous annos. — Merkel critica esta instituição do C. p. A detenção que precede á prisão correccional, diz elle, não tem fim pratico. Melhor fôra deixar ao juiz não só a faculdade de collocar o réo na casa de correcção, senão tambem a de dispôr (ouvida a autoridade policial) esta pena como pena principal, mas de um modo relativamente indeterminado, quanto á duração. N. do trad.

admissivel contra estrangeiros e como pena accessoria nos seguintes casos (6):

1.°, quando o estrangeiro faz profissão de explorar jogos de azar (C. p., art. 284);

2.°, nos casos dos arts. 39, n. 2 e 362, al. 2.° do C. p., em que a expulsão substitue a vigilancia policial (7) ou o recolhimento em uma casa de correcção.

Os que infringirem estas disposições, voltando ao territorio federal sem autorisação, incorrerão no art. 361, n. 2, do C. p. (b).

---

(6) Differente da expulsão, como medida da policia concernente a estrangeiros. Cons. v. Orelli, 9.°, 538; v. Martitz, *Internationale Rechtshilfe*, 7; Stork, H. V., 2.°, 644; o mesmo, H. St., 3.°, 679; v. Bar, *Internat. Privatrecht*, 1.°, 100; Langhard, *Das Recht der politischen Fremdenausweisung mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz*, 1891.

(7) Portanto com o maximo fixado para esta.

(b) Segundo o direito allemão, a expulsão do estrangeiro é um effeito da sentença judiciaria (nos casos indicados no texto) ou uma medida politica, que se considera como exercicio da soberania do Estado e illimitada, emquanto as leis e os tratados não lhe impõem limites. « A expulsão do estrangeiro, diz Kayser, é geralmente admittida e reconhecida em caso de guerra, mesmo em massa. Em tempos de paz porém, a doutrina começa a insurgir-se contra o arbitrio da medida e a reclamar que tenha sómente logar por certas e determinadas razões, como falta de recursos, crimes praticados ou preparados, desobediencia ás leis, etc. Mas a praxe politica não admitte essas limitações e faz depender a expulsão geralmente de razões do bem publico. Assim não importa saber si o estrangeiro foi admittido desempedidamente e se fixou domicilio em um Estado ou se exerce algum commercio ou industria ». Os governos locaes podem tambem expulsar o estrangeiro dos territorios dos respectivos Estados *(Handb. d. Staatswissenschaften)*. — Entre nós, a expulsão do estrangeiro, como medida politica, só póde ser decretada pelo governo da União e nos casos em que as leis a admittam, attentos os arts. 48 ns. 14, 72, pr. e § 1 da Const. fed. N. do trad.

## § 66. — VI. Das penas accessorias concernentes á honra

LITTERATURA. — v. Wick, *Ehrenstrafen und Ehrenfolgen*, 2.ª ed., 1853; Wahlberg, *Ehrenfolgen der strafgerichtlichen Verurteilung*, 1864; Zugschwerdt, *Schärfungen der Freiheitsstrafe*, 1865; Glaser, *Studien zum österr. Entwurf*, 1870; Gross, *Ehrenfolgen*, 1874; Mandry, 77; Köhne, Z., 8.°, 439.

I. — As penas accessorias concernentes á honra não consistem, segundo a legislação imperial, no anniquilamento ou na diminuição do bem juridico, que assim se denomina, mas na privação total ou parcial de certos *direitos civicos (jus suffragii et honorum, droits civiques)* que a lei designa precisamente.

II. — Privação de todos os direitos civicos.

Esta pena acarreta:

1.°, a perda dos direitos conferidos por eleições publicas e a de funcções publicas, dignidades, titulos, ordens ou condecorações (C. p., art. 33) (1).

2.°, a incapacidade, durante o tempo determinado pela sentença:

*a*) para usar o laço nacional;

*b*) para servir no exercito allemão ou na marinha imperial;

*c*) para obter cargos, dignidades, titulos, ordens e condecorações;

(1) Entre as funcções publicas se comprehendem as do advogado, procurador judicial, tabellião, jurado e escabino (C. p., art. 31, al. 2.°) Como *dignidades* consideram-se tambem os gráos academicos, quando são reconhecidos pelo Estado. Com razão a lei não incluio a perda da nobreza entre os effeitos concernentes á honra, pois seria isto um aviltamento da condição do condemnado, segundo o direito de familia, e portanto estaria em contradicção com a idéa fundamental da pena moderna sobre a honra. — Sobre os effeitos concernentes á honra de que trata o art. 31 do C. p., vêr o § 58, nota 8.ª

*d*) para votar em negocios publicos, ser eleitor ou eleito, ou para exercer outros direitos politicos (2);

*e*) para ser testemunha em documentos (quando a validade do documento ou o valor juridico de um acto authentico depender da assistencia de testemunhas);

*f*) para ser tutor ou subtutor, curador, defensor em juizo, ou membro de um conselho de familia, excepto quando se tratar de descendentes do condemnado e a autoridade pupillar ou o conselho de familia nisso convier (C. p., art. 34).

A incapacidade perdura dois annos no minimo e dez annos no maximo, no caso de condemnação á pena de reclusão temporaria, e um anno no minimo e cinco annos no maximo, no caso de condemnação á pena de encarceramento (C. p., art. 32). A perda dos direitos civicos produz o seu effeito desde que a sentença passa em julgado; o tempo da incapacidade conta-se do dia em que a pena de prisão, da qual a incapacidade é pena accessoria, foi cumprida ou perdoada, ou prescreveu (C. p., art. 36).

Regularmente a privação de todos os direitos civicos depende do arbitrio do tribunal. A lei só a prescreveu obrigatoriamente nos casos dos arts. 161 (perjurio), 181 (lenocinio qualificado), 302 *d* e *e* do C. p. (usura por profissão ou habito).

---

(2) A lei de 31 de Maio de 1869 sobre a eleição dos membros do *Reichstag* dispõe no art. 2 n. 4, al. 2.°: « aquelle que perde o pleno goso dos direitos civicos, em razão de um crime ou delicto politico, recupera o direito de voto, logo que cumpre a pena imposta ou é perdoado ». Deve-se considerar abolida esta disposição pelo C. p. E' duvidosa a opinião de Laband, 1.°, 290; erronea a de G. Meyer, *Staatsrecht*, 3.ª ed., 1891, p. 368; a boa doutrina é defendida por Homberger, *Begriff des politischen Delikts*, 1893, p. 70

Os individuos condemnados á morte ou á reclusão podem ser tambem condemnados á privação dos direitos civicos, independentemente de qualquer outra condição. Os individuos, porém, condemnados a encarceramento, não podem ser privados desses direitos (C. p., art. 32), senão quando a pena pronunciada fôr, pelo menos, tres mezes de prisão e a lei admittir expressamente a imposição de tal pena accessoria, ou quando, em razão da admissão de circumstancias attenuantes, a reclusão fôr substituida pelo encarceramento.

Os casos em que a lei permitte expressamente a perda dos direitos civicos, são os dos arts. 49 a, 108, 109, 133, 142, 143, 150, 160, 161, 164, 168, 173, 175, 180, 183, 248, 256, 262, 263, 266, 280, 284, 289, 294, 302, 302 a, b, e, 304, 329, 333, 350. Outros casos encontram-se nas leis accessorias.

Na tentativa (C. p., art. 45) a privação dos direitos civicos é admissivel ou deve ser imposta, quando é admissivel, ou deve ser imposta accessoriamente á pena do crime consumado (portanto a pena da tentativa, si fôr encarceramento, não deve ser inferior a tres mezes). O mesmo procede com relação á *pena collectiva*, quando a privação dos direitos civicos é admissivel ou deve ser imposta accessoriamente a uma das penas singulares em que o delinquente incorreu (C. p., art. 76).

A pena accessoria em questão não tem applicação aos delinquentes adolescentes (C. p., art. 57, n. 5). — Segundo o art. 46 do C. p. mil., as penas concernentes á honra militar podem ser impostas na tentativa, quando são admissiveis ou devem ser impostas accessoriamente á pena do crime ou delicto consumado.

III. — Privação (perda) de alguns direitos civicos. Cumpre distinguir diversos casos.

1.° — Quando o juiz condemna a uma pena de

encarceramento, a que poderia ligar (mas não o fez) a privação dos direitos civicos, lhe é permittido decretar a incapacidade do delinquente para exercer funcções publicas pelo tempo de um até cinco annos.

A privação da aptidão para exercer funcções publicas acarreta de pleno direito a perda perpetua das funcções de que o delinquente se ache investido (C. p., art. 35).

2.° — A perda perpetua das funcções de que o condemnado esteja investido e dos direitos que lhe tenham sido conferidos por eleições publicas pode ser decretada nos casos dos arts. 81, 83, 84, 87 a 91, 94 e 95 do C. p. e do art. 7.° da lei de 3 de Julho de 1893, sobre a espionagem. Segundo este ultimo art. e o art. 95 do C. p., a pena principal é encarceramento, e nos demais casos é prisão em fortaleza, á qual se pode então ligar excepcionalmente uma restricção dos direitos civicos.

3.° — Segundo os arts. 128, 129 e 358 do C. p., a perda da capacidade para exercer funcções publicas pode ser decretada pelo tempo de um até cinco annos (vêr a parte especial).

Tem tambem aqui applicação o que dissemos acima sob o n. II, com relação á epocha em que começa a incapacidade temporaria do condemnado.

IV. — Si um allemão fôr punido no estrangeiro por um crime ou delicto que, segundo as leis do Imperio da Allemanha, tenha ou possa ter por consequencia a perda de todos ou de alguns direitos civicos, é admissivel um novo processo para o fim de ser pronunciada a dita pena contra o réo reconhecido culpado mediante esse processo (C. p., art. 37; acima p. 166) (3).

(3) A palavra *punição* comprehende, além do cumprimento, a prescripção e a remissão da pena. — A recuperação dos direitos civicos (rehabilitação) não é regulada pela lei e pois só se pode operar

## APPENSO

### § 67. — Da composição ou multa privada

LITTERATURA. — v. Wächter, *Die Busse*, 1874; Dochow, *Die Busse*, 1875; v. Weinrich, *Die Haftpflicht*, 1883, p. 132; Mandry, 425, Glaser, 2.°, 13; Hilse, G A., 36.°, 26; Kronecker, G A., 27°, 97, Reinhardt, *Geldstrafe und Busse*, 1890; Merklinghaus, *Die Busse im deutschen Reichsstrafrecht*, diss., 1891.

I. — Applicabilidade. Encontra-se a multa privada tanto no C. p. como nas leis accessorias. Os casos em que ella pode ser pronunciada são os previstos nos seguintes arts.:

1.° art. 188 do C. p., diffamação e calumnia (arts. 186 a 187), quando a offensa prejudica o offendido na sua fortuna, na sua industria ou na sua carreira; maximo, 6.000 marcos;— 2.°, art. 231 do C. p., em todos os casos de offensa physica; maximo, 6.000 marcos;— 3.° arts. 18, 43 e 45 da lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção; tem cabimento tanto na contrafacção dolosa como na culposa; maximo, 6.000 marcos;— 4.°, art. 16 da lei de 9 de Janeiro, art. 9 da lei de 10 de Janeiro e art. 14 da lei de 11 de Janeiro, todas de 1876 sobre os direitos de autor (como no caso sob o n. 3); — 5.°, art. 15 da lei de 30 de Novembro de 1874 sobre marcas de fabrica; maximo, 5.000 marcos;—6.° art. 36 da lei de 7 de Abril de 1891 sobre patentes de invenção; maximo, 10.000 marcos; — 7.°, art. 11 da lei de 1 de Junho de 1891 sobre modelos de utili-

---

por via de graça. Não assim d'antes em alguns Estados da Allemanha (lei bavara de 10 de Julho de 1861), na maior parte dos paizes estrangeiros e tambem segundo o direito penal militar allemão. Cons. Hecker, p. 69).

dade; maximo, 10.000 marcos; — 8.°, o projecto do Cod. civ. propõe novas applicações, cons. sobre isto v. Liszt, *Grenzgebiete*, 31; — 9.°, a legislação local pode, nas materias de sua competencia, admittir a multa privada, e assim o faz, por exemplo, a lei florestal para a Alsacia-Lorena de 9 de Julho de 1888, art. 75.

A multa privada só pode ser pronunciada a requerimento do offendido no processo penal (C. do pr. p., arts. 443 a 446); é paga ao offendido; uma vez pronunciada, impede que o offendido levante qualquer outra pretensão á indemnisação; os condemnados a pagal-a respondem solidariamente (comquanto o art. 138 do C. p. não o diga expressamente); não pode ser arbitrada uma somma superior áquella que foi pedida (C. do pr. p., art. 445); os herdeiros do offendido não podem iniciar o pedido nem promover o pedido já feito (C. do pr. p., art. 444, al. 4.ª); é cobrada segundo as regras do processo civil (art. 495).

II. — E' questão muito discutida a de saber qual a natureza da multa privada. Ora ella é considerada como pena, ora como indemnisação, ora como um instituto mixto que se compõe da pena e da indemnisação. Si tivermos em attenção que a reparação de prejuizos patrimoniaes não esgota a idéa da indemnisação — porquanto esta comprehende tambem a *satisfação* devida ao offendido pela invasão que soffreu na sua esphera juridica, não poderemos levantar duvidas sobre a concepção de que a multa privada não passa de mera *indemnisação* ou melhor de mera *satisfação* (1). Esta concepção não obsta

(1) De accordo no essencial a maior parte dos escriptores (comquanto ás mais da vezes restrictamente á indemnisação do damno patrimonial). Além do proj. do Cod. civ., as dec. do Trib. do Imp. de 22 de Maio de 84, 12.°, 224, 7 de Março de 87, 15.°, 352 (multa por

que o direito á multa seja eminentemente pessoal, só caiba ao offendido e não aos seus herdeiros. As leis accessorias confirmam plenamente esta idéa («em vez da indemnisação pode ser pronunciada a multa privada»). Collocando-nos neste ponto de vista, podemos resolver a maior parte das questões que a multa privada suscita. Assim a prova de um prejuizo patrimonial ou mesmo a existencia de um prejuizo desta natureza não é condição necessaria para que se origine o direito do offendido á multa; assim, no caso de concurso ideal de infracções, a multa pode ser pronunciada, comquanto a lei que a autoriza seja mais branda e como tal não deva ser tomada em consideração na determinação da pena; assim o direito á multa prescreve segundo os principios do direito civil, embora seja de facto impossivel ao offendido fazel-a valer no processo penal em razão da prescripção do crime (2); assim finalmente o perdão não affecta a multa pronunciada, ao passo que a amnistia ou abolição do processo penal (§ 75, II) tambem impede de facto que o offendido possa fazer effectivo o seu direito (a).

---

perda da faculdade genital) e 9 de Março de 88, 17.°, 190. Consideram a multa como pena privada Reber, Flesch, Wahlberg e especialmente Heinze, ao passo que v. Wächter, Schütze, v. Schwartze, Stoos, Merkel, 235, Merklinghaus, 6, distinguem dois elementos na multa, um civil e outro penal. v. Weinrich a considera como *accomodação obrigada*. Litt. em Reinhardt.

(2) Egualmente Dochow, H H., 8.° 276, Köhler, *Patentrecht*, 667, Löning, 84, v. Meyer, 429; *contrà*, Binding, 1.°, 854, Hälschner, 1.°, 704, Olshausen, § 70, 6.

(a) A *busse* ou multa privada é uma instituição peculiar ao direito allemão. Nos casos previstos pelas leis acima citadas pode ser imposta ao delinquente, além da pena em que incorreu, uma multa destinada ao offendido, e cujo maximo as mesmas leis fixam. A multa deve ser pedida pelo offendido, que para este fim figurará no processo

como accusador por intervenção (art. 443 do C. do pr. all.). Si são diversos os réos, todos respondem solidariamente. Pronunciada a multa, o offendido não pode levantar, mesmo perante os tribunaes civis, qualquer outra pretensão á indemnisação. Depois que a sentença transita em julgado, o direito á multa póde ser herdado. — São diversos os principios que regulam o direito á reparação do damno, e esta, segundo o direito allemão, deve ser pedida por acção civil. Por outro lado a multa privada differe da multa propriamente dita em que pertence ao offendido e, quando incobravel, não pode ser convertida em pena de prisão. — As opiniões sobre o caracter juridico da multa privada classificam-se em tres grupos: 1º uns (Oppenhoff, Rubo, Flesch) a consideram como pena privada, 2º outros (v. Wächter, v. Schwartze, Herzog, Merkel) como pena privada e ao mesmo tempo como indemnisação, e 3º outros como mera indemnisação (Dochow, Dernberg, Köhler, Stobbe), opinião esta que tende a predominar. «A multa privada, diz Köhler, é sómente indemnisação; não mera indemnisação de um damno patrimonial, senão tambem reparação do damno physico ou psychico soffrido pelo offendido». E' tambem este o ponto de vista do autor. Vêr Dochow, H R., 1.°, 444, Stobbe, *Handb.*, 3.°, § 200. N. do trad.

# III. — A MEDIDA DA PENA NA LEI E NA SENTENÇA

## § 68.—Da graduação judiciaria da pena

LITTERATURA. — Merkel, H H., 2.°, 545, 4.°, 207; Wahlberg, *Das Prinzip der Individualisierung*, 1869; *Kl. Schriften*, 3.°, 557; Medem, Z., 7.°, 135; G S., 4.°, 173; v. Holtzendorff, H G., 1.°, 432; Hälschner, 1.°, 634; Durchholtz e Sorof, G A., 35.°, 261, 286; Samter, G A., 35.°, 381; Finger, *Der objektive Thatbestand als Strafzumessungsgrund*, 1888.

I. — E' da natureza do direito publico de punir, como limitação imposta pelo poder publico illimitado em si mesmo (§ 1, nota 1.ª), que a lei penal determine não só a *condição* da pena (o facto qualificado crime), senão tambem o que a pena comprehende sob o ponto de vista da *qualidade* e da *quantidade*.

A historia nos ensina que essa determinação estabelecida a principio pela lei de um modo definitivo, absoluto, só no decurso do desenvolvimento foi abrindo espaço á graduação da pena pelo juiz. Assim, tanto a legislação das 12 taboas, como a do tempo das *Quæstiones perpetuæ* não admittiam outra alternativa, que não a imposição ou a não imposição da pena inalteravelmente fixada pela lei; foi no periodo imperial que, com ampliar-se a idéa da *extraordinaria cognitio*, se conferio ao juiz a attri-

buição de graduar a pena, conforme as circumstancias do caso concreto.

Na edade média allemã e até onde alcança o direito estatuido, tambem só se encontram comminações absolutas, mas suppridas pelo «julgar segundo graça» (a). Em substancia, outro tanto póde-se dizer da Carolina. A graduação judiciaria da pena só tomou importancia no direito commum posterior em razão de ir-se alargando mais e mais o campo das penas arbitrarias e de apparecerem novas penas em logar das que tinham sido comminadas pela Carolina; mas como faltavam regras dadas pela lei para a determinação da pena, bem como principios scientificos relativos ao modo de gradual-as, a administração da justiça decahio em um arbitrio sem limites. A doutrina opposta foi defendida em todo o seu rigor pelos escriptores do periodo philosophico, que não recuavam ante nenhuma das consequencias da sua intuição (acima, p. 133; principalmente o Cod. penal francez de 1791): queriam o juiz adstricto á lettra da lei. Desta luta sahio o systema que domina na legislação do seculo XIX, isto é, o systema das comminações penaes, relativamente determinadas, e da escala penal, que se desenvolve entre um minimo e um maximo de pena.

II. — Na legislação imperial o numero e a importancia das comminações *absolutas* são secundarias: encontram-se sómente nos casos em que tem applicação a pena de morte (§ 60, II; não assim segundo os arts. 58, 60, 63, 95, 97, 133 e 141 do

(a) Do antigo direito de resgatar a pena resultou na edade média um direito de graça judiciaria, admittido sob a condição de que o culpado, confessando voluntariamente o delicto, se entregasse á mercê da justiça. Brunner, H E., § 17; v. Bar, *Handb.*, § 39. N. do trad.

C. p. mil.) e a multa, quando esta deve ser calculada como multiplo ou fracção de uma determinada quantia (§ 63, III).

Tambem na legislação imperial domina o systema da escala penal ou das comminações penaes *relativamente determinadas*.

Essa relatividade póde consistir:

1.°, em que o legislador, fixando o maximo e o minimo de um genero de pena, deixa livre a escolha ao juiz dentro desses limites. Neste caso não devem ser tomados em consideração sómente o maximo e o minimo estabelecidos pela lei, senão tambem os gráos intermediarios que se determinam segundo o modo do calculo, e especialmente nas penas de prisão, segundo a unidade que a este serve de base (§ 62, H, 3). Assim « a reclusão até 15 annos » comprehende 169 gráos; « o encarceramento até cinco annos » póde ter 1826 gráos (anno bissexto); « a prisão em fortaleza até 15 annos » 5478 gráos, « a detenção até 6 semanas » 12 gráos (b).

2.° Em que o legislador deixa livre ao juiz a escolha entre dous ou mais generos de penas (tambem limitadas por um maximo e um minimo). Assim, por exemplo, o art. 185 do C. p. commina multa até 600 marcos ou detenção ou encarceramento. Disposição semelhante encontra-se nos arts. 2 e 3 da lei sobre a publicidade dos debates judiciarios. O art. 21 da lei sobre a imprensa permitte mesmo que o juiz escolha entre quatro generos de penas (multa, detenção, prisão em fortaleza e encar-

(b) Sendo o minimo na pena de reclusão um anno, a totalidade dos gráos vem a ser $14 \times 12 + 1 = 169$. Sendo o minimo na pena de encarceramento um dia, tem-se para a totalidade dos gráos $365 \times 5 + 1$ (anno bissexto) $= 1826$. Com relação á prisão em fortaleza, o calculo será $365 \times 15 + 3$ (annos bissextos) $= 5478$. N. do trad.

ceramento). Em taes casos o juiz deve applicar aos delictos menos graves a pena mais leve, e podendo escolher entre a reclusão e a prisão em fortaleza (1), só deve preferir aquella, quando verificar que o agente se deixou levar por motivos ignobeis (C. p., art. 20).

3.° Em que muitas vezes a lei deixa ao arbitrio do juiz applicar uma ou duas penas principaes, ou ainda applicar com a pena principal uma accessoria.

III. — Dentro dos limites legaes o juiz tem de medir a pena applicavel ao crime individualmente dado; tem de resolver *in concreto* o problema que o legislador resolveu *in abstracto* (2).

Esta determinação da pena dentro dos limites legaes é o que se chama *graduação da pena*. As circumstancias pelas quaes se guia o juiz em tal operação chamam-se *aggravantes* ou *attenuantes*.

IV. — Ainda que o legislador estabeleça a escala penal applicavel a um certo crime com bastante amplitude e de modo a permittir que seja levada em conta a maior ou menor gravidade dos casos occurrentes, podem dar-se casos excepcionaes, em relação aos quaes a escala penal ordinaria pareça muito estreita e em que, portanto, conviria elevar a pena além do maximo ou reduzil-a a proporções inferiores ao minimo. Para taes casos a lei estabelece *graduações especiaes*, quer para mais, quer para menos. Costuma-se então dizer, mas com pouca exactidão, que se dá *modificação da pena* (como si se tratasse de um acto judiciario e não de um acto legislativo)

---

(1) Como nos casos dos arts. 82 a 86, 88, 89, 94, 96, 98, 100, 105 a 106 do C. p.; C. p. mil., arts. 2 e 62.

(2) O juiz deve achar a equação entre a culpa e a pena. Na não solução deste problema está o defeito capital da nossa actual administração da justiça.

e que essa modificação se distingue em *aggravação* e em *attenuação* (c).

V. — A inapplicabilidade, por considerações de facto ou de direito, de certos generos de pena, que considerados em si são susceptiveis de applicação, dá logar á *conversão*; o concurso de sentenças anteriores com sentenças que posteriormente tenham de ser proferidas na mesma causa, ou o concurso da pena a applicar com outros males que o delinquente já soffrera, dá logar á *imputação de pena*. Devem ser finalmente tomadas em consideração as disposições que o legislador estabeleceu relativas ao *concurso de crimes ou delictos*.

## § 69.—Modificação da pena.—I. Aggravação

LITTERATURA. — Em geral Lippman, *Historisch-dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugniss*, 1863; Hückel, *Der Begriff Strafänderung und das St. G. B. für das Deutsche Reich*, contribuição para a historia do desenvolvimento do direito penal allemão, 1893. — Sobre a reincidencia, vêr o § 14, nota 7.ª.

A amplitude da escala penal ordinaria fixada pelo legislador permitte-lhe limitar a um circulo relativamente pequeno a applicação de escalas especiaes superiores. O C. p. imp. não reconhece causas

(c) Segundo a technologia allemã, *Strafzumessungsgründe* ou circumstancias *gradativas* são as que determinam a graduação da pena nos limites da escala penal, e se distinguem em aggravantes e attenuantes (*Strafmehrungs-* e *Strafminderungsgründe*). As *Strafänderungsgründe* ou circumstancias *modificativas* da pena são as que permittem ultrapassar o maximo ou descer abaixo do minimo da escala ordinaria, ou mesmo a applicação de um outro genero de pena em virtude de disposições especiaes de lei, e se distinguem em causas de aggravação e em causas de attenuação (*Strafschärfungs-* e *Strafmilderungsgründe*). N. do trad.

geraes de aggravação (não assim o C. p. mil., arts. 53 e 55). Com relação a *alguns crimes* são tomadas como aggravantes a pratica do crime como *profissão* ou por *habito* (§ 55, nota 5.ª), *em commum* ou de *publico*, com *emprego de armas*, com offensa de um *ascendente*, o facto de ser o agente *cabeça* ou de determinar-se por amor do *lucro*, a superveniencia de um *resultado grave* (§ 35, nota 6.ª) e outras. Tambem a *reincidencia* só a respeito de alguns crimes é aproveitada como causa de aggravação. Basta-nos pois fazer referencia á parte especial.

A reincidencia, que tanto no direito romano como no direito allemão da edade média e na Carolina (arts. 161 e 162) era apenas reconhecida como aggravante em alguns crimes, e especialmente no furto (o *ter furatus* equiparava-se ao *grassator*), desenvolveu-se e tornou-se uma circumstancia geral no direito commum, cujo fundamento se encontra na doutrina dos Italianos sobre a *consuetudo delinquendi* e a *iteratio delicti*.

A pouco e pouco foram definidas com mais precisão e discriminadas de um modo mais exacto as idéas de reincidencia, habito e concurso de crimes. A maior parte dos cod. dos Estados da Allemanha publicados neste seculo — e tambem o prussiano — admittiram a reincidencia como causa geral de aggravação, mas em particularidades divergiam muito entre si. A legislação estrangeira varia:

A legislação imperial toma a reincidencia em consideração sómente nos casos seguintes: em primeiro logar n. C. p. mesmo, nos arts. 244 e 245 (furto), 250, n. 5 (roubo), 261 (receptação) e 264 (burla). Cons. tambem o art. 362, al. 2.ª. E depois em algumas leis accessorias e principalmente nas aduaneiras e fiscaes. Taes são a lei de 12 de Outubro de 1867 sobre o imposto do sal, art. 12, a lei do 1 de Julho de 1869 sobre a união aduaneira,

arts. 140 a 143, a lei postal de 28 de Outubro de 1871, art. 28, a lei de 31 de Maio de 1872 sobre cervejarias, arts. 33 e 34, a lei de 16 de Julho de 1879 sobre o imposto do fumo, arts. 37 a 39, a lei de 29 de Maio de 1885 sobre o sello, art. 19, a lei de 24 de Junho de 1887 concernente ao imposto sobre o alcool, art. 23, a lei de 12 de Julho de 1887 sobre a margarina, art. 5.°, a lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar, art. 48 (não assim a lei de 11 de Junho de 1870, art. 23, sobre a contrafacção). A estas disposições accrescem as do C. p. mil., arts. 13, 70, 71, 114 e 122 (a).

(a) Os cod. modernos tratam a reincidencia ora como uma causa geral, ora como uma causa especial de aggravação. Adoptam o primeiro systema o cod. francez, o belga, o portuguez, e o segundo o austriaco, o sueco, o hespanhol, o allemão; o italiano adopta ambos. Comquanto a reincidencia, segundo o cod. allemão, seja sómente uma causa de aggravação nos casos especialmente previstos, nada obsta que o juiz a tome em consideração na graduação da pena *ordinaria*. — E' objecto de controversia entre os criminalistas allemães si a reincidencia propriamente dita (em delicto identico ou homogeneo) deve ser tratada pelo legislador como causa de aggravação. Pronunciam-se pela affirmativa v. Wächter, Berner, Hälschner e Olshausen, e em sentido contrario John, H. Meyer, Schütze, Merkel. Este ultimo tira argumento justamente da fraqueza mental, da falta de estimulos e da pequena força de resistencia contra as tentações do crime por parte dos individuos, que constituem o grosso dos delinquentes, para affirmar que em these a reincidencia não se caracterisa como um augmento de culpa. « Falar em maior culpa, diz elle, em face da decadencia da força pessoal e da liberdade de taes individuos não tem sentido razoavel ». O que cumpre é, de um lado, afeiçoar a execução da pena de modo que ella possa modificar as disposições do criminoso e, de outro lado, adoptar medidas de caracter policial que se liguem á pena acommodada á culpa concreta ou mesmo que, conforme as circumstancias, a substituam (*Lehrb.*, p. 258). Seguindo a mesma ordem de idéas, Geyer pondera que « o cumprimento de uma grave pena de prisão actua muitas vezes como circumstancia attenuante; a deca-

## § 70.—Modificação da pena.—II. Attenuação

LITTERATURA. — Morris, *Geschichte und System der mildernden Umstände im deutschen Strafrecht und Prozess*, 1887; Götze, *Die mildernden Umstände*, diss., 1893.

I. — As causas geraes de attenuação que a legislação imperial admitte (1) são: 1.° a adolescencia, 2.° a tentativa e 3.° a cumplicidade por assistencia.

1.° — Com relação á adolescencia (§ 36, I), o C. p. prescreve as seguintes attenuações (2):

*a*) si a pena comminada contra o crime é morte ou reclusão perpetua, a escala penal fica reduzida a encarceramento de tres até quinze annos;

*b*) si a pena é detenção perpetua em fortaleza, a escala fica reduzida á detenção em fortaleza de tres a quinze annos;

*c*) em todos os outros casos a pena a applicar não poderá ser inferior ao minimo nem elevar-se acima da metade do maximo fixado pela lei. Esta regra observa-se tambem nos casos (§ 63, III) em que a multa, applicavel ao adulto, deve ser calculada como multiplo de uma determinada quantia,

---

dencia moral, a fraqueza da vontade, a difficuldade de uma carreira honrosa são as suas consequencias e conduzem ao crime» (H. R., 3.°, 489). — Em dois pontos estas opiniões estão de accordo com as intuições da escola experimental: 1.°, a reincidencia pede a attenção da justiça mais para o criminoso do que para o crime; 2.°, é indeclinavel a necessidade de medidas tendentes a pôr os recidivistas endurecidos em estado de não prejudicar (vêr o proj. suisso, art. 41 e o respectivo commentario). N. do trad.

(1) Sob esta relação a legislação imperial não liga a legislação estadual no campo que a esta é reservado.

(2) Quando a lei admitte circumstancias attenuantes em relação ao crime de que se trata, estas devem ser primeiramente decididas para proceder-se então á reducção da escala penal. Dec. do Trib. do Imp. de 20 de Março de 82, 6.°, 98.

de sorte que n'esta parte regula o minimo fixado no art. 27 do C. p. A reclusão é substituida por encarceramento de egual duração;

*d*) si se trata de um delicto ou de uma contravenção, o tribunal póde applicar nos casos menos graves, a reprehensão;

*e*) o juiz não póde applicar a pena de privação de todos os direitos civicos ou de alguns d'esses direitos nem autorisar a sujeição do condemnado á vigilancia policial.

2.° — Com relação á tentativa, o art. 44 do C. p. dispõe:

Si o crime consumado fôr punido com a pena de morte ou de reclusão perpetua, a tentativa será punida com a de tres annos de reclusão no minimo, e o condemnado poderá, além d'isto, ser posto sob a vigilancia policial. A pena de prisão perpetua em fortaleza será substituida por pena da mesma natureza não inferior a tres annos. Nos outros casos a pena poderá ser reduzida ao quarto do minimo da pena de prisão ou de multa applicavel ao crime ou delicto consumado. Si, em virtude d'esta disposição, a reclusão ficar reduzida a menos de um anno, converter-se-ha esta pena na de encarceramento nos termos do art. 21.

Quando a pena do crime ou do delicto consumado acarreta ou póde acarretar a perda dos direitos civicos ou a sujeição á vigilancia policial essas penas accessorias são egualmente applicaveis á tentativa (C. p., art. 45).

Si um adolescente se faz culpado de tentativa, a pena é primeiramente reduzida nos termos do art. 44 e depois nos termos do art. 57 do C. p. (3).

(3) A escala penal, cujo minimo fôr um anno de reclusão, dá um dia de encarceramento para a tentativa do adolescente. De accordo quanto ao resultado Geyer, 1.°, 174, v. Meyer, 466, Olshausen, § 57, 9. O mesmo procede quanto á cumplicidade do adolescente.

3.°— A pena do cumplice auxiliar determina-se segundo a lei applicavel á acção principal, a que o cumplice prestou scientemente assistencia, mas deve ser reduzida segundo as regras relativas ás penas da tentativa (C. p., art. 49). Tem tambem applicação á cumplicidade o art. 45 do C. p. Si se der cumplicidade em tentativa, cabe uma dupla reducção de pena; mas no caso de cumplicidade cabe uma unica reducção (§ 52, nota 7.ª).

II.— Além d'estas circumstancias geraes, encontramos uma série de causas especiaes de attenuação que concernem a certas infracções. Taes são, no homicidio, a *provocação* resultante de violencias ou offensas graves praticadas pelo adversario, art. 213 do C. p.; na injuria e na offensa physica a *excitação* causada pelo ataque da parte contraria, art. 192 e 232 do C. p.; no perjurio os casos dos arts. 157 e 158 do mesmo Cod., etc. (4). Releva especialmente notar que o legislador imperial, seguindo o exemplo da Prussia e apezar de viva contradicção por parte da sciencia allemã (5), adoptou a instituição franceza das *circumstancias attenuantes* occasionada n'aquelle paiz pela severidade das penas comminadas no respectivo Cod. penal e ali muitas vezes regulada por lei (principalmente pela lei de 28 de Abril de 1832). Assim o legislador imperial admittio com relação a certas infracções no caso de

(4) Ver a parte especial. Quando as circumstancias attenuantes dos arts. 157 e 158 aproveitam ao adolescente, deve-se reduzir primeiramente a escala ordinaria nos termos do art. 57, e assim determinada a *pena incorrida* moderal-a então nos termos dos arts. 157 e 158. Divergem a dec. do Trib. do Imp. de 22 de Nov. de 83, 9.° 245, v. Meyer, 455, e Olshausen, § 157, 4.

(5) Contra esta instituição pronunciam-se entre outros Geib, Köstlin, Häberlin, Schütze, v. Wächter, John, Merkel, Hälschner, Geyer, Morris, Götze. Em sentido contrario Berner, 278, v. Meyer, 467.

occorrerem circumstancias attenuantes — as quaes devem ser verificadas no processo perante o jury e mediante interrogação dos jurados (C. do pr. p., art. 297) — uma escala penal especial e inferior á ordinaria. As mais das vezes manda positivamente que o juiz, quando taes circumstancias occorram, faça uso d'essa escala especial; em outros casos porém (arts. 187, 246, 263, 333 e 340 do C. p., não quanto ao art. 288), embora verifique-se a existencia de circumstancias attenuantes, deixa ao juiz a faculdade de escolher entre a escala ordinaria e a especial.

As «circumstancias attenuantes», que o legislador não individualisou, pódem resultar não só do facto mesmo, como do procedimento anterior ou posterior do agente. N'isto está a differença entre ellas e os «casos menos graves» de que tratam os arts. 57, n. 4, 94 e 96 do C. p. (a).

(a) Como ainda nos crimes graves o minimo da pena fixado pela lei póde ser arbitrario e parecer muito rigoroso em relação á culpa do delinquente em casos dados e em razão de circumstancias extraordinarias, a lei, para obviar este mal, tem a escolher uma d'estas alternativas, não fixar o minimo da pena (systema hollandez) ou autorisar o juiz a reduzir a pena descendo abaixo da medida ordinaria (systema francez). Este ultimo systema *de circumstancias attenuantes*, não definidas nem limitadas, já existente em germen no C. p. francez de 1810, foi desenvolvido pelas leis francezas de 25 de Junho de 1825 e 28 de Abril de 1832; é em substancia o mesmo adoptado pelo C. p. all. Nos casos ordinarios o juiz gradua a pena nos limites da escala ordinaria; nos crimes em que a lei admitte o reconhecimento de circumstancias attenuantes, estas habilitam o juiz a fazer uso de uma escala reduzida ou mesmo a impor um outro genero de pena. Em que se distinguem as circumstancias que influem para a reducção da pena nos casos ordinarios das circumstancias attenuantes que permittem transpor o minimo legal? E' impossivel dizel-o, visto como umas e outras são illimitadas. Merkel observa que não ha divergencia de opinião sobre a necessidade de um *direito extraordinario de attenuação* em face da escala penal

## § 71. — Da conversão

*Conversão* é a substituição de um genero de pena por outro. Faz-se mister, quando razões de facto ou de direito tornam impossivel a applicação do genero de pena de que se trata. A legislação imperial a prescreve nos seguintes casos:

I. — A multa incobravel converte-se em pena de prisão (C. p., arts. 28, 29 e 78; C. do pr. p., arts. 491 e 495).

Segundo o art. 28 do C. p., a multa é substituida:

1.°, regularmente pelo encarceramento;

2.°, pela detenção nas contravenções, bem como (a arbitrio do juiz) nos delictos, quando o facto delictuoso é punido sómente com multa, ou com a multa como pena principal ou alternativamente com a de detenção, uma vez que a multa imposta não exceda a 600 marcos e a pena de detenção que a substitue não vá além de seis semanas;

3.°, pela reclusão. Quando a multa é imposta conjunctamente com a pena de reclusão, o encarceramento que a substitue deve ser convertido em reclusão.

Medida da conversão. Nas multas impostas em razão de um crime ou delicto, qualquer importancia

---

ordinaria; mas critica o systema do C. all. por não ter especificado as circumstancias attenuantes que justificam essa attenuação extraordinaria (H H., 2, 547). — O systema do nosso direito com os seus gráos de penas precisamente tarifadas, o seu minimo legal que em caso algum póde ser transposto, as suas attenuantes definidas e limitadas, as suas regras sobre o concurso e a compensação de attenuantes e aggravantes, é um mechanismo que se pretende justificar porque coarcta o arbitrio do juiz, embora na pratica possa conduzir a resultados absolutamente incompativeis com o sentimento da justiça. N. do trad.

entre 3 e 15 marcos pode equivaler a um dia de prisão; nas multas impostas em razão de uma contravenção, qualquer importancia entre 1 a 15 marcos pode equivaler ao mesmo tempo de prisão.

Limites da pena de prisão que substitue a multa. O minimo é um dia de prisão; o maximo seis semanas quanto á detenção e um anno quanto ao encarceramento. No caso do concurso de infracções (§ 73), o maximo eleva-se a dois annos de encarceramento ou a tres mezes de detenção (C. p., art. 78, al. 2.º). Quando a lei commina alternativamente multa e uma pena de prisão (ou quando occorrem circumstancias attenuantes) e o maximo desta ultima pena é inferior ao acima fixado, a pena substitutiva da multa não pode exceder o maximo da pena de prisão comminada (C. p., art. 29, ult. al.)

O condemnado pode obter a sua soltura, pagando a multa até a concurrencia da quantia que não tiver ainda sido resgatada pela pena de prisão (C. p., art. 28, al. 4).

Não raro encontram-se nas leis accessorias disposições que se afastam destas regras. Ora não admittem em parte a conversão da multa em pena de prisão (lei de 10 de Junho de 1869 sobre o sello de letra, art. 15; lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 24, lei de 29 de Maio de 1885 sobre o sello, art. 36); ora adoptam uma outra medida para a conversão (lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção, art. 81, al. 3.ª as leis aduaneiras, e fiscaes, etc.) Tambem o genero da pena de prisão que deve substituir a multa é muitas vezes determinado de outro modo (lei sobre a industria, art. 146 — sempre encarceramento, e art. 147 — sempre detenção). Ora, o maximo da pena de prisão substitutiva é especialmente determinado, como mostra o art. 60 da lei de 31 de Maio de 1891 sobre o imposto do assucar. No mesmo caso estão

os arts. 50, 69, 77 do C. do pr. p., e os arts. 345 a 355 e 374 do C. do pr. civ. (a).

II. — A conversão de uma pena de prisão em outra pode ser necessaria por causas diversas.

1.° — Sendo o minimo legal da pena de reclusão um anno, a conversão da reclusão em encarceramento faz-se necessaria, quando nos casos dos arts. 44, 49, 157 e 158 do C. p., em razão da applicação da escala especial, a pena de reclusão desce abaixo de um anno.

Quando forma-se a pena collectiva nos termos do art. 74, accrescentando-se á pena de reclusão as demais penas reduzidas (§ 73), as penas de encarceramento são convertidas em reclusão.

3.° — Quando é pronunciada a pena de reclusão conjunctamente com uma multa, a pena de encarceramento substitutiva desta deve ser convertida em reclusão.

A medida da conversão em todos estes tres casos é a seguinte (C. p. art. 21): oito mezes de reclusão equivalem a um anno de encarceramento; oito mezes de encarceramento equivalem a um anno de prisão em fortaleza.

III. — Excepcionalmente encontra-se ainda a conversão do confisco em multa. Vêr por ex. o art. 4 da lei de 29 de Julho de 1884 (b).

---

(a) A multa é cobrada, quando o réo não a paga voluntariamente, segundo as disposições concernentes á execução das sentenças civis. No caso de insolvabilidade dá-se a conversão em prisão. Si a pena substitutiva da multa já não estiver determinada na sentença, o tribunal de 1ª instancia pronunciará a conversão (vêr os arts. 491, 494, 495 do C. do pr. p. e o art. 644 do C. da pr. c. da All.) N. do trad.

(b) O confisco obtem assim, de facto, o caracter de pena que juridicamente não tem (§ 58, nota 4ª). Não estão no mesmo caso as disposições (por ex., C. p. art. 355, lei sobre a imprensa, art. 16), segundo as quaes pode ser decretado, em vez do confisco, o pagamento do valor do objecto sujeito a confisco.

## § 72. — Da computação na pena incorrida

LITTERATURA. — Quanto ao n. III, Geyer, G S., 26.°, 321; Kronnecker, G S., 41.°, 102; Hess, *Die Ehre und die Beleidigung* des § 185, 1891 (appenso); Beling, *Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen*, 1.ª parte, desenvolvimento historico até o seculo XVII, 1893.

A computação póde ter logar nos seguintes casos:

I. — A *prisão preventiva* póde ser considerada como cumprimento de pena e, por occasião do julgamento, ser computada, no todo ou em parte, na pena pronunciada (esta deve ser declarada na sua integridade na sentença). — C. p., art. 60. A computação é admissivel nas penas de prisão e de multa, não na de reprehensão ou de morte, nem tambem nas penas accessorias (1). O resultado da computação póde ser que o resto da pena pronunciada desça abaixo do minimo do genero de pena de que se trata; neste caso não tem logar a conversão.

II. — A pena executada no estrangeiro, si sobrevier nova condemnação pelo mesmo facto no territorio do Imperio da Allemanha, deve ser computada na pena que fôr pronunciada (C. p., art. 7, comp. com os arts. 3 e 4). O que se disse acima sobre o resultado da computação e os casos em que ella é admissivel tem tambem applicação a esta segunda hypothese.

---

(1) Berner, 285, v. Meyer, 474, Olshausen, § 60, 8.º, admittem a computação nas penas accessorias, e Berner, 285 e v. Meyer tambem na reprehensão. A computação no confisco é inadmissivel, porque este não é pena (§ 58, nota 4). — Não é necessario que a prisão preventiva não tenha sido devida á culpa.

III. — Retorsão ou compensação (2), C. p., art. 199 e 233. Quando o offendido responde a offensas physicas leves com outras taes, ou a injurias com offensas physicas leves, ou a estas com aquellas, em acto continuo (isto é, emquanto dura a emoção causada pelo insulto), o juiz póde em relação a ambos os accusados ou em relação a um delles, pronunciar uma pena mais branda, quanto ao genero ou quanto ao gráo, ou ainda isentar de pena ambos ou sómente um delles. Quando a injuria recebida é respondida em acto continuo com outra injuria (C. p., art. 199), não é permittido ao juiz moderar a pena, mas póde declarar isentos de pena ambos os offensores ou sómente um delles.

Trata-se nesta parte de uma ampliação das faculdades conferidas ao juiz na graduação da pena, ampliação que vae até o ponto de permittir-se a conversão da pena e mesmo a isenção della. O juiz deve estar habilitado a apreciar plenamente, de um lado, a excitação produzida no individuo aggredido em primeiro logar, e de outro, o facto de se ter elle já desaffrontado. Isto mostra que o exercicio da attribuição conferida ao juiz pelos arts. 199 e 233 presuppõe acções puniveis da parte de ambos os contendores; portanto, si o caso é de *absolvição*, ainda que sómente de uma das partes,

(2) A edade média allemã não ignorou a compensação, mas foi a sciencia da Italia medieval que a desenvolveu. Löning, Z., 5.°, 573, Günther, *Wiedervergeltung*, 1.°, 214. O direito commum admittia ainda em outros casos (por ex., no adulterio) o *beneficium retorsionis*, que concebia como vingança privada (Koch); cons. Günther, 2.°, 22. Contra a retorsão, Feuerbach, v. Wächter e outros. A verdadeira concepção é defendida por Binding, *Normen*, 1.°, 32 (2.ª ed.) (a).

(a) Binding qualifica de anomalia a isenção de pena facultada á retorsão nas injurias e nas offensas physicas leves, e nisto vê uma reminiscencia do tempo em que tocava ao vingador punir. N. do trad.

está fóra de questão a compensação. Esta porém — bem como no caso em que a prisão preventiva soffrida pelo condemnado absorve toda a pena pronunciada — póde dar logar a uma « declaração de isenção de pena » baseada na sentença condemnatoria. Deve-se especialmente affirmar que a applicação dos arts. 199 e 233 é inadmissivel, quando, por falta de illegalidade, deixa de ser punivel a acção de uma das partes. A compensação é tambem impossivel, quando em relação a algum dos agentes, se dá uma circumstancia pessoal que exclue a pena (3).

## § 73. — Da pena applicavel no concurso de infracções

### (Concurso real)

Litteratura. — Cons. as monographias mencionadas no § 57, e Katz, G S., 36.°, 576, Riffel, G S., 37.°, 470, 40.°, 27 ; Brunner, 2.°, 241.

I. — Quando são sujeitas a julgamento varias infracções entre si independentes, commettidas pelo mesmo individuo, da independencia das acções seguir-se-hia logicamente a *independencia das penas correspondentes;* estas deveriam ser executadas em sua totalidade simultanea ou successivamente. Mas — assim como no tempo em que predominava a pena de morte, era impossivel executar varias penas

(3) De accôrdo com relação ao art. 11 do C. p. (acima, p. 177), a dec. do Trib do Imp. de 5 de Março de 81, 4.ª, 14, Olshausen, § 11, 5, Hälschner, 2.°, 214, Fuld. G. S., 35, 533. *Contrà*, Binding, 676, nota 14, v. Meyer, 170 Zimmermann, G. A., 31.°, 197, 32.°, 313, Kronnecker, G. S., 41.°, 23, Seidler, *Immunität*, 84, 91.

desta natureza no mesmo individuo a não ser de um modo symbolico — o predominio das penas de prisão no direito moderno obriga o legislador a largos desvios do principio da *accumulação* das penas incorridas em razão de diversos delictos. A gravidade da pena de prisão augmenta com a duração da prisão; si, dado o concurso de infracções, a execução deve inflingir ao condemnado um mal correspondente á somma real dos males que resultam das diversas penas, é necessario tomar á execução em relação á extensão o que ella ganha em gravidade pelo accumulo. Somos assim levados a pedir a *moderação do principio do accumulo* no caso do concurso de infracções, moderação sómente apparente, porquanto na verdade vem a ser o restabelecimento do primitivo equilibrio entre a acção singular e a pena correspondente; moderação, que é sómente adequada onde e quando o accumulo perturba esse primitivo equilibrio. Este é o pensamento fundamental que se contém nos arts. 74 e seg. do C. p. imp.

II. — A *pena collectiva* é a fórma que no C. p. serve de expressão á moderação do principio do accumulo. Mas a pena collectiva só tem applicação, quando o agente *incorre em varias penas temporarias de prisão por varios crimes ou delictos* (homogeneos ou heterogeneos); pois sómente em taes casos, segundo a intenção do legislador, a execução integral das diversas penas importa a aggravação por elle não admittida de cada uma dellas.

A pena collectiva consiste na elevação da pena mais grave em que o agente incorre. São primeiramente fixadas todas as penas singulares. A mais grave dellas (segundo a duração, si todas são do mesmo genero, ou segundo o genero no caso contrario), vem a ser a *pena fundamental*, que é conservada na sua totalidade; as demais penas são

relativamente diminuidas e accrescentadas áquella (1). A pena collectiva não póde attingir á somma total das penas incorridas, nem exceder 15 annos de reclusão, 10 de encarceramento ou 15 de prisão em fortaleza (C. p., art. 74). Apezar do modo por que a pena collectiva se fórma, deve ella ser considerada como uma só pena, sobretudo em relação á prescripção (a).

III. — A pena collectiva não tem applicação ao concurso de contravenções ou ao de contravenções com crimes ou delictos; tambem não tem applicação, quando não concorrem penas de prisão temporaria entre si, mas penas desta natureza com outras ou de outras entre si. Isto procede principalmente, quando concorrem penas de prisão perpetua ou varias penas de morte, ou uma pena de morte com uma pena de prisão. Taes penas devem ser sim-

---

(1) No caso do art. 79 do C. p., impõe-se uma pena addicional (b).

(a) O art. 74 do C. p. all., diz Olshausen, não individualisou o processo pelo qual se fórma a pena collectiva, indicou apenas o resultado: a pena collectiva deve ser *superior* á pena singular mais grave em que o delinquente tenha incorrido. Pouco importa que o resultado seja obtido, elevando-se a pena fundamental de modo que fique abaixo da somma das penas singulares, ou que a somma destas seja reduzida de modo a ficar acima da importancia da pena fundamental. E' tambem indifferente que se ache a pena collectiva, ou porque se eleve exclusivamente a pena fundamental, ou porque se moderem as demais penas singulares e sejam, assim reduzidas, accrescentadas á pena fundamental. Este ultimo processo é o preferido pelo Trib. do Imp. (§ 74, n. 11). N. do trad.

(b) O art. 79 do C. p. all. refere-se ao caso em que, antes de cumprida, perdoada ou prescripta a pena imposta por sentença, o réo é de novo condemnado por um crime praticado antes do primeiro julgamento. Neste caso applica-se uma pena denominada *addicional* ou complementar (*Zusatzstrafe*) que deve ser graduada segundo as regras da *pena collectiva*. N. do trad.

plesmente pronunciadas, uma após outra (2). Mas ainda nestes casos o principio do accumulo não é rigorosamente observado.

1.° — As multas incorridas em rasão de varias infracções, quer como pena unica, quer conjunctamente com uma pena de prisão, devem ser, na verdade, pronunciadas em sua totalidade, mas no caso de conversão em prisão, o maximo desta não pode exceder a dois annos de encarceramento, ou, si as multas tiverem sido pronunciadas em razão de contravenções, a tres mezes de detenção (3) (C. p., art. 78; vêr o art. 29).

2.° — A perda dos direitos civicos e a sujeição á vigilancia policial podem ou devem ser pronunciadas conjunctamente com a pena collectiva, quando taes penas accessorias podem ou devem ser pronunciadas conjunctamente com algumas das penas incorridas (4) (C. p., art. 76); mas nesta hypothese o maximo das mesmas penas accessorias prefixado pela lei não pode ser excedido.

IV. — O principio da pena collectiva soffre tambem importantes limitações no tocante ás penas de prisão temporaria.

---

(2) Neste sentido a praxe da Prussia e da Baviera, v. Meyer, 502; Olshausen, § 74, 4, Schütze, 199 e Z., 3.°, 93; *contrà*, Berner, 294; Hälschner, 1.°, 688, Lönning, 88, Merkel, 266, v. Wächter, 285, Thomsen, G. S., 31.°, 327, Seuffert, C. p., 1.°, 25, bem como a praxe austriaca.

(3) Este limite deve ser observado, ainda que as diversas multas sejam impostas em razão de delictos, e excepcionalmente (acima § 71) devam ser convertidas em detenção. Neste sentido as dec. do Trib. do Imp. de 27 de Janeiro de 1882, 5.°, 372, e 2 de Janeiro de 1883, 7.°, 368.

(4) E, pois, só pode ser pronunciada a perda dos direitos civicos conjunctamente com o encarceramento nos termos do art. 32 do C. p., quando uma das penas singulares attingir tres mezes.

1.º — Concorrendo uma pena de detenção com outra pena de prisão, aquella é pronunciada separadamente. Quando o delinquente incorrer muitas vezes em penas de detenção, as diversas penas sommam-se, comtanto que o total não exceda a tres mezes (§ 77).

2.º — Concorrendo a pena de prisão em fortaleza com a de encarceramento, cada uma dellas será pronunciada separadamente. Quando o agente incorrer muitas vezes na de prisão em fortaleza ou na de encarceramento, as penas da mesma natureza se applicarão, como si tivessem sido incorridas separadamente (c), mas neste caso a duração total das penas não poderá exceder a 15 annos.

V. — Disposições anormaes encontram-se frequentemente nas leis accessorias. Cons. por ex. a lei de 4 de Julho de 1868 sobre o malte, art. 35, a lei sobre a industria, art. 150 e outras. E' singular a disposição da lei de 3 de Julho de 1878 sobre o sello de cartas de jogar, que em varias de suas comminações mede a pena pelo numero de baralhos obtidos, utilisados ou postos á venda, ao passo que a lei imperial do 1.º de Julho de 1881 sobre o sello regula a multa de modo que ella importe, pelo menos, em 20 marcos por cada papel sujeito ao sello. Segundo o artigo 249 do Cod. Com., recae a multa de 10 a 30 marcos sobre cada acção (de companhia) que tenha sido illegalmente utilisada para o exercicio do direito de voto. O art. 33 da

(c) Isto é, forma-se de cada um dos grupos de penas homogeneas uma pena collectiva e accumulam-se as duas penas collectivas. — A razão destes desvios, explica Merkel, é que « nos generos de penas graves e nas de média gravidade oppõem-se á accumulação limites naturaes, e dentro desses limites razões do conveniencia que não prevalecem nos generos de penas leves ». N. do trad.

lei de 24 de Junho de 1887 sobre o alcool dispõe: « Dando-se varias ou repetidas infracções desta lei, que estejam sómente sujeitas a penas *de ordem, si as infracções forem da mesma natureza e tiverem sido descobertas ao mesmo tempo*, essas penas serão fixadas em uma unica somma. » Eguaes disposições encontram-se em outras leis sobre impostos.

# IV.—DA EXTINCÇÃO DO DIREITO DO ESTADO Á PENA

## § 74. — Das circumstancias extinctivas de pena em geral

LITTERATURA. — Binding, 1,°, 808; Pernice, *Labeo*, 2.°, 47; Hinschius, *Kirchenrecht*, 4.°, 958. — Ao n. II, Geyer, G A., 13.°, 161; Walther, G S., 19.°, 268; Lüder, G S., 29.°, 401; Kronnecker, G A., 28.°, 20; Stoos, *Vermögensstrafen*, 1878; Ortloff, G A., 23.°, 209. — Ao n. III, Fornet, G S., 12.°, Geyer, G S., 21.°, 1 (*Kl. Schriften*, 318); Binding, na Revista Grünhut, 2.°, 686; Lammasch, *Diebstahl und Beleidigung*, 1893, p. 34; Thomsen, *Bekämpfungsmethoden*, 63; Stoos, *Grundzüge*, 2.°, 83. Assembléa da U. int. de dir. p. em Christiania, 1891. Especialmente Herzog, *Rücktritt vom Versuch*, 1889.

I. — Circumstancias extinctivas de pena são as que occorrem depois da pratica de uma acção punivel e a que a lei liga o effeito de anniquilar o direito á pena já originado. N'isto está a distincção entre ellas e as circumstancias que excluem a pena, porquanto estas impedem que se origine o direito de punir (§ 43, II). O caracter das circumstancias de que agora nos occupamos manifesta-se do modo mais claro no cumprimento da pena, poisque esta apresenta-se como satisfação e consequentemente como extincção do direito. Actuam sómente a respeito das pessoas a que concernem, sem derimir a criminalidade do facto. Quando a acção penal extingue-se por actos processuaes, como a conciliação no processo

assim chamado (a), a desistencia da queixa offerecida ou da accusação privada, a decisão com força de cousa julgada sobre a pretensão deduzida em juizo etc., a exposição de taes circumstancias pertence, sem duvida, ao direito penal processual. De ordinario mencionam-se como circumstancias extinctivas de pena que pertencem ao direito penal material: 1.° a morte do culpado; 2.° o arrependimento efficaz; 3.° a graça; 4.° a prescripção. Destas circumstancias sómente as duas ultimas podem ser consideradas geraes, porquanto ao arrependimento efficaz só por excepção a nossa legislação liga o effeito de anniquilar a pena, e a morte do culpado não pertence ao numero das circumstancias extinctivas de pena, e sim ao numero daquelles que excluem para sempre o processo e a execução (1).

II. — A natureza eminentemente pessoal do direito á pena resulta dos fins desta. Ao passo que não repugnava ao direito romano ulterior, bem como ao direito medieval e ao direito commum, processar o morto e levar o processo até a execução no cadaver ou em effigie, ao passo que a sciencia e a legislação do periodo philosophico admittiam ainda que se affixasse o nome do morto na forca ou no pelourinho (Cod. josephino de 1787, art. 1.°), a morte do culpado, segundo a nossa concepção actual,

---

(a) *Sühneverfahren*. O art. 420 do C. do pr. p. all. dispõe: «fora dos casos previstos no art. 196 do C. p., a accusação privada por delicto de injurias só será admissivel, quando tiver sido precedida da tentativa de *conciliação* perante uma autoridade encarregada desta missão e designada, em cada Estado de Federação, pela administração da justiça..... Esta disposição não é porém applicavel ás partes que não morarem na mesma communa». N. do trad.

(1) Na lei de 6 de Fevereiro de 1871 sobre o estado civil encontra-se uma circumstancia extinctiva de pena inteiramente especial. Vêr a parte especial.

obsta todo procedimento tanto em relação á investigação como em relação á execução (b). Só se pode dizer extincto o direito de punir em razão da morte do culpado, quando a morte torna impossivel a execução; mas tal impossibilidade não se dá em relação ás penas pecuniarias impostas por sentenças que passaram em julgado. E' pois sómente do fim da pena que se pode derivar o caracter eminentemente pessoal do direito de punir e assim se justifica a exigencia de que a pena só recaia sobre a pessoa do culpado. Como o direito actual adopta em geral esta concepção, não é digna de approvação a excepção que lhe abre o C. p. no seu art. 30, permittindo a execução de multas sobre o espolio do condemnado, comtanto que a sentença tenha passado em julgado durante a vida deste (2) (c).

---

(b) No seu *Cod. crim.* (art. 61) o illustre M. Freire prohibia o processo contra os mortos, sem exceptuar os crimes de lesa-majestade divina e humana, o duello e outros geralmente exceptuados pelos criminalistas. « Prescindindo da justiça do procedimento, diz o commentario, a averiguação do delicto e do delinquente, pelo que toca ao morto, parece não poder ter outro objecto mais do que a utilidade do fisco, pela confiscação dos bens, e quando estas penas fiscaes tenham logar nos delictos, o publico deve sempre mostrar que os não castiga por semelhante causa ». N. do trad.

(2) Egualmente a l. 20, D. 48, 2, o direito commum e a maior parte das leis novas. A grande maioria dos criminalistas tem-se pronunciado contra a disposição do art. 30. A favor della v. Wächter, 300, Weissmann, *Hauptintervention*, 1884, p. 43, nota 3.ª, Nissen, *Einziehung*, 9, Bierling, Z., 10.°, 279 e outros. Cons. Oetker, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, 1.°, 1891, p. 162.

(c) Segundo os motivos do C. p. da All. do Norte, a divida pecuniaria proveniente da multa não pode gozar de uma isenção não concedida a outras dividas da mesma natureza. « A questão é porém saber, responde Heinze (H H., 2, 592), si, depois da morte do culpado, existe ainda um devedor: deve-se sustentar que não, porquanto a divida do crime, cujo valor só a pena mede, não pode ser transmit-

III. — O chamado *arrependimento efficaz* que no tempo do direito commum (o direito saxonio de 1572, 4.°, 16, o prussiano de 1685 e os de outros Estados) não raro impedia a applicação da pena ordinaria, só excepcionalmente e com distincções inteiramente arbitrarias a nossa legislação converte em circumstancia extinctiva de pena. Em taes casos o legislador quer deixar franca ao delinquente a possibilidade da retirada e assim pôr o bem ameaçado a salvo de offensa em geral ou de maior offensa. A esta categoria pertencem, além da desistencia da tentativa de que já tratámos: 1.° a retratação do falso depoimento culposamente dado, art. 163 do C. p.; 2.° a desistencia do duello, art. 204; 3.° a extincção, em tempo, do fogo posto, art. 310; 4.° o denunciar, em tempo, o crime projectado, art. 5.°, al. 3 da lei sobre a espionagem de 3 de Julho de 1893 (d). A legislação imperial nega, porém, o mesmo effeito á reparação do damno ou á restituição da cousa subtrahida nos crimes contra a propriedade, effeito que aliás outras legislações (o cod. austriaco de 1852, o saxonio de 1868, bem como os projectos austriacos) lhe dão de um modo digno de attenção. O arrependimento efficaz não pode pois ter a importancia de uma circumstancia geral extinctiva de pena.

## § 75. — Da graça

LITTERATURA. — Lüder, *Das Souveranitätsrecht der Begnadigung*, 1860; v. Arnold, *Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechtes*, 1860; Heinze, H H, 2.°, 629;

---

tida por herança». — De accordo com o direito allemão nesta parte o direito francez (Garraud, *Dr. Crim.*, p. 316), o cod. hung., art. 53; em sentido contrario o cod. ital., art. 85, o hol., art. 75, o braz., art. 72. N. do trad.

(d) Vêr os arts. 119 e 263 do C. p. braz. N. do trad.

Vasalli, *Kritische Untersuchungen über das Begnadigungsrecht*, 1867; Löb, *Begnadigungsrecht*, 1881; Elsas, *Ueber das Begnadigungsrecht*, 1888; Seuffert, W V., 1.°, 147; o mesmo, Cod. p., 1.°, 65; Laband, *Staatsrecht*, 2.°, 479; Löwe, *Kommentar zur St. V O.* — Sobre o perdão dado a ministros, Brie, W V., 2.°, 496; Binding, 1.°, 860; Hälschner, 1.°, 722; v. Jagemann, H G., 1.°, 106. — J. Merkel, *Die Begnadigungskompetenz im römischen Strafprozesse*, 1881; Löning, Z., 5.°, 227 (direito allemão da edade média).

I. — Graça é a abolição dos effeitos da pena por acto do poder publico; é, portanto, renuncia do direito á pena já originado por parte de quem delle está investido. Como «emenda da propria justiça», como «valvula de segurança do direito» (v. Ihering), a graça deve servir para attender ás exigencias da equidade em face das disposições genericas e rigidas do direito (sempre a favor do condemnado, nunca contra elle); e póde servir para corrigir o erro do juiz (real ou supposto) ou para que a politica triumphe á custa do direito.

Neste sentido a graça é extranha ao antigo direito romano e á edade média allemã; a *Thaidigung* entre o offendido e o offensor, bem como a *Ledigung* em juizo (a conciliação judiciaria e a extrajudiciaria, p. 27) tinham a natureza de uma renuncia de direito privado e o «julgar segundo graça» (p. 414) referia-se á medição da pena. E si era poupada a vida ao enforcado, quando a corda se partia, ou si o condemnado á morte era deixado á virgem, que o queria para marido, não se póde vêr nessas usanças uma conciliação do direito e da equidade.

O direito de graça porém desenvolveu-se no direito romano do periodo imperial, e assim, com a recepção do direito romano, passou para a Allemanha. Nos seculos XVI e XVII é reclamado como regalia do soberano e vae sendo, mais e mais, tratado segundo pontos de vista do direito publico,

Vivamente, mas debalde, o impugnaram os escriptores do periodo philosophico, desde Beccaria e Filangieri (não assim Montesquieu) até Kant e Feuerbach. Em França foi abolido em 1791, mas restabelecido em 1801. Presentemente o direito de graça, como prerogativa da corôa, quasi que não é posto em duvida na sciencia allemã (diversamente Garofalo, Lombroso e outros), comquanto se deva conceder que é possivel e desejavel uma regulamentação mais conveniente do seu exercicio por disposições de direito (a).

II. — A graça é abolição dos effeitos juridicos do crime, mas não é abolição da acção delictuosa que foi praticada; esta póde pois ser tomada posteriormente em consideração, especialmente como fundamento da reincidencia (cons. os arts. 245, 250 n. 5, 261 e 264 do C. p.). A graça extingue sómente os effeitos da pena, mas não a obrigação civil da reparação e da satisfação, pelo que tambem

(a) E' controvertido entre os publicistas e criminalistas allemães qual a natureza juridica do instituto em questão. As principaes opiniões reduzem-se a estas: 1.° a graça é um acto de legislação, uma *lex specialis* (doutrina outr'ora generalisada, que já só encontra na *Pratica* de Carpsov, e ainda modernamente é representada por Heinze, Schütze etc.); 2.° é um acto judiciario, uma sentença (Loeb); 3.° é a renuncia do direito á pena, isto é, da acção penal ou da execução da pena (Binding); 4.° é um acto de governo, uma ordem soberana que intervem na marcha regrada da administração da justiça para impedir o processo criminal ou a execução da pena imposta por sentença. Esta ultima doutrina, que vê na graça um acto politico, «no qual desapparece a divisão das funcções publicas em legislação, justiça e administração», é defendida por Laband (*Staatsrecht*, 2, 479) e della se aproxima a do autor; mas a definição deste é calculadamente mais restricta para comprehender sómente o perdão propriamente dito, isto é, a commutação ou a remissão total ou parcial de pena, e não a *abolição*, isto é, a exclusão do processo criminal. N. do trad.

não affecta a multa privada. Póde eliminar os effeitos da pena no todo ou em parte, e portanto comprehende não só a remissão e a attenuação da pena, senão tambem a commutação desta. Assim a graça póde substituir o genero de pena em que o delinquente incorreu por um outro (mais brando), e neste caso o maximo legal desse genero de pena póde ser excedido. São porém inadmissiveis penas que (por ex., os castigos corporaes) não figuram na penalidade da legislação imperial. A pena principal póde ser substituida por uma pena accessoria (por ex., a vigilancia policial); é tambem possivel a remissão da pena accessoria sem remissão da principal. Póde pois ser remettida a privação dos direitos civicos (a denominada restituição, cons. o § 66, nota 3.ª), mas não podem ser abolidos os effeitos que affectam a honra e decorrem da sentença condemnatoria de pleno direito. Medidas administrativas, como a collocação em um estabelecimento de educação ou correccional, não são affectadas pela graça.

A' graça propriamente dita ou renuncia da pena imposta por sentença que passou em julgado (perdão) contrapõe-se a *abolição* ou exclusão do processo criminal, isto é, a renuncia do direito á pena ainda não verificado e talvez não existente; instituição por isso mesmo condemnavel (b).

III. — O direito de graça pertence exclusivamente (ainda à respeito dos crimes, cuja punição depende de queixa ou de accusação privada) ao Estado, isto é, ora ao Imperio da Allemanha, que o exerce por intermedio do Imperador, ora aos Estados

(b) Como medida geral, a abolição chama-se *amnistia*, que muitas vezes produz tambem os effeitos do *perdão*. A *abolição*, como medida individual depois de iniciado o processo, difficilmente se justifica; não assim porem a amnistia. Que o diga a agitada historia das republicas americanas! N. do trad.

da federação allemã que o exercem por intermedio dos seus respectivos chefes (ou pelos senados de Breme, Hamburgo e Lubeck) (1).

1.° — Ao Imperador cabe o direito de graça (não o de abolição) nos seguintes casos (c):

*a*) Segundo o art. 484 do C. do pr. p., nas causas julgadas em primeira e ultima instancia pelo Tribunal do Imperio (cons. o art. 136, n. 1, do Cod. de org. jud.). A este numero não só pertencem a alta traição e a traição contra o Imperador e contra o Imperio, como os crimes a estes connexos; pertencem tambem a tentativa e a cumplicidade, mas não—si abstrahirmos do caso de connexão — o favorecimento e a omissão de denuncia.

*b*) Segundo o art. 42 da lei de 10 de Julho de 1879 sobre a jurisdicção consular, nas causas que o consul ou o tribunal consular julga em primeira instancia. O art. 2 da lei de 19 de Maio de 1888 fez extensiva esta disposição ás decisões dos tribunaes dos territorios sob o protectorado allemão.

*c*) Segundo o art. 3 da lei de 9 de Junho de 1871, concernente á annexação da Alsacia-Lorena, ao Imperio da Allemanha nas causas julgadas em primeira instancia pelos tribunaes da Alsacia-Lorena.

*d*) Nas causas julgadas pelos tribunaes de marinha, bem como a respeito das decisões em materia

---

(1) Disposições especiaes encontram-se nos arts. 22 e 23 da convenção aduaneira entre a Austria e a Allemanha de 6 de Dezembro de 1891.

(c) A constituição do Imperio da Allemanha não faz menção do direito de agraciar. Assim esse direito só existe para o Imperio em virtude de leis especiaes e sómente nos casos, para os quaes as disposições legaes foram decretadas. Como taes leis só mencionam o perdão propriamente dito, segue-se que a abolição não é admissivel nas causas sujeitas exclusivamente á justiça imperial (Laband, l. c.). N. do trad.

penal emanadas de autoridades que pertencem á administração imperial (2) (d).

2.° — Em todos os outros casos os Estados é que estão investidos do direito de punir e portanto do de agraciar. Na maior parte delles disposições constitucionaes têm limitado ou supprimido a *abolição* (3) (e), e em muitos casos — especialmente nos

---

(2) O que não comprehende a jurisdicção sobre presos, segundo a ordenança de 15 de Fev. de 1889, pois não se trata ahi de processo penal.

(d) Isto é, nas causas disciplinares dos funccionarios imperiaes. N. do trad.

(3) Cons. especialmente Siebenhaar, Z., 8.°, 465. Tem sido muitas vezes affirmado que a legislação sobre a justiça revogou (implicitamente) a abolição. Neste sentido John, *Komm. zur St. P O*, 1.°, 108; Jastrow, G S. 34, 532, v. Kries, 104 (quanto aos crimes qualificados por lei imperial), Löning, 82, Stenglein, *Lehrbuch des Strafprozesses*, 18, Bennecke, 39, nota 14; em sentido contrario e com razão a opinião commum. Além dos escriptores de direito publico (Arndt, Bornhak, Laband, v. Rönne, Schultze), especialmente Siebenhaar, Z., 8.°, 484. Elsas, 96, considera impossivel a abolição, desde que o tribunal tenha resolvido iniciar o processo plenario (e).

(e) Os que entendem ter sido implicitamente revogada a *abolição* nos Estados fundam-se, de um lado, no art. 16 do C. de org. jud. («ninguem póde ser subtrahido ao seu juiz natural») e no dever que o art. 152 do Cod. do pr. p. impõe ao ministerio publico de promover o processo criminal (Jastrow); e, de outro lado, em que a abolição não foi comprehendida no direito de agraciar conferido ao Imperio (John). Estes fundamentos não são, na verdade, solidos. Laband (l. c.) responde que do facto de não ter sido conferido o direito de abolição ao Imperio não se conclue que elle tenha sido supprimido nos Estados. Do citado art. 152 segue-se sómente que os agentes do ministerio publico não tem o direito de abolição. O art. 16 do Cod. de org. jud. não se refere ao direito de graça, e sómente prohibe as justiças de excepção. Quanto á opinião de Elsas, mencionada na nota acima, ella desconhece a differença essencial entre a graça e uma ordem administrativa ordinaria: a primeira é um *veto*

de responsabilidade ministerial (§ 58, nota 10), o direito de graça só póde ser exercido dadas certas condições.

3.° — O direito de agraciar a individuos militarmente condemnados compete ao chefe do exercito; mas varios governos dos Estados da Allemanha em tratados militares concluidos com a Prussia têm reservado para si o direito de agraciar os seus subdictos militarmente condemnados por crimes não militares.

O C. p. imp. não se oppõe a que seja delegado o exercicio do direito de agraciar (4).

IV. — Dando-se concurso entre diversos chefes de Estado quanto ao exercicio do direito de agraciar, cumpre partir, para a solução do conflicto, deste principio: no tocante á origem e á effectividade do direito á pena os Estados da Allemanha estão entre si na mesma relação em que se acham os tribunaes de um mesmo Estado. Este principio é a idéa fundamental da actual organisação judiciaria da Allemanha.

1.° — Si existe sentença passada em julgado, o direito de agraciar pertence ao Estado, cuja justiça julgou em primeira instancia.

---

contra o curso da lei e do direito», ao passo que a segunda é um acto habitual *infra legem* ou *secundum legem*. — Entre nós, o direito de amnistiar pertence absoluto e privadamente ao congresso nacional (art. 34. § 27, da Const.). N. do trad.

(4) Cons. a lei imperial de 4 de Julho de 1879, pela qual o imperador foi autorisado a delegar o exercicio desse direito ao governador da Alsacia-Lorena, e a ordenança de 28 de Setembro de 1885 que delega ao governador a attribuição de remittir multas e de conceder a rehabilitação. Cons. tambem quanto á Prussia o decreto de 15 de Dezembro de 1881, segundo o qual o ministro da agricultura póde remittir pequenas multas até 30 marcos nas contravenções florestaes.

2.° — Si tribunaes de varios Estados são egualmente competentes para conhecer de uma acção delictuosa, o direito de abolição pertence exclusivamente ao Estado, cuja justiça iniciou o processo nos termos do art. 12 do C. do pr. p. (5). A abolição decretada em outro Estado não tem efficacia juridica.

3.° — Si um tribunal reune varias causas connexas (C. do pr. p., art. 4 e 13), firma-se, desde o momento da juncção, o direito de abolição com relação a essas causas a favor do Estado, a que o dito tribunal pertence. A abolição concedida por um outro Estado é inefficaz. Si as causas são posteriormente separadas, resurge o direito de abolição dos outros Estados (6).

## § 76. — Da prescripção em geral

LITTERATURA. — Dambach, *Beiträge zur Lehre von der Kriminalverjährung*, 1860; Abegg, *Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen*, 1862; Schwartze, *Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafrecht*, 1867; Heinze, HH, 2.°, 595, v. Risch, GS, 36.°, 241 e 7., 9.° 255; Binding, 1.°, 816; Hälschner, 1.°, 693; Koopman, *Die Verjährung im Strafrecht*, diss.; 1888; Rindfleisch, *Die Verjährung der Strafvollstreckung*, diss., 1892; Gantier, *Schweitzer Zeitschrift*, 1.°, 443; Zerlioglio, *Della prescrizione penale, studio giuridico*, 1893; Bühler, *Die Verjährung im Strafrecht mit besondrer Berücksichtigung der Schweizerischen Strafgesetze*, diss., 1873.

I. — Si o lapso de um certo numero de annos extingue o direito civil ou os effeitos juridicos de uma acção delictuosa, não se deve pro-

(5) Subentende-se: uma vez que o direito estadual permitta a abolição.

(6) E' questão muito discutida. Quanto ao mais cons. v. Kries, 97.

curar a razão de ser e ao mesmo tempo a justificação intima deste phenomeno em um *força mysteriosa do tempo*, productora ou anniquiladora do direito, mas na mesma ordem juridica que, não tendo por missão a observancia rigorosamente logica de principios geraes, e sim a realisação de fins praticos, toma em consideração o *poder dos factos*. Bem podemos imaginar que o autor da mais insignificante contravenção seja processado e punido ainda depois de uma geração; mas o effeito que neste caso a pena visaria em relação ao offensor, ao offendido e a todas as demais pessoas, estaria fóra de toda proporção com as difficuldades e incertesas, que suscitaria a verificação dos factos, e com a intervenção perturbadora nas novas relações que se estabeleceram, e se estenderam e consolidaram. (1)

Assim, com toda a razão, a actual legislação penal considera absolutamente a prescripção como uma circumstancia extinctiva de pena. Além da prescripção da pena em que o agente incorreu, mas que não lhe foi ainda imposta por sentença irrevogavel (a denominada *prescripção da acção*), admitte tambem a prescripção da pena pronunciada por sentença que transitou em julgado (a denominada *prescripção da execução*). C. p., art. 66. (2)

II.— Sob uma e outra forma a prescripção é circumstancia extinctiva de pena. Não só impede o processo, senão tambem extingue o direito de punir. Como prescripção do *direito*, e não como mera

---

(1) A doutrina do texto é aceita em substancia por Berner, Hälschner, v. Meyer, v. Risch, bem como recentemente por Koopmann, Rindfleisch e Bühler. *Contrà*, especialmente Binding, 1º, 823 (esquece elle completamente que as duas especies de prescripção baseam-se na mesma idéa fundamental).

(2) Contra a prescripção da execução recentemente Binding e Gautier, bem como Lammasch, *Studien zum St G Entw.*, 1891, p. 45.

prescripção da *acção*, ella pertence por sua materia e natureza, não ao direito processual, e sim ao direito material ([3]) ([a]).

Mas a prescripção anniquila sómente os effeitos juridicos do facto. Quanto a este, ella não o póde supprimir. Consequentemente o facto prescripto

---

([3]) Sentença eventualmente absolutoria. Além dos escriptores de direito civil, cuja doutrina o proj. do C. civ. adopta, reconhecem que se trata da prescripção do direito Heinze, v. Wächter, Hälschner, Schütze, Berner, Samuely, Geyer, recentemente Bennecke, 13, v. Kries, 28, e tambem no essencial está de accordo Rindfleisch, 39. Outros, como v. Risch, Eisler na Rev. Grunhüt, 17º, 610, Olshausen, § 66, 4 a 11, vêm na prescripção um instituto do direito material, que no direito vigente recebeu o caracter de um requisito processual negativo. Glaser, 2º, 49, 544, v. Meyer, 374, Lowe, Comm. do C. do p. p., § 259 e outros assignalam tambem a dupla natureza da prescripção. Contra elles milita o art. 380 do C. do pr. p. Muito positivamente no sentido do texto a dec. do Trib. Imp. de 8 de Out. de 85, 12º, 434.

([a]) A prescripção é geralmente considerada como instituto do direito material, e não do direito processual. O que prescreve é o direito e o dever de applicar a pena comminada no caso concreto; o que se extingue é pois o *direito do Estado á pena* oriundo do delicto praticado. Outros escriptores (Oppenhoff, Dorendorff, Binding) consideram a prescripção da acção como instituto de direito processsual, cujos effeitos materiaes são sómente secundarios ou reflexos. Uma opinião intermediaria é a daquelles que, considerando a prescripção como instituto de direito material segundo o seu fundamento e a sua natureza, reconhecem todavia que o direito positivo (art. 66 do C. p.) lhe deu caracter processual – a ausencia da prescripção é um requisito processual negativo, a sua presença um impedimento processual (Olshausen, § 66, ns. 4 e 7). O autor segue logicamente a primeira doutrina: a prescripção é uma circumstancia que extingue a pena.— A these de que a prescripção pertence ao direito material, e não ao processual, tem a maxima importancia no nosso direito, porquanto só o direito penal material, e o «processual da justiça federal» entram na competencia legislativa da União (Const., art. 34, § 23). N. do trad.

(bem como o perdoado) póde ser invocado em materia de reincidencia, habito ou profissão.

III. — O direito penal allemão da edade média não conhecia a prescripção. Tambem não a encontrámos mencionada na Carolina. O direito romano só admittio a prescripção criminal (abstração feita dos crimes particulares) desde a *lex Julia de adulteriis* (736 ou 737 a. u), que fixou o prazo de cinco annos para a prescripção dos crimes por ella qualificados. Posteriormente encontramos (á parte os denominados *crimes da carne)* reconhecida de um modo expresso e geral a prescripção de todos os *crimina publica* com o prazo de vinte annos. Eram imprescriptiveis, segundo o direito romano ulterior, o *parricidium*, a *suppositio partus* e a *apostasia*.

Foi no curso dos seculos 16 e 17 que a prescripção teve entrada nos Estados da Allemanha. A Prussia já a admittia em 1620; em 1656 é ella designada na baixa Austria (por Bratsch) como uma instituição inteiramente nova, transplantada do direito bavaro de 1616. A's mais das vezes os cultores da sciencia do direito commum viam a razão de ser da prescripção na presumida emenda do culpado (prescripção acquisitiva), que por isso não a podia invocar quando fugia do paiz, commettia novo crime ou gosava dos proventos do acto criminoso. Nos crimes graves a prescripção era frequentemente excluida. Toda a litteratura do periodo philosophico desde S. v. Cocceji e Beccaria até Feurbach e Hencke pronunciou-se contra a prescripção criminal, instituição, para elles, inexplicavel e que é tambem estranha ao moderno direito anglo-americano (a Austria a abolio em 1787, mas a restabeleceu em 1803). Esta campanha deu o seguinte resultado: não só foi de novo reconhecida a prescripção da acção penal, como introduzio-se a prescripção da pena imposta por sentença irrevo-

gavel na nova legislação allemã (primeiramente no cod. saxonio de 1838, mas não no prussiano de 1851 e no austriaco de 1852) que assim seguio o exemplo da legislação franceza de 1771 e 1808. Não admittio-se porém a prescripção nos crimes punidos com a pena de morte ou a de prisão perpetua (cod. austriaco de 1852). A legislação imperial segue o direito francez (b).

## § 77. — Da prescripção da acção

I.— A acção penal prescreve (C. p., art. 67):

1.° nos *crimes* em 20 annos, quando são punidos com a pena de morte ou a de reclusão perpetua; em 15 annos, quando punidos no maximo com pena de prisão superior a 10 annos (1); em 10 annos, quando punidos com pena de prisão de menor duração;

2.° nos *delictos* em cinco annos, quando punidos no maximo com pena de encarceramento superior a tres mezes; em tres annos, quando punidos com penas mais brandas. Quando a pena comminada é multa, o prazo da prescripção é sempre tres annos, embora a pena de prisão substitutiva da multa exceda a tres mezes;

3.° nas *contravenções* em tres mezes.

Toma-se para base do calculo o maximo da escala penal e, quanto ao mais, são applicaveis as regras estabelecidas no § 25, IV.

---

(b) Sobre a prescripção no antigo direito portuguez, ver M. Freire, *I. J. Crim.*, t. 23, § 2 e nota. N. do trad.

(1) Neste caso está tambem a pena perpetua de prisão em fortaleza, de que a lei se esqueceu. Em sentido contrario Binding, 1º, 844, Koopmann, 26.

Em muitas leis accessorias encontram-se prazos especiaes para a prescripção. Citaremos a lei sobre o sello de letra, art. 17 (cinco annos), a lei sobre a industria, art. 345 (tres annos), a lei sobre a união aduaneira, art. 33 e seg. (tres annos ou tres mezes), a lei sobre o imposto do malte, art. 40 (tres annos), a lei sobre a imprensa, art. 22 (seis mezes), a lei sobre o sello das cartas de jogar, art. 20 (tres annos), a lei sobre o imposto do fumo, art. 45 (tres annos), a lei sobre o alcool (tres annos ou um anno), a lei sobre patentes de invenção, art. 39 (tres annos) e a lei sobre o imposto do assucar, art. 61 (tres annos). Ver tambem o art. 7 da lei de intr. do C. p., segundo o qual as infracções em materia de direitos sobre o alcool e a cerveja e em materia postal prescrevem em tres annos.

II.— O prazo começa a correr do dia em que o acto foi praticado, sem attender-se ao tempo em que produzio o seu resultado (art. 67, al. 4). Assim, em materia de prescripção e em contrario ao principio eslabelecido no § 30, deve-se considerar como momento do commettimento aquelle em que o agente entrou em actividade, desenvolvendo forças naturaes (2).

---

(2) O Trib. do Imp. porém, dec. de Dez. de 1890, 21°, 225, começa a contar do «resultado proximo» (vêr o § 30, nota 3). Egualmente Olshausen, § 67, 9. Correctamente v. Meyer, 383.—O art. 67, al. 4°, é criticado (com razão) por Heinze, HH. 2°, 617, Binding 1° 838, Geyer, 1.°, 197, e defendido por Hälschner, 1.°, 698, Meyer, 383, v. Wächter, 308. A opinião dominante no direito commum queria que em geral o *crimen finitum* fosse o ponto de partida da prescripção (b).

(b) O preceito do art. 67 do C. p. é criticado pelo absurdo que delle resulta. «Dado um resultado que occorra tardiamente e um prazo curto para a prescripção, diz Heintze, o crime póde prescrever antes de occorrer

Não tem influencia sobre o começo da prescripção a realização de uma condição de punibilidade (§ 43, nota 6). Entretanto em certas circumstancias a suspensão de uma condição desta natureza póde ter como consequencia sustar o curso da prescripção.

Do exposto segue-se que a prescripção do acto do instigador ou do cumplice por assistencia começa a correr independentemente do acto do agente principal (3). Segundo a disposição expressa do art. 35 da lei de 24 de Junho de 1887 sobre o alcool (egualmente a da lei sobre o imposto do assucar) as penas que recaem sobre os possuidores de distillação, como taes (§ 58, nota 5), prescrevem simultaneamente com a pena do autor.

---

o resultado». «Como póde uma acção delictuosa prescrever, pergunta Geyer, quando se desenvolve de tentativa para crime consumado? Binding interpreta restrictamente o citado artigo, entendendo que elle não tem applicação aos delictos culposos. Figure-se o caso da má disposição de uma chaminé, da má collocação de traves ou da defeituosa construcção de uma machina, cujos resultados damnosos podem produzir-se depois de annos. Aqui a prescripção começa naturalmente a correr do dia em que o incendio ou a explosão culposamente occasionada produzio-se. Entretanto é justamente em taes casos, pondera Olshausen, que conformar-se-hia com a equidade o não tomar-se para ponto de partida da prescripção a occurrencia do resultado. Segundo este ultimo criminalista, nesta parte de accordo com o dec. do Trib. do Imp. citado na nota acima, o resultado de que fala a lei não é o resultado remoto exigido como circumstancia constitutiva do crime, mas o effeito immediato ou o que elle chama o «effeito intermediario» (*Zwischenwirkung*). N. do trad.

(3) Egualmente Häslchner, 1.°, 700, v. Meyer, 884, v. Wächter, 808; *contrà* a maior parte dos escriptores, como Binding, 1.°, 840, Olshausen, § 67, 16, Borchert, *Verantwortlichkeit*, 55, e o Trib. do Imp., dec. de 30 de Dez. de 81, 5.°, 282 e 24 de Junho de 84, 11.°, 2 v., em razão da natureza accessoria da cumplicidade (esta porém não póde ser tomada em consideração em uma materia, em que o resultado não tem influencia).

A pluralidade de actos, que o direito considera como uma unidade juridica (§ 55), deve ser tambem tratada como unidade em relação ao começo da prescripção. Assim, no crime continuo e no crime continuado, a prescripção só começa a correr com o ultimo exercicio da actividade criminosa (4); o mesmo deve-se dizer dos crimes que o agente pratica como occupação ou profissão ou por habito, ao passo que nos crimes de que resulta um estado ou situação (por ex. na bigamia), o que regula exclusivamente é a acção criminosa mesma, e não a continuação da situação por ella creada (5).

Nos crimes por omissão a prescripção começa a correr, logo que cessa a obrigação de agir.

Disposições especiaes. Segundo o art. 100 da lei sobre gente do mar, a prescripção começa a correr do dia em que o navio chega pela primeira vez a um porto onde exista autoridade maritima. E' digna de nota a lei de 11 de Junho de 1870 sobre a contrafacção: segundo os arts. 33 e 37, a prescripção da contrafacção (bem como a da infracção que consiste na não indicação do autor do texto reproduzido) começa a correr do dia da primeira divulgação, comquanto baste o preparo do primeiro exemplar para consummar o delicto nos termos do

(4) Egualmente em substancia o Trib. do Imp., dec. de 8 de Março de 84, 10.º 204, Berner, 314, Binding, 1.º 885, Hälschner, 1.º 893, Merkel, 245 v. Meyer, 884, Olshausen, § 67, 14, Schütze, 209; *contra*, Binding, 1.º, 837, Geyer, 1.º, 195; v. Wächter, 809, III, 2.º, 617, Kohler, *Patentrecht*, 807.

(5) A opinião contraria á do texto quer que nos crimes continuados, bem como nos crimes que se caracterisam como occupação, habito ou profissão, cada acto constitutivo da serie seja sujeito a uma prescripção singular e independente. Esta solução é admittida por Binding, quanto á segunda categoria dos crimes em questão, senão quanto á primeira. Nota do trad.

art. 22. A prescripção da defraudação do sello de letra começa a correr, segundo o art. 17 da lei de 10 de Junho de 1869, do dia em que a letra foi passada.

III. — Interrompe a prescripção todo acto judiciario dirigido contra o autor do facto delictuoso em razão desse facto (C. p., art. 68). O C. do pr. p., porém, nos arts. 453 e 459, dá tambem o effeito de interromper a prescripção ás decisões em materia penal emanadas das autoridades policiaes e das autoridades administrativas. Segundo a lei sobre o sello de letra, art. 17, todo acto official interrompe a prescripção. Só os actos dirigidos contra o autor como autor interrompem a prescripção; não basta pois a citação para servir de testemunha, ainda quando o citado se confesse culpado nessa occasião e por isso não seja juramentado. A interrupção só prevalece a respeito do individuo, a quem o acto se refere.

IV. — A prescripção não corre (C. p., art. 60, segundo o texto da lei de 26 de Março de 1893), durante o tempo em que, em virtude de um preceito legal, o processo não póde ser instaurado ou continuado. Si o começo ou a continuação do processo depende de uma questão preliminar, que deve ser resolvida em outro processo, interrompe-se o curso da prescripção até que este ultimo termine (5).

Quando para a instauração de um processo é necessaria queixa ou autorisação, a falta da queixa ou da autorisação não interrompe o curso da prescripção.

V. — O effeito da prescripção é extinguir o direito á pena e não o crime. Póde pois a prescripção operar-se a respeito de um dos co-delinquentes e não a respeito dos outros.

(5) Com. Altona, G. S., 43, 205; Meves, G. A., 39.°, 147, e sobre a lei de 1893 Seuffert, Z., 14.°, 543.

## § 78. — Da prescripção da execução

I. — A execução da pena imposta por sentença com força de causa julgada prescreve (C. p., art. 60):

*a*) em 30 annos, quando se trata da pena de morte ou de reclusão perpetua ou de prisão perpetua em fortaleza;

*b*) em 20 annos, quando se trata de reclusão ou prisão em fortaleza por mais de 20 annos;

*c*) em 15 annos, quando se trata de reclusão até 10 annos ou prisão em fortaleza de 5 até 10 annos ou de encarceramento por mais de 5 annos;

*d*) em 10 annos, quando se trata de prisão em fortaleza ou encarceramento de 2 a 5 annos ou multa superior a 6.000 marcos;

*e*) em 5 annos, quando se trata de prisão em fortaleza ou de encarceramento até 2 annos ou de multa de mais de 150 até 6.000 marcos;

*f*) em 2 annos, quando se trata de detenção ou multa até 150 marcos (1).

II. — A prescripção começa a correr do dia em que a sentença transita em julgado (C. p., art. 70).

III. — Interrompe a prescripção todo acto da autoridade, a que incumbe a execução, tendente ao cumprimento da pena, bem como a detenção do condemnado para o fim de cumpril-a. Depois da interrupção, começa a correr nova prescripção (C. p., art. 71).

IV. — Quando a sentença impõe ao mesmo tempo e pelo mesmo facto a pena de multa e uma pena de prisão, aquella não prescreve antes desta

(1) Está neste caso a pena de reprehensão, de que o legislador tambem se esqueceu.

(C. p., art. 71). As penas accessorias, quando ex-equiveis, prescrevem tambem com a pena principal. A lei abre excepção para as penas accessorias temporarias que concernem á honra (C. p., art. 36) e para a pena accessoria da vigilancia policial (C. p., art. 38). Com relação a ambas, o effeito da sentença judiciaria começa justamente com a prescripção da pena principal.

O mesmo procede quanto ao effeito accessorio da condemnação, segundo o art. 3 da lei de 14 de Maio de 1879 sobre viveres.

V. — Quando as leis accessorias — e isto se nota sobretudo nas leis aduaneiras e fiscaes — regulam expressamente a prescripção da acção, sem que mencionem a da execução, deve-se considerar esta ultima como não admittida. A mesma regra tambem prevalece, em caso identico, em relação ás materias reservadas á legislação estadual (§ 19, nota 1.ª)

*Tratado de Direito Penal allemão* – Volume I (edição facsimilar), de Franz von Liszt, 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 fevereiro de 2006, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro* – Série *Direito Penal* (Volume 9).

# Coleção

## Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA
Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO
Codigo 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 brazileiro (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)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO
Codigo Penal commentado, theorica e praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES
Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR
Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal

TOBIAS BARRETO
Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO
Menores e loucos em Direito Criminal