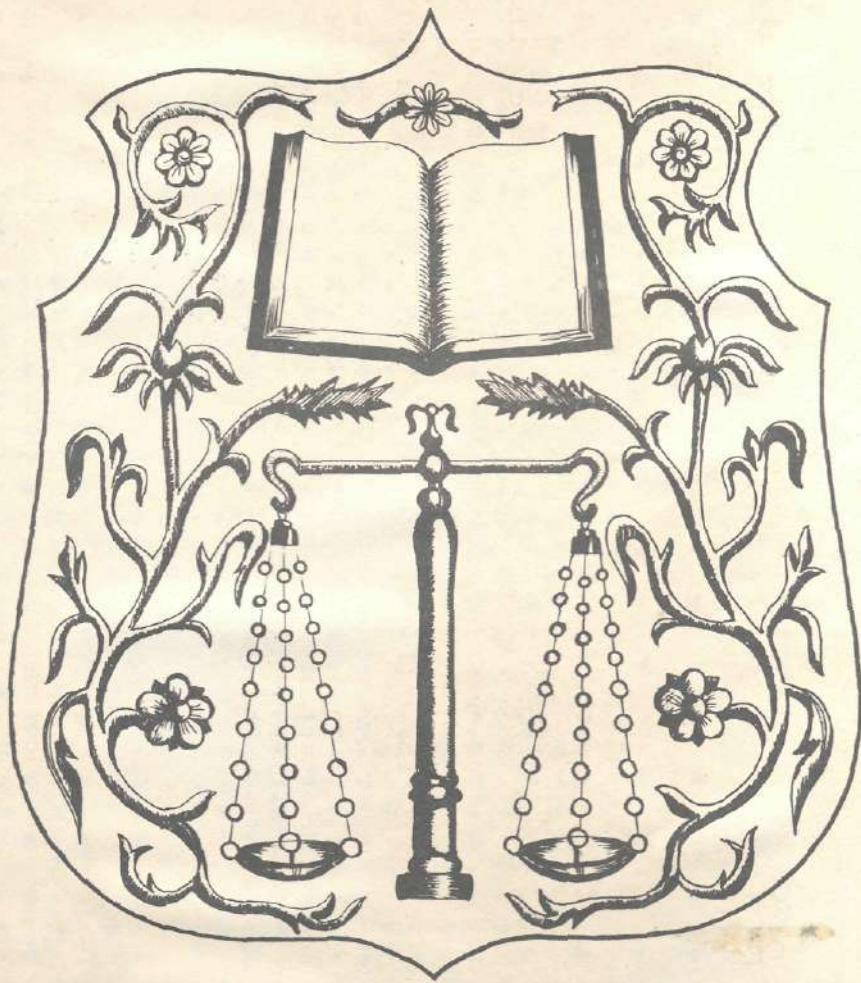


TF00011543

ex-libris



**LEVI CARNEIRO**

TOBIAS BARRETTO

OBRAS COMPLETAS

VI

# ESTUDOS DE DIREITO

(Volume I)



LC  
340.1  
B243  
EDI  
V.1

Esta obra foi composta e impressa  
nas officinas da Empresa Graphica  
Editora de Paulo, Pongetti & C., à  
Avenida Mem de Sá, 67 e 78 — Rio  
de Janeiro.



## RAZÕES DESTA EDIÇÃO

- I — Decreto n.º 803, de 20 de Abril de 1923, do Governo do Estado de Sergipe.
  
- II — Trecho da mensagem do Dr. Graccho Cardoso, Presidente do Estado, á Assembléa Legislativa de Sergipe, em 7 de Setembro de 1923.

## DECRETO N.º 803

DE 20 DE ABRIL DE 1923

*Manda fazer a edição completa das obras  
de Tobias Barretto*

O Presidente do Estado, considerando a acção preponderante que coube a Tobias Barretto na renovação do pensamento brasileiro, no ultimo quartel do seculo passado;

Considerando assim o valor inestimavel da sua obra, quer seja encarada do ponto de vista philosophico e juridico, quer vislumbrada unicamente pelo aspecto litterario, critico, poetico, oratorio e polemistico;

Considerando que se acham completamente exgottados os trabalhos do grande sergipano, e outros existem inéditos, os quaes, pelo seu alto apreço, merecem divulgados;

Considerando que a publicação systematizada de todos elles contribuirá para um conhecimento mais exacto da personalidade do eminente patricio e para o aferimento preciso da transformação que a sua influencia irradiadora operou no direito e nas lettras nacionaes;

Considerando que é dever dos povos zelar pela memoria dos que glorificaram a Patria, e que aos Governos cumpre, nesse presupposto, contribuir para o estimulo moral das gerações futuras;

Considerando que não pôde haver melhor e maior monumento para uma agigantada figura intellectual do que a divulgação das suas idéas generosas, altas concepções do espirito e arrojadas creações do genio,

DECRETA :

Art. 1.º — O Governo fará, por conta do Estado, editar as obras completas de Tobias Barretto, commissio-  
nando, para o trabalho de colligir inéditos e preparar o  
material a imprimir, pessoa de reconhecida capacidade.

Art. 2.º — De accôrdo com o art. 3.º das disposi-  
ções geraes da lei n.º 836, de 14 de Novembro de 1922,  
o Governo abrirá opportunamente os credits necessa-  
rios.

Palacio do Governo do Estado de Sergipe, Aracajú,  
20 de Abril de 1923, 35.º da Republica.

MAURICIO GRACCHO CARDOSO.

*Hunald Santaflor Cardoso.*

Do "Diario Official" do Estado de Sergipe, de 21 de  
Abril de 1923.



## II

### Edição das obras de Tobias Barretto

“A administração não póde ser indifferente, á memoria dos que glorificaram a Patria. Zelar-lhes pela permanente e viva lembrança das ideias grandiosas ou dos feitos varonis é dever mesmo precipuo dos governos, como um estímulo moral ás gerações futuras.

Com esse alevantado intuito foi que ordenei a edição completa, por conta do Estado, dos trabalhos de Tobias Barretto.

Estou que essa resolução merecerá o vosso applauso. Ninguém pelo talento, pela cultura, pela combatividade, fóra de Sergipe, levou aos pincaros mais altos do pensamento, a tradição intellectual do Estado.

A sua formidavel producção poetica, critica, oratoria e polemistica — apesar do papel renovador que exerceu nas lettras nacionaes no ultimo quartel do seculo XIX — permanecia já hoje, entretanto, de poucos conhecida, por se acharem completamente esgotadas algumas das suas melhores obras, e outras se conservarem até agora inéditas.

No presupposto de contribuir assim para um conhecimento mais exacto da personalidade do eminente patriocio e para o aferimento de sua influencia irradiadora no direito, na philosophia e na litteratura brasileira, foi que comissionei o dr. Manoel dos Passos Oliveira Telles, discipulo e amigo que foi do grande mestre para colligir inéditos e preparar o material a imprimir da futura edição.”

*Da mensagem do Presidente Graccho  
Cardoso, em 1923.*





TOBIAS BARRETTO

(AOS 41 ANNOS)

**PROLOGOS  
DE  
SYLVIO ROMÉRO**



## PROLOGO

### DA 1.<sup>a</sup> EDIÇÃO

**E**RA naturalmente a mim, no caso de eu sobreviver a Tobias Barretto, que havia de caber a tarefa de organizar e dirigir a publicação posthuma de suas obras. Uma amizade de vinte e dois annos, nunca, phenomeno raro no Brasil entre homens de letras, desmentida por um resentimento qualquer, dava-me esse direito. A familia, assim espontaneamente o comprehendeu, e foi logo fazendo diligencias que me habilitassem a pôr hombros á empreza.

Fez-me a remessa, por vezes diversas, de manuscriptos e impressos do illustre morto. Cumpre, porém, advertir que dois annos antes de fallecer, tendo já bastante adiantada a molestia que o devia levar ao tumulo, o notavel sergipano me escrevera, pedindo um plano para a organização e publicação de suas obras completas. Em carta de 6 de junho de 1887, dizia-me elle:

“Como dou muito pelo seu alto senso do methodo, pela *vis organisatrix* do seu talento, peço-lhe que me trace um bom plano de distribuição e organização de meus escriptos.”

Respondi-lhe, enviando o plano pedido.

Pouco depois, aos 19 de julho do mesmo anno, retrucava-me elle: “Recebi a sua carta, em que me deu conta do que lhe eu havia pedido. Gostei do arranjo. O plano das obras completas é excellente; mas creio que não me será possivel rehavér os trabalhos perdidos.”

Para dirigir, pois, a publicação dos livros do meu saudoso amigo tenho a dupla autorisação d'elle proprio e da sua familia.

Não deixei copia do plano que lhe havia enviado; porém procurei reorganisa-lo de memoria.

A base era a distribuição por materias: direito, philosophia, litteratura, politica, escriptos humoristicos, discursos, poesias, polemicas.

Difficuldades praticas, umas provenientes das esquivaças dos editores, outras da quasi impossibilidade de obter diversos e variados trabalhos do autor, extramalhados em pequenos jornaes de Pernambuco, levaram-me a modificar o primitivo arranjo. Com os elementos actualmente existentes em meu poder, dei a seguinte organisação aos escriptos de Tobias Barretto: *Estudos de Direito*, *Estudos Allemães*, *Ensaio de Philosphia e Critica*, *Menores e Loucos em Direito Criminal*, *Dias e Noites* (poesias) *Pequenos Escriptos e Pensamentos*, *Discursos*, *Polemicas*, e, finalmente, *Rücksichtslose Briefe oder deutsche Schriften brasilianischen Inhalts*.

Ao total nove volumes de regular tamanho. A materia perdida, de que tenho plena lembrança, poderia encher mais dous ou tres volumes do mesmo formato.

O poeta, jurista e pensador sergipano, como se vê, não escreveu demais, nem de menos.

O que deixou não atormenta pelo amontoado de livros, verdadeiras montanhas de papel que constituem o espolio illegivel de muitos; nem contrista pelo mesquinho do legado. Ficou n'um meio termo.

O primeiro volume da serie, *Estudos de Direito*, é que sai agora a lume.

Diligencia foi feita para que este livro contivesse todos os escriptos juridicos do autor.

Apezar dos esforços ficaram fóra tres notaveis artigos: *A mora em Direito Romano*. (1). *A Provincia e o Provincianismo* (critica do livro de Tavares Bastos (2), e o *Direito Publico Brasileiro* (analyse da obra do Marquez de S. Vicente),

---

(1) Figura, nesta edição das obras completas, no 2.º volume de *Estudos de Direito*.

(2) Está no volume *Varios Escriptos*, da edição completa.

(3), não falando nos *Menores e Loucos em Direito Criminal*, que ficaram constituindo volume á parte. Aquelles tres trabalhos não foram encontrados.

Não me parece necessario fazer aqui a analyse de um livro que se vai lêr; nem, em geral, destacar a figura de Tobias Barretto na vida espiritual moderna em nosso paiz.

Estê serviço já eu o fiz, aos fragmentos, na *Philosophia no Brasil*, quando estudei o critico e o philosopho, e nos *Estudos de Litteratura Contemporanea*, quando me occupei do poeta, e foi tambem feito mais tarde em totalidade na *Historia da Litteratura Brasileira*. Não voltarei mais a este assumpto; é plenamente dispensavel.

O que é actualmente opportuno é indicar historicamente a natureza de minhas relações intellectuaes com aquelle illustre e poderoso espirito, no intuito de definir as nossas reciprocas posições.

E' isto necessario para desfazer alguns erros á nossa conta atirados mais de uma vez á imprensa por espiritos levianos e ignorantes dos factos.

Filhos ambos de Sergipe, não nos conhecemos alli; só em Pernambuco, em fevereiro de 1868, é que vi aquelle patricio pela primeira vez.

Cursava então elle o quarto anno da Faculdade de Direito; eu ia do Rio de Janeiro, com os preparatorios feitos, para matricular-me n'aquelle curso. Tobias foi, portanto, meu contemporaneo nos estudos academicos. Nunca foi meu professor.

Quando o conheci suas occupações espirituaes dilectas eram a poesia e a philosophia.

N'aquella tinha sido o inaugurador do lyrismo condoreiro a datar de 1862, e ainda era um eterno recitador de versos nos theatros, nas festas patrioticas e nos salões.

Este prurido acabou quasi completamente em fins de 1870.

Na philosophia, que sempre o preoccupou de modo especial e caracteristico, já elle havia feito em 1867 o celebre concurso em que aniquillára o afamado thomista pernambucano, Dr. José Soriano de Sousa.

---

(3) Incluído já nesta edição, no 2.º volume de *Estudos de Direito*.

De 1868 datam as suas primeiras publicações nessa materia.

Cournot, Taïne e Vacherot já lhe eram familiares.

Em fins daquelle anno travou conhecimento com o positivismo directamente pelo *Cour de Philosophie Positive* de Comte. Stuart Mill e Littré vieram mais tarde e não foram nunca muito apreciados.

Em tal assumpto o meu amigo preferia directamente o chefe da escola.

O velho espiritualismo francez já estava posto de lado; o positivismo, em sua significação puramente philosophica, tinha tomado conta do terreno, expellindo a antiga doutrina.

Ainda tambem não havia o conhecimento de Darwin, de Hæckel, de Hartmann, de Noiré, do monismo e do transformismo em summa. Tudo isto veio depois, a datar de 1871.

Nessas condições é que encontrei o nosso poeta; eu levava do Rio de Janeiro bons estudos de preparatorios, feitos de 1863 a fins de 1867, o amor dos livros, a ancia de saber.

Atirei-me á leitura de ethnographia, linguistica, anthropologia, critica litteraria e philosophia.

As predilecções eram, pois, differentes, as leituras diversas, pela diversidade ingenita dos dois espiritos.

Em nossas longas conversações communicavamos mutuamente as nossas impressões, as nossas idéas, os nossos planos de trabalho.

Por ser elle um tanto mais velho, mais adiantado no curso academico, já immensamente popular em Pernambuco, e, sobre tudo, por conhecer-lhe o vigor e a força da intelligencia, acostumei-me, eu que chegava simples caloiro, a ter-lhe peculiares attentões e verdadeiro respeito. Mas nunca lhe sacrifiquei as minhas idéas, nem lhe subordinei o meu sentir, nem apaguei jámais diante d'elle as differenças nativas do meu temperamento.

Outro tanto, praticava-o elle, havendo sempre em nossas relações espirituas plena liberdade e decidida franqueza.

Dando conta no *Contra a Hypocrisia* do meu livro publicado em 1878, *A Philosophia no Brasil*, depois de alguns elogios iniciaes, escrevia Tobias: "Tudo isto, porém, não significa, não quer significar que eu me limite a formar um

*duetto*, que eu acompanhe em todos os motivos, fazendo *segunda voz*, o pensamento de Sylvio Romero.

Em mais de um ponto estamos separados; e como, n'uma tal ou qual communhão de principios, que entre nós existe, avulta o da mais lhana despreoccupação pessoal, o da mais pura sinceridade reciproca, indicarei, precisamente as razões do meu desaccordo". (4).

Como quer que fossem diversas entre nós as indoles mentaes, cada um foi fazendo a sua obra e a mais rapida observação é sufficiente para notar facilmente as differenças de estylo, de intuições, de assumptos, de methodos, de doutrinas.

E' assim que, em poesia, Tobias não passou do lyrismo condoreiro e eu combati desde 1869 esse *hugoanismo* e iniciei a nova intuição da poesia transfigurada pela philosophia de nossos dias; que em critica litteraria elle fugia dos assumptos brasileiros e do brasileirismo e eu os procurava sempre de preferencia; que, em philosophia, não admittia a psychologia e a sociologia como sciencias, (5) e eu lhes reconheço esse character; é assim que jámais pude admittir e explicar o desdenhoso modo de tratar Herbert Spencer, *the great philosopher*, na phrase de Darwin, a maior encarnação da philosophia evolucionista, no pensar de Grant Allen.

Não é tudo; ha especialmente dois assumptos em que o meu modo de sentir e pensar foi sempre completamente oposto ao seu: a poesia popular e a ethnographia.

Sabe-se que uma das bases da minha critica applicada á litteratura, á historia e em geral á vida espirital brasileira, foi a apreciação ethnographica das raças que constituíram o nosso povo. Sabe-se mais que uma das primeiras applicações desse modo de pensar foi justamente o estudo, a pesquisa da poesia, dos contos, das tradições populares, do *folk lore*, em summa.

Pois bem: Tobias Barretto não aceitava isto e tivemos interminaveis discussões a respeito.

---

(4) *Contra a Hypocrisia* de 28 de setembro de 1879.

(5) Sobre a psychologia, vejam-se os *Ensaos de Philosophia e Critica*, sobre sociologia — seus *Estudos Allemães*, no bello estudo *Variações anti-sociologicas*, repetidas agora n'este livro. (Nota de Sylvio Romero) — Nesta edição completa, as *Variações anti-sociologicas*, foram restituídas ao seu primitivo lugar que é no volume *Questões Vigentes*.

Não conseguí modificar as minhas convicções neste assumpto, nem alterar o systema de meus trabalhos.

A despeito de seu desacordo, colligi — os *Cantos Populares do Brasil*, os *Cantos Populares do Brasil* e escrevi os *Estudos sobre a Poesia Popular Brasileira*.

O leitor vae ver como o escriptor sergipano pensava sobre este assumpto.

Eis aqui uma nota que me chegou de Pernambuco entre os seus manuscriptos e faz parte dos *Traços de litteratura comparada*. Transcrevo-a integralmente:

“O gosto e o cultivo da poesia popular, ainda que possam remontar á autoridade de Herder, descendem todavia mais directamente da escola romantica. Os effeitos mediatos desta escola que não foram poucos, dividem-se em *permanentes* e *transitorios*. Aos *permanentes* pertencem por exemplo, a linguistica, a philologia, a mythologia comparadas; aos *transitorios* porém, não precisa especialisar, pertencem todas aquellas extravagancias, que ha 50 ou 60 annos valiam por maravilhas, e hoje felizmente estão esquecidas. Pergunto agora: o gosto da poesia popular, a que classe deve pertencer ?

“De mim para mim, tenho-o por um dos effeitos *transitorios*. Esse entusiasmo forçado, *erzwungene Begeisterung*, como dizia o proprio Uhland, pelas pretendidas producções poeticas do povo, é sem *interesse esthetico*, porque nellas em geral a belleza brilha pela ausencia; sem *interesse historico*, porque o povo poetisante nada tem que ver com o processo evolutivo da historia; sem *interesse psicologico-nacional*, porque as canções populares, a despeito de todas as tentativas feitas neste sentido, ainda não servem nem servirão jámais como traço caracteristico desta ou daquella nacionalidade; esse resto de vertigem romantica ha de tambem acabar. Se ainda não desaparecer de todo é porque começou mais cedo.

“Só comprehendo o valor da poesia popular, como materia assimilavel ás fórmãs e conceitos da poesia culta, por intermedio de espiritos superiores. Foi o que fez Gøthe, cuja musa lyrica, em muitos dos seus mais brilhantes productos, é uma ressonancia do *Lied* popular allemão; foi o que fez Heine, que por vezes recorreu tambem a essa fonte; foi ainda o que fez Weber no domínio da musica, pondo a seu serviço e colorindo com o seu genio as cantigas populares.



“Deixemo-nos pois de illusões. A *poesia popular* é uma digna irmã da *soberania popular*.

“O epitheto addicionado a uma e outra palavra amesquinha e transtorna o conceito de ambas. Muito sinto achar-me neste ponto em desaccôrdo com o meu illustrado amigo Sylvio Roméro, cujo talento é de uma força organisadora estupenda; e, como em geral os talentos organicos são tambem harmonicos, é estranhavel que elle, que foi o primeiro entre nós a irromper contra o romantismo, tenha cedido por sua vez a uma das mais estranhas preoccupações romanticas.”

Eis ahi: a condemnação é decisiva; mas não me dou por vencido.

Não sei como não possam ter *interesse esthetico* inspirações do povo, que vão servir para realçar as producções de um Gœthe, de um Heine, de um Weber; não sei como se possa negar *interesse psychologico-nacional* ás creações espontaneas do genio popular, onde se encontram monumentos como os *Vedas*, as epopéas indianas, o *Shah-Nameh*, os *Nibelungen*, as *Sagas* scandinavas, não falando já na *Iliada* e na *Odysséa* de Homero; não sei como não mostram *interesse historico* esses documentos das raças, quando não tinham ellas ainda sahido daquelle *synchronismo* primitivo em que a religião, a moral, o direito, a poesia repousavam juntos n’um todo immenso e indistincto; ou mesmo em épocas recentes e nos dias de hoje quando as populações incultas repetem as lendas e as canções que uma longa tradição lhes deixou!

A critica foi demasiado exaggerada. O mesmo caracter descubro no que escreveu algures nas suas *Questões Vigentes* sobre a *ethnographia*. Falando de Lilienfeld, disse: “quanto ao ponto relativo ás raças, isto é apenas o effeito de outra *mania* do nosso tempo, a *mania ethnologica*. Eu quizera que Lilienfeld viesse ao Brasil para vér-se atrapalhado com a applicação de *sua theoria* ao que se observa entre nós. As chamadas *raças inferiores* nem sempre ficam atraz. O filhinho do negro, ou do mulato, muitas vezes leva de vencida o seu coevo de purissimo sangue aryano.”

Neste periodo é preciso distinguir o que se refere a certa theoria fantastica de Lilienfeld sobre o que este chama a *embryologia social*, e o que se dirige a atacar o que Tobias chamou a *mania ethnologica de nosso tempo*.

Effectivamente, quando a anthropo-ethnographia chegou a affirmar a existencia de raças humanas *inferiores*, não o fez levemente. Antes procedeu com a maxima cautela. Foi com estudos anatomicos especialissimos, com observações physiologicas inconcussas, com o diuturno estudo social dos selvagens e barbaros de raça negra, vermelha e amarella em todas as manifestações de sua vida espirital, que a sciencia ousou pronunciar-se. Raças foram encontradas que por si mesmas jámais se civilisaram; outras que só deturpadamente acolheram a civilização estranha; estas que, afastadas da concurrencia e do influxo superior, retrogradaram; aquellas que mais depressa morreram do que aceitaram qualquer cultura. Não merecerão o qualificativo de inferiores? Uma ou outra excepção, um ou outro caso de superioridade no *filhinho do negro* não pôde constituir uma regra, nem infirmar a doutrina.

Muito menos no *filho do mulato*. Neste já entra o elemento atavico de uma raça superior, que pôde ás vezes predominar. Mas, o que é decisivo é o estudo da sociedade no seu conjuncto. Não existe, nunca existiu uma civilização original de negros, nem de mulatos. As republicas de S. Domingos e de Haiti poderiam desmentir minha affirmação; não o fazem; antes a confirmam plenamente: a retrogradação allí é positiva.

Outro ponto digno de nota de nosso constante desaccôrdo era o da adopção da fórma republicana em nosso paiz. Espirito muito liberal, inimigo irreconciliavel das vilezas e miserias perpetuas da politica brasileira, como neste mesmo livro pôde ser visto nos artigos — *O poder moderador*, (6), *A organização communal da Russia*, *Responsabilidade dos ministros no governo parlamentar*, e, mais especialmente, na sua celebre oração denominada *Um discurso em mangas de camisa*, e no opusculo em lingua alleman — *Ein offener Brief an die deutsche Presse*, Tobias, todavia, não foi jámais um sectario da republica. No seu curso de direito publico na Faculdade de Direito do Recife, curso cujo programma vai junto ao final

---

(6) Este artigo, figura na presente edição das obras completas, em *Questões Vigentes*, volume onde primeiro foi publicado por Tobias Barretto.

deste volume (7), elle desenvolveu a seguinte these: "*Conceito do chefe do Estado, Monarchia e Republica. A questão de fórma de governo é mais uma questão de esthetica do que de ethica politica*". Conhecedor emerito de nossos vicios e desmantelos politico-sociaes, Tobias não tinha confiança nas virtudes da republica entre nós, justamente por causa desses mesmos vicios e defeitos de nosso character.

Via sempre com côres negras a situação brasileira. "Se nada aproveitam, diz elle á pag. 394, (nesta edição, pag. 228) deste livro, se nada aproveitam os clamores de uns certos messianistas politicos, que *cantam as maravilhas da republica vindoura*, tambem não merecem credito as soluções pouco sérias, as velhas phrases ambíguas dos *aulicos liberaes*."

Mais explicito ainda é elle á pag. 44, (neste volume á pag. 42) das *Questões Vigentes de Philosophia e Direito*: "A politica alleman não me é totalmente sympathica. Olhada por este lado, a minha cara Allemanha assemelha-se a uma linda mulher, em quem aliás a enormidade das mamas diminue a belleza das outras fórmas. Por isto limito-me a contemplal-a só pelo rosto. Mas tambem a *republique française* não está no meu programma. Sou pouco afeiçoado ao *cancan*, em qualquer de suas manifestações. Isto distôa, bem sei, da intuição commum, ainda que ella não seja das mais seguras. O republicanismo brasileiro é um bello pedaço de litteratura franceza. Com razão dizia eu, ha pouco, a um amigo tedesco: *In Brasilien treibt man Republik, wie man die Lecture der Romane Zola's treibt; ohne Kritik oder Ueberzeugung, nur aus bewusster oder unbewusster Liebe zu Frankreich*. Porém não importa; é a verdade tal qual sinto e aproveito a occasião para repetil-a". Eis ahi; nada mais peremptorio, quer na questão geral de doutrina quer na de particular applicação ao Brasil.

Não concordei jámais com o meu amigo neste modo de pensar e, ainda muito moço, desde 1869, alistel-me entre os republicanos. Para mim a questão de fórma de governo não é cousa que se deixe decidir pelo sentimento artistico ou mesmo pelo sentimento ethico.

---

(7) Na edição completa, está no 2.º volume dos *Estudos de Direito*.

E' mais anterior e fundamental; procede de entranhas mais reconditas; é uma questão de biologia e psychologia nacional.

Pelo que toca ao Brasil, tive sempre mais confiança na energia latente de nosso povo. Ainda mesmo após a terrível provação de mais de dois annos de loucuras, disparates, e desacertos de todo o genero que os trefegos, e desbragados governos que, em nome da Republica, hão flagellado este pobre paiz, têm atirado sobre o povo attonito, ainda mesmo após tanta insania e tantos erros não descri do futuro da nação, não se intibiu a minha velha fé republicana. Os governos nefandos hão de passar, os congressos criminosos e corruptos hão de atufar-se no nada e o povo ha de encontrar o seu estado de repouso e equilibrio, de liberdade e de honra nas suas proprias energias, nas forças nativas de sua propria constituição immorredoura.

.....  
 Poderia, se fosse preciso, levar por diante estes pontos de desacôrdo. Não o farei, porque os indicados provam de so-bejo a minha these: a independencia do meu modo de sentir e pensar diante dos sentimentos e opiniões de Tobias Barretto em pontos e assumptos capitaes.

Isto mesmo foi por mais de uma vez por nós ambos proclamado para confusão de malevolos e intrigantes.

O que nunca soffreu diminuição ou restricção de qualquer ordem foi a minha admiração pelo seu talento e a minha estima por sua pessoa.

E elle bem as merecia; porquanto, de todos os homens que, na minha qualidade de critico e propagandista, tive occasião de elogiar e vulgarisar, foi, talvez, o unico que me não pagou o serviço com traições que constituem a essencia da alma dos ingratos.

E' este, por certo, mais um motivo que me apparece para hoje, como hontem, agora que elle é morto, estar ainda na estacada para defender a sua memoria, como antes defendi o seu talento e assignalei os seus serviços.

Rio, janeiro de 1892.

SYLVIO ROMÉRO.



## PROLOGO DA 2.<sup>a</sup> EDIÇÃO

I

**E**STA segunda edição dos *Estudos de Direito* de Tobias Barretto apparece muito avantajada á primeira. Além de ter havido maior escrupulo na correcção do texto, accresce que foi este dividido methodicamente em partes distinctas, obedecendo a um criterio determinado pela propria natureza dos assumptos, trabalho não praticado na anterior tiragem, devido ao atropello da impressão. Sae, pois, agora este bello livro dividido em seis secções: *philosophia do direito, direito criminal, direito publico, direito civil, processualistica, varios escriptos e programmas*. (8)

Além d'isto, entendi desagregar dos *Estudos Allemães* o grande ensaio intitulado — *Variações anti-sociologicas*, (9), e o pequeno artigo sob o titulo — *Um lente de S. Paulo julgando um collega do Recife*, porque neste livro têm elles posto mais adequado.

No prologo da primeira edição tinha eu dito não haver nella incluído um estudo sobre a *môra em direito romano*, outro de analyse da *Provincia* de Tavares Bastos, e, finalmente,

---

(8) Nesta edição completa os ensaios de direito criminal, apparecem no 1.<sup>o</sup> volume, os demais surgem no 2.<sup>o</sup> volume dos *Estudos de Direito*.

(9) Figura, como já foi dito, nesta edição completa, no volume *Questões Vigentes*, onde sahio a 1.<sup>a</sup> vez.

um terceiro appreciativo do *Direito Publico Brasileiro* do Marquez de S. Vicente, por me não haverem chegado opportunamente ás mãos. (10). Mais tarde vim a possuil-os, por dadiua de amigos; mas ainda agora não apparecem elles nesta edição.

E' que recebi ordem da Exma. Sra. D. Grata Barretto de Menezes, digna viuua de Tobias, para lhe devolver os escriptos, todos os escriptos de seu finado marido, o que cumpri immediatamente por intermedio do Dr. Arthur Orlando, quando este era deputado por Pernambuco ao Congresso Nacional.

O nobre e distinctissimo amigo Dr. Arthur Orlando fez-me então a fineza de ser tambem portador do seguinte relatorio que acompanhou os papeis do notavel morto devidamente organisados e catalogados:

"Conforme declarei no prefacio que puz aos *Estudos Allemaes*, (edição Laemmert do Rio de Janeiro), as obras de meu patricio e amigo Tobias Barretto deveriam formar nove volumes assim distribuidos: *Ensaio de Philosophia e Critica, Menores e Loucos em Direito Criminal, Estudos Allemaes, Dias e Noites, Estudos de Direito, Discursos, Polemicas, Pequenos Escriptos, Rücksichtslose Briefe.*

Destes nove livros estão publicados os cinco primeiros, isto é, os dois, que abrem a lista, no Recife pelo proprio autor, e os tres seguintes por mim no Rio de Janeiro.

Os quatro restantes, a saber: *Discursos, Polemicas, Pequenos Escriptos, Rücksichtslose Briefe*, — não foram ainda publicados por duas razões: falta de editor e o acharem-se taes projectados livros até hoje bastante incompletos. Nesta data por intermedio de meu amigo Dr. Arthur Orlando devolvo-os á viuua d'aquelle saudoso patricio, para lhes dar o destino que julgar conveniente. Do material que remetto faço o catalogo que segue:

Um *folheto*, sob o titulo — *Discursos do Dr. Tobias B. de Menezes* (Recife, 1887);

Um *fragmento de discurso* — sobre liberdade popular, em tiras manuscriptas;

Um *discurso*, dirigido ao maestro Carlos Gomes, em tiras impressas;

---

(10) A *Provincia e o Provincialismo* apparecem nesta edição completa no volume de *Varios Escriptos*, os outros dois artigos estão no 2.º volume de *Estudos de Direito*.

Um *discurso*, consagrado ao Dr. José Mariano, em tiras impressas.

(São elementos para o projectado livro dos *Discursos*) (11).

Mais: Um *folheto*, sob o titulo — *Selfgovernment* (Recife, 1889);

Um *artigo*, sob o titulo — *Chronica dos disparates*, copia do *Americano* de 4 de setembro de 1870;

Um *artigo*, sob a mesma denominação, copia do *Americano* de 2 de outubro de 1870;

Um *artigo*, de igual titulo, sem data;

Um *artigo*, intitulado — *Um achado aproveitavel*, em tiras manuscritas;

Um *artigo*, com o nome — *A quem achar que lhe assenta a carapuça*, em tiras manuscritas;

Um *artigo*, sob o titulo — *Uma anti-critica ou melhor, uma anti-descompostura*, em tiras manuscritas;

Um *artigo*, denominado — *O almocreve padre Joaquim de Albuquerque*, em tiras impressas;

Um *artigo*, denominado — *Que padre damnado!* em tiras impressas;

Um *artigo*, com a epigrapha — *Ao sacerdos pernambucensis*, em tiras impressas.

(São elementos para o projectado livro das *Polemicas*). (12).

Mais: Um *artigo*, intitulado — *O direito publico brasileiro*, em tiras impressas; é um estudo sobre o livro do Marquez de S. Vicente e está incompleto;

Um *artigo*, com o nome — *A provincia e o provincialismo*, em tiras impressas; é um estudo sobre o publicista Tavares Bastos; está incompleto.

Este e o precedente escripto vieram-me de Pernambuco; mas não a tempo de entrarem para os *Estudos de Direito*, de que deviam fazer parte.

---

(11) A excepção do fragmento de discurso sobre "liberdade popular", todos os demais apparecem no volume *Discursos*, das obras completas, como allás já appareceram na edição de 1900, publicada por Sylvio Romero.

(12) Com exclusão do artigo: *A quem achar*, etc, os demais sahiram em *Polemicas*, edição de 1900, dirigida por Sylvio Romero e se encontram no volume de igual titulo, desta edição completa.

Um artigo, chamado — *Algumas palavras sobre a theoria da móra*; em tiras impressas; foi-me enviado por um amigo do Rio Grande do Sul e não chegou tambem a tempo de entrar nos *Estudos de Direito*;

Um artigo, sob o titulo — *Himmel und Escadafahrt*; tem denominação allemã, mas é escripto em portuguez e trata de um passeio do príncipe Henrique da Prussia, irmão do imperador da Allemanha, á cidade da Escada em Pernambuco; é em tiras impressas (13);

Um artigo, sob o nome — *A religião perante a psychologia*; copia manuscrita, que me enviou um amigo do Ceará; não chegou a tempo de entrar nos *Estudos Allemães*, dos quaes devia fazer parte (14);

Um artigo politico, sob o titulo — *Os homens e os principios*: em tiras impressas (15);

Um mago de jornaes comprehendendo os numeros — 2 e 3 d'O Povo da Escada; 2, 3, 4 e 5 — d'O Desabuso; 1, 6, 7, 8, 9, 10, 12 e 14 do *Contra a Hypocrisia*, contendo varios artigos do autor;

(São elementos para o projectado livro dos *Pequenos Escriptos*).

Mais:

Um folheto, sob o titulo *Ein offener Brief an die deutsche Presse*, Escada — Pernambuco, 1878;

Um numero (o 1.º) do *Deutscher Kämpfer*, de Pernambuco (1875); com varios artigos do autor;

Dois numeros da *Germania* de São Paulo (ns. 90 e 91), onde se acha uma extensa carta datada de 10 de outubro de 1880;

Um pequeno manuscripto dirigido ao *Album de autographos* de Paul Apfelstedt;

Um discurso pronunciado n'uma festa de allemães;

---

(13) Está no appendice do volume *Estudos Allemães*, desta edição completa.

(14) Surgiu em *Varios Escriptos* (edição de 1900); apparecem agora no volume *Philosophia e Critica*.

(15) Está no volume *Varios escriptos*, tanto na edição de 1900, dirigida por Sylvio Romero, como nesta das obras completas.



Uma carta aberta ao professor Holtzendorff, em nome da Faculdade do Recife; (16)

Um longo artigo, em forma de carta dirigida a um jornal da Allemanha;

Um artigo dirigido ao *Club dos Cosmophilos de Leipzig*.

(São elementos para as *Rücksichtslose Briefe*; vão os originaes e uma copia que mandei tirar por um amigo do Rio).

*Addendum*: Vão mais dois caderninhos de notas de direito, e uma collecção d'*O Americano*, com que me tinha presenteado um collega do Rio Grande do Norte, Dr. Joaquim Ferreira Chaves. Nessa collecção existem mais de quarenta artigos de Tobias."

Escrevi e enviei a relação acima, em que inclui até presentes que devia á delicadesa de amigos, despojando-me d'est'arte de todos os livros, folhetos e papeis que possuia de Tobias Barretto, no intuito de facilitar á sua digna viuva a publicação de todos os trabalhos do illustre morto; pois constava-me haver ella conseguido editor para elles em Pernambuco.

O proprio Arthur Orlando dera-me esta boa noticia, ao transmittir-me a ordem de D. Grata Barretto em principios de 1895.

Até hoje, porém, não me consta que o material que devolvi tenha sido, no todo ou em parte, aproveitado em qualquer publicação. E' que certamente a distinctissima senhora tem encontrado os obstaculos que de ordinario embaraçam empresas destas no Brasil. Oxalá consiga vencel-os, e venha a dar á estampa esses e outros trabalhos de seu saudoso marido que ainda andam esparsos!

## II

Já agora não deixo de aproveitar o ensejo, que tão asinha, como diria um classico, se me offerece, de consignar aqui certos factos e fazer a respeito delles indispensaveis considerações. O nome de Tobias Barretto, muito mais conhecido e applaudido nos ultimos tempos, não ficou, todavia, incolume a criticas injustas. Entre os espiritos que o não apreciavam de-

---

(16) Na presente edição completa figura no volume de *Estudos Allemaes*, sob o titulo: *Fundação Bluntschli*.

vidamente e hoje o consideram na altura de seu merito, basta-me citar aqui no Rio de Janeiro os nomes de Affonso Celso, Luiz Murat, Alberto de Oliveira, Mello Moraes Filho e Urbano Duarte, segundo m'o têm referido mais de uma vez. Nos derradeiros annos, nomeadamente depois da publicação da *Historia da Litteratura Brasileira*, a intuição dominante sobre a evolução mental de nosso paiz neste ultimo quartel de seculo modificou-se consideravelmente. Os factores ethnicos de nosso povo, a característica geral de seu genio, a classificação das escolas em letras e philosophia, os typos representativos da vida espiritual da nação, todas estas theses e muitas outras explanadas e defendidas n'aquelle livro, têm sido explicita ou implicitamente aceitas. Assim, já hoje não assistimos mais á extravagancia de falar-se de assumptos intellectuaes brasileiros passando por alto a escola renovadora do Recife e occultando systematicamente os nomes de Tobias Barretto e do autor destas linhas. Livros, estudos, artigos recentes de Clovis Bevilacqua, Arthur Orlando, Martins Junior, Graça Aranha, Leopoldo de Freitas, Arthur Dantas, Fausto Cardoso, João Bandeira, Lacerda de Almeida, Viveiros de Castro, Virgilio de Sá, França Pereira, Valentim Magalhães, J. G. Méron e A. J. Sampaio (*Bruno*) dão eloquente testemunho dessa mutação da critica indigena e até da critica estrangeira no ponto indicado. (17).

Clovis Bevilacqua, em varios trabalhos e mais propriamente no seu livro *Juristas Philosophos* e talvez melhor ainda em seu excellente estudo — *Repercussão do movimento philosophico europeu no pensamento brasileiro*, determina as tres correntes principaes das idéas theoricas modernamente no Brasil, isto é, a do *positivismo*, representada principalmente em B. Constant, Miguel Lemos e Teixeira Mendes, a do *monismo germanico*, representada em Tobias Barretto, e a do

---

(17) Deixo de indicar aqui tambem Mello Moraes Filho, nos estudos que escreveu no *Archivo Municipal* a proposito dos meus *Cantos e Contos Populares do Brasil*; Dunshee d'Abranches, no artigo ao mesmo assumpto consagrado no *Jornal do Brasil*; Eunapio Deiró, nas analyses nesta ultima folha dedicadas á *Historia da Litteratura Brasileira*; e B. de Freitas no escripto no *Diario Popular* de S. Paulo dedicado á apreciação d'O *Evolucionismo* e o *Positivismo no Brasil*; porque esses escriptores amigos falaram nos citados trabalhos apenas do autor deste prefacio e sem referencias ao autor deste livro.

*evolucio*nismo *spenceriano*, representada pelo autor deste prefacio, com a sua *Philosophia no Brasil*, seus *Ensaio*s de *Philosophia do Direito* e seu *Evolucio*nismo e *Positivismo no Brasil* (*Doutrina contra Doutrina*). Arthur Orlando, em variados escriptos e principalmente no estudo sobre os *Juristas Philosophos* de Clovis, elucida o mesmo assumpto, destacando particularmente a independencia e o significado proprio dos trabalhos dos principaes directores do movimento espirital hodierno. Martins Junior, em artigos e na *Historia do Direito Nacional*; Graça Aranha, na conferencia que fez em Buenos-Ayres sobre a actual litteratura nacional reproduzida na *Revista Brasileira*; Leopoldo de Freitas, no estudo ao mesmo assumpto consagrado na *Revue des Revues de Pariz*; Arthur Dantas, no escripto em que no *Rebate* deu noticia dos *Novos Estudos de Litteratura Contemporanea*; Fausto Cardoso, na *Concepção Monistica do Universo*; João Bandeira, no artigo em que no *Jornal do Commercio* apreciou estes *Estudos de Direito*; Lacerda de Almeida, na apreciação que fez da individualidade do Clovis como jurista, na *Revista Brasileira*; Viveiros de Castro, em varios escriptos de critica publicados em jornaes e nos seus livros de direito; Virgilio de Sá, em publicações feitas em S. Paulo; França Pereira, em estudos apparecidos na *Revista Contemporanea* do Recife; e até Valentim Magalhães no livro d'A *Litteratura Brasileira*, os primeiros com muita sympathia e o ultimo com dóse menor de tal sentimento, todos se referem ao nome de T. Barretto como ao de alguem que se não poderia calar. E ao de quem escreve estas linhas têm feito o favor de o não esquecer. O escriptor portuguez J. A. Sampaio (*Bruno*), no *Brasil Mental*, livro novissimo, posto não deixe de ser ou lacunoso ou inexacto ou caprichosamente injusto em varios pontos, reconhece as mesmas tres correntes já d'antes descriptas por Clovis e as determina sob os mesmos chefes.

O Sr. J. G. Mérou, ex-ministro argentino no Brasil, nos artigos que sobre nossa vida intellectual publicou em *La Biblioteca*, revista buenarense, fez-me a fineza de declarar haver tomado principalmente por guia a *Historia da Litteratura Brasileira*, e não esqueceu o nome do autor dos *Estudos Allemaes*, comquanto lhe não fizesse plena justiça, o que é facilmente explicavel, quando se sabe qual foi o grupo litterario

que se acercou aqui do illustre diplomata e o trouxe segregado das fontes mais vivas do pensamento nacional.

Não é, porém, para rememorar gabos mais ou menos francos que venho tratando este assumpto, sinão para consignar e refutar o inverso, o contraste disto, que mesmo nos dias que correm não deixou ainda de ser de quando em vez atirado sobre a memoria do autor destes *Estudos de Direito*.

Por sympathia de causa, coube-me tambem certa dóse nas recentes agruras que o assaltaram; mas por hoje não me quero defender a mim, preferindo, na bella phrase do Sr. Arthur Dantas, que o amigo sobrevivente seja ainda uma vez o campeão do amigo extincto...

Que eu saiba, excepção feita de padres e frades ignorantes ou fanaticos e d'alguns espiritos incultos ou reaccionarios de certas seitas ou crêdos confissionaes, d'entre os homens illustrados e progressistas do Brasil, os dois, que mais a miudo se impõem a tarefa de dizer mal de T. Barretto ainda hoje, são os Srs. José Verissimo e Medeiros e Albuquerque. (18).

Em igual attitude não estão felizmente para commigo, porque circumstancias favoraveis fizeram, d'um meu reitor no Gymnasio Nacional, e d'outro meu discipulo de philosophia, quando ainda muito moço chegara elle de Portugal.

Quanto ao Sr. José Verissimo, quasi nada tenho a discutir com elle no ponto em questão; porquanto, sob uma parece-me que real serenidade, os conceitos do digno critico são de um tom tão dogmatico, tão absoluto no seu negativismo, que toda replica torna-se quasi impossivel ou inutil. Nunca fez, é verdade, estudo especial sobre o autor sergipano, que lhe merece radical antipathia; tem-lhe feito referencias ao passar, atirando-lhe anathemas de que acredita, talvez, não haver appellação: *pessima escola* — é a phrase synthetica em que o illustre homem de letras paraense envolve e condemna o seu confrade de Sergipe...

---

(18) Bem se vê que não conto neste numero o miseravel e torpe covarde que escreveu contra mim umas infames e immundas sandices ultimamente no *Jornal do Commercio* com o pseudonymo de *Labierno*, e que disse que Tobias não passava de *um exquisição de algum talento*... A este desgraçado cultor do *póde ser que sim e póde ser que não*, vulgarizador do *rabbinismo de Granada*, e um dos responsaveis pelo assassinato de Apulcho de Castro, não respondi, por o julgar muito abaixo da critica...

Não lhe quero mal por isso; porque comprehendo ser esse o sentir que ao temperamento espirital do autor dos *Estudos Brasileiros* poderá inspirar o d'um escriptor como o dos *Estudos Allemaes*.

A José Verissimo repugnam todas as escolas e systemas que se caracterizam por um qualquer symptoma de lucta e opposição a certas idéas que lhe são caras. D'ahi o desaccordo. Elle praz-se em certo genero de placida e quieta mansuetude intellectual que reina numa especie de circulo polar de nossa litteratura e tem aqui no Rio de Janeiro o seu cenaculo. Machado de Assis, Escragnolle Taunay, Joaquim Nabuco e poucos mais são os representantes magnos desse resto de passada semi-aristocracia pensante que faz as delicias de nosso critico. E' a roda que elle frequenta, a gente de quem gosta e sinceramente admira. Por isso é que as *Memorias Posthumas de Braz Cubas* se lhe antolham como um prodigio, e *Innocencia* como um primor...

Comprehendo, explico e justifico até, a despeito de não estar convencido da *pessimidade da escola*, a que afinal genericamente pertenco por mais de um laço e mais de um titulo.

Com Medeiros e Albuquerque o caso é um pouco diverso e ha o que discutir e rebater.

Por este moço, poeta, escriptor e politico, tenho um fraco especial: foi-me apresentado por seu pae, o velho Campos de Medeiros, que me incumbiu de ensinar-lhe philosophia. A indole, o espirito, as condições geraes desse curso, allás muito intimo e particular, já foram descriptos pelo fallecido Tito Livio de Castro no admiravel artigo que consagrou aos livros de poesia de meu distincto ex-discipulo.

Logo á primeira ou segunda palestra didactica com o joven Medeiros, percebi a indole de seu talento, e comprehendi o partido que poderia tirar dessa intelligencia adolescente. Em vez de lições dogmaticas, fazia-lhe a indicação das idéas, mostrava-lhe as *correntes intellectuaes de nosso tempo*, criticava as doutrinas; obtinha, d'est'arte, um duplo resultado: despertava-lhe a crescente e irresistivel curiosidade pelo mundo do pensamento e provocava nelle a autonomia da intelligencia e do criterio. Nada de idéas feitas e irreductiveis, sinão quando de todo evidentes.

Questões de psychologia, moral, esthetica, logica, anthropologia, litteratura e religião foram assim entre nós debatidas, e o moço alumno sahio, pelo menos, de posse de certa disciplina intellectual, que tem feito delle o que elle é, a saber, extremamente estudioso e notavelmente autonomo de pensamento.

Mas tudo, até as mais bellas cousas, tem o seu inconveniente, e o de Medeiros está em ter trilhado e continuar a trilhar um sem numero de caminhos, sem se deter longamente num ponto dado. Philosophia, politica, critica litteraria, psychologia, ethnographia, sciencias naturaes, sciencias occultas, não falando já na poesia, tudo tem attrahido a intelligencia do joven pernambucano, sem lhe dar tempo de repousar e de erigir morada em sitio maduramente escolhido. A autonomia de seu criterio, não a tem elle perdido; e, ao contrario, tem-na exagerado por vezes, resvalando para completa e escusada rebeldia. Umás poucas de cousas em politica e em letras tem-nas elle praticado, só pelo excessivo sentimento de ser e mostrar-se independente e autonomo. A sinceridade, porém, de suas convicções e actos é sempre a mais completa e inteiriça que se possa imaginar. Preso a mim pela velha sympathy que lhe consagro, dá-me sempre que pôde arrhas de sua independencia, e, varias vezes, tem sido esta á custa de Tobias Barretto. Em taes condições, seria indesculpavel de minha parte não retrucar; os injustos conceitos de um amigo a respeito d'outro não os posso deixar eu sem reparo, quando o amigo atacante me chama nominalmente a terreiro e o amigo atacado já não existe para se defender.

Antes de mais nada, confesso que me faz má impressão um espirito cheio de audacias e rebeldias, qual Medeiros e Albuquerque, andar a alfinetar um espirito da mesma indole, como foi Tobias Barretto. Esta missão devia o moço critico deixal-a aos reaccionarios, aos caturras, aos atrazados de todos os feitios e tamanhos. Entretanto, por tres vezes seguidas nos derradeiros tempos tem Medeiros investido contra o seu predecessor nas luctas intellectuaes e todas tres sem a mais leve sombra de razão. A antipathia do autor dos *Peccados* pelo autor dos *Dias e Noites* não é um producto irremediavel de sua propria indole; é antes uma impressão recebida em certos circulos litterarios que frequentou em tempo e a que sem reparar

paga tributo. Isto mesmo se reconhece nas tres investidas ultimas a que me refiro: no artigo em que falou de meu livro sobre Machado de Assis, no estudo que consagrou aos *Delictos contra a Honra da Mulher* de Viveiros de Castro e em a noticia que deu d'*O meu ideal* de João Barretto de Menezes, filho de Tobias. Tratando de dois amigos e um filho do autor destes *Estudos de Direito*, Medeiros não deixou passar a occasião de mostrar a insubmissão de seu criterio e disse cousas bem desagradaveis do celebre morto. E' escusado discutir os tres artigos na integra; é sufficiente a apreciação do ultimo inserto n'*A Noticia* de 18 de março passado.

Um homem da intelligencia e do saber de Medeiros e Albuquerque, por mais afastado que seja do modo de sentir e pensar d'um espirito como Tobias Barretto, não poderia deixar, ao menos n'um sentido generico, de o considerar um talento de selecção e cheio de merecimento. Isto era fatalmente verdadeiro e o proprio artigo questionado dá testemunho do facto. E' o tributo de um talento diante de outro. Mas, por outra face, não se querendo dar ao trabalho de lêr despreocupadamente todos os trabalhos publicados de Tobias, e julgando-o perfunctoriamente, chega ao ponto de reeditar alguns dispartados conceltos que a respeito d'aquelle correm entre malevolos. Por isso o seu escripto assemelha-se a uma canção de D. Juan: o canto diz uma cousa e o acompanhamento diz outra. E' um artigo de duas vistas: de um lado, Tobias era — *um homem de grande talento, alma e imaginação de poeta com rara abundancia de imagens, grande sonoridade de versos, pensamentos de grandeza e delicadeza extrema, o que tudo lhe confere na escola em que se filiou um lugar á parte, elevado e distincto...* por outro lado, Tobias inspira a Medeiros *uma admiração muito pequenininha, porque não passou de um vulgarizador habil, um bellicoso, barulhento, gostador de polemicas, ridicularizador de seus collegas de magisterio, um bohemio estroina, algum tanto relaxado de costumes, um pandego tocador de violão que se tornou celebre e popular entre estudantes por cahir na pagodeira com estes, não os reprovando systematicamente, saber allemão e citar nomes rebarbativos...* São as proprias expressões de Medeiros: a má vontade é pa-

tente. E, entretanto, não sei como conciliar o canto com o acompanhamento, isto é, a grandeza do poeta com a ruindade do homem, do professor e do crítico. Ainda mais: declara Medeiros em proprios termos, falando das referencias que Tobias fazia dos modernos pensadores aos seus discipulos: *a rapaziada gostou e todo um movimento intellectual nasceu dahi...* Não sei como conciliar tão grande resultado, como é a *iniciação de um movimento intellectual completo*, com um factor tão desasado, qual deveria ser *essa mistura de bohemio tocador de violão e professor que não reprovava ninguém...*

Sim; tomo nota e registro as duas confissões aproveitaveis de Medeiros e Albuquerque: Tobias foi um dos primeiros poetas do romantismo brasileiro e o melhor certamente de sua escola, e foi o iniciador do movimento que renovou em Pernambuco o mundo do pensamento.

A primeira these é preciosa e serve para refutar aquelles que ainda hoje, como José Verissimo, contestam o talento poetico ao autor dos *Dias e Noites*, a ponto de *não poder elle siquer aspirar a um lugar ao lado de Castro Alves...* São as proprias palavras de Verissimo. A segunda affirmativa, que é tambem verdadeira, e é oriunda da rectidão mental de Medeiros, serve para provar a inanidade das censuras por elle feitas ao meu grande amigo extinto, porquanto não se póde comprehender que um tão nótavel resultado, uma phase inteira, um estadio completo da vida espirital da nação tivesse uma tão viciada origem. Ha, d'est'arte, no juizo de Medeiros e Albuquerque sobre Tobias Barretto uma contradicção intrinseca, que o corrómpe e anniquilla.

Tudo porque o meu joven amigo não se quer despedir, não quer tomar a resolução de despojar-se dos preconceitos e malevolencias que certas malocas litterarias fluminenses professam ainda hoje, no tocante a Tobias: o homem que renovou a poesia no Recife e mais tarde o pensamento litterario, philosophico e juridico alli, era um impossivel a olhos vistos que tivesse sido esse embroglio descripto em seu artigo.

E tão insustentavel é a posição de meu querido ex-discipulo que elle, sempre tão lucido e tão respeitador do criterio historico, chega ao ponto de esquecer os principios mais elementares da critica, julgando, contra todos os preceitos, Tobias de uma só pancada, de um só golpe, por assim dizer, es-



quecendo o longo e instructivo processo de desenvolvimento, o interessante caso de evolução que constitue a mais attraente curiosidade no estudo desse notavel brasileiro. No afan de atacar, o critico esquece os preceitos de sua arte e resvala em verdadeiros paralogismos.

Tudo apparece indistincto e d'uma só peça e o caso do escriptor sergipano transforma-se n'um verdadeiro milagre: sem nos dizer donde sahiu elle, nem onde estudou e preparou-se, nol-o dá como apparecendo repentinamente em Pernambuco, entrando para o professorado da Academia atrazada, sabendo o allemão, tendo lido Darwin, Haeckel, Ihering, Ludwig Noiré, fazendo franca camaradagem com os estudantes, popularisando-se por isto... Eis as proprias palavras de Medeiros:

"Eu professo por Tobias Barretto uma admiração muito pequenininha... De tudo quanto meu velho amigo e mestre Sylvio Roméro tem escripto, das informações colhidas aqui e allí, muito principalmente das obras do autor dos *Dias e Noites* que eu li, — cheguei a formar a seu respeito a seguinte opinião:

"Homem de grande talento, elle chegou ao Recife e conquistou uma cadeira na Faculdade quando ainda ahí não havia penetrado nenhuma das idéas modernas de evolução e darwinismo: o mais longe que se tinha alcançado era o eclectismo rançoso de Cousin.

"Predominavam, porém, os representantes do espiritalismo mais puro: um alumno que ousou dizer em exame que os animaes, além do instincto, tinham intelligencia, provocou em certa mesa de exame a mais franca hilaridade.

"Ora, foi neste meio que Tobias cahiu. Por um lado, elle tinha lido Darwin, Haeckel, Ludwig Noiré, estava, até certo ponto, ao corrente do movimento philosophico europeu.

"Por outro lado, era bellicoso, barulhento, gostava de polemica e não duvidava atacar e ridicularisar os seus collegas de magisterio. A coisa lhe era tanto mais facil quanto, graças á sua vida estroina de bohemio, um pouco relaxado de costumes, obteve em breve tempo a franca camaradagem dos seus alumnos — que elle declarava não reprovar em caso nenhum.

"Professor que cáe na pandega com os rapazes e que systematicamente os não reprova — está certissimo de fazer po-

pularidade. Foi o que succedeu a Tobias. Felizmente elle a aproveitou bem, porque, tendo lido as ultimas novidades philosophicas da Europa, deu aos seus discipulos o desejo de conhecê-las. O seu grande papel foi dizer-lhes que havia na Inglaterra um velho chamado Darwin, cujas obras eram muito interessantes; que na Allemanha os cidadãos Haeckel e Ihering tambem tinham escripto cousas aproveitaveis... A rapaziada leu, gostou e todo um movimento intellectual nasceu d'ahi. Foi pouco? Certamente que não. Elle teve o grande merito de chamar a attenção para as idéas novas. Foi um vulgarizador de talento — mais talvez nas palestras do que nos escriptos, onde as contradicções se encontram a cada passo.

“O que avultava nelle era a imaginação poetica, a *verve* sempre caustica, a facilidade de versejar — não raro applicada de um modo *bocagiano*... Foi esta mistura de bohemio tocador de violão, de professor que não reprovava ninguem e de homem que nesses tempos (raridade assombrosa!) sabia allemão e falava em nomes rebarbativos, que fez d'elle um idolo da rapaziada, e faz ainda hoje os que o julgam com reminiscencias de academia proclamarem-n'o o mais encyclopedico genio que o Brasil já tem tido.

“A meu ver, Tobias era antes de tudo uma alma de poeta. Tem uma rara abundancia de imagens, uma grande sonoridade de versos, pensamentos de grandeza e delicadeza extremas. Os seus defeitos em *Dias e Noites* são os da escola em que se filiou, mas na qual é força convir que guarda um lugar á parte, elevado e distincto.”

Perdôe-me o joven amigo Medeiros; esta historia não está certa: não é verdade que o meu patricio Tobias tivesse chegado ao Recife e conquistasse assim do pé para a mão uma cadeira na Faculdade. A verdade é que o poeta dos *Dias e Noites* allí chegara em 1862 e só vinte annos mais tarde, em 1882, é que entrou para a alludida Faculdade; e esses vinte annos foram empregados em estudos e luctas intellectuaes de toda a especie, como fossem questões com Castro Alves, concurso de philosophia com Soriano de Sousa, discussões nessa sciencia com o mesmo Soriano, com o Conselheiro Autran d'Albuquerque, com o filho d'este Godofredo, polemicas litterarias com Franklin Tavora e outros, redacções de jornaes, como o *Americano*, etc., etc. Por dez annos seguidos duraram essas cam-

panhas sem o batalhador arredar o pé da capital de Pernambuco. Durante os dez annos seguintes, em que residiu na visinha cidade da Escada, continuaram as luctas ainda mais renhidamente nas duas cidades; pois Tobias ia, pode-se dizer, quinzenalmente ao Recife, collaborava a miudo nos jornaes d'essa capital, frequentava-lhe os theatros e salões, era assiduo na tribuna do jury, foi alli deputado á Assembléa provincial, onde fez numerosos discursos, etc.

Não é verdade, pois, que se tivesse popularisado quando, já nos ultimos annos da vida, entrara a fazer parte do corpo docente da Faculdade. A verdade é que popular e conhecido no Recife foi elle desde que alli esteve durante o curso academico e postara e creara a escola que aos criticos d'aqui aprouve denominar condoreira. Não precisou de *pandegas de estudantes* para isso. Não é verdade que em 1882, ao entrar elle para o professorado academico, o Recife estivesse ainda atolado no rançoso eclectismo. A verdade é que fazia mais de dez annos que a intuição havia mudado e o proprio Tobias não tinha sido estranho ao facto, se não o seu principal fautor.

Não é verdade que elle chegasse ao Recife sabendo o allemão; a verdade é que, não tendo aprendido essa lingua nem em Sergipe, nem na Bahia, por não fazer ella parte do canon de nossos preparatorios, o simples facto de estudal-a consigo proprio, de 1870 em diante, prova da parte d'elle o plano consciente de reagir contra a velha intuição franceza que em letras e philosophia nos andava a estragar havia muitos e muitos annos. Não é verdade que Tobias se tornasse o *ídolo da rapaziada*, na phrase pinturesca de Medeiros, por lhe recitar *nomes rebarbativos*. A verdade é que, se tal se tivesse dado, provaria apenas a estolidez de tal rapaziada, e se ella fosse assim tão bestial, não poderia ter ajudado a formação de um novo movimento espirital...

Não é verdade que se tornasse notavel o escriptor dos *Estudos Allemães* pura e simplesmente por ter feito vêr aos moços a existencia em Inglaterra do *velho* Darwin, em Allemanha dos *cidadãos* Haeckel, e Ihering, que a *rapaziada* veio a ler e de que veio a gostar, dando nascimento ao *supradito movimento intellectual*. A verdade é que esta seria uma expli-

cação infantil dos factos, tirando ao chefe o seu valor intrínseco e conferindo-o aos seus meros seguidores.

Não é verdade que o professor sergipano *cahisse na pandega* com seus discípulos e declarasse não os reprovar systematicamente. A verdade é que Tobias, sendo um homem chão, alegre, expansivo e amavel, alheio a todo genero de conventionalismo, e a toda especie de impostura, tratava affavelmente aos estudantes, que o estimavam, que o procuravam pelo prazer de sua convivencia intellectual e não para *pandegas*, no sentido pejorativo d'essa expressão. Estive em 1886 seis mezes seguidos no Recife, não deixei de ver Tobias um só dia, e nunca o encontrei mettido em *pandegas*. Era em pleno periodo do seu curto professorado, que durou apenas sete annos (1882-89), sendo que os ultimos tres passara-os já quasi impossibilitado de ir á Faculdade.

Pois bem; n'aquelle anno, além de sua aula academica de pratica do processo, mantinha elle duas aulas particulares, uma de direito criminal, outra de litteratura comparada e estava dirigindo a segunda edição de seus *Menores e Loucos* e a primeira de suas *Questões Vigentes de Philosophia*.

Não falando já em tres ou quatro defesas notabilissimas que lhe ouvi n'aquelle curto espaço no jury, bem se vê que não era pouco o trabalho, e esse não é certamente o viver ordinario de um *pandego*. Não é verdade que Tobias tivesse sido um *bohemio tocador de violão*, como, para o ridicularisar, affirma Medeiros, representando-o, pouco mais ou menos, como uma especie de *cafageste* ou *capadocio* das camadas populares. A verdade é que elle foi um grande conhecedor e amator da musica, que lhe fôra ensinada pelo maestro sergipano Marcello Santa Fé; que á divina arte, de que era eximio cultor como *barytono*, rendeu o culto que era possivel nas pequenas villas de Sergipe, em que viveu, tomando parte nas festividades dos templos, nos officios religiosos; que, fóra disto, fez-se ouvir por vezes em festas familiares e em serenatas de moços, na deliciosa guitarra hespanhola, que é o nosso violão; que isso, porém, durou apenas durante o periodo de sua mocidade, pois tinha 22 annos quando deixou a terra natal e seguiu para Bahia e depois para Pernambuco; que allí, de então em diante, seu instrumento predilecto foi o piano, em que se tornou mui destro, e foi ao som deste instrumento que lhe ouvi du-

zias de vezes cantar os mais selectos trechos da musica italiana, franceza e allemã; que na guitarra ou violão só raramente e a rogos repetidos se fazia ouvir em Pernambuco e era sempre em rodas particulares e amigas. Medeiros é victima de um preconceito romantico, quando repete essa lenda d'um professor da Faculdade, de violão em punho, a percorrer em descantes as ruas do Recife... Onde o meu bom e meigo Medeiros foi haurir essa pilherica phantasia?

Não. Tobias nunca foi sectario de taes *licenças*; não julgava que ellas devessem ser mantidas, como prova de respeito á *liberdade dos cidadãos*... Foi elle proprio quem o disse, n'este livro: "Os parvos estão de accordo em que a mais alta expressão do *liberalismo* é o dominio do cacete, do barulho, do reboiço eterno. De conformidade, por exemplo, com os principios da sociologia nacional brasileira, como é ella cultivada por vadios e vagabundos, é *despotismo clamoroso*, quebra a *viola do ocioso cantor popular* e põe um limite aos excessos da *bebedeira*..." Ora, bem se está a vêr o absurdo de querer equiparar, por qualquer fórma, o philosopho e critico das *Questões Vigentes com typos dessa laia*... Ora, pelo amor de Deus!

E, finalmente, toco em o ponto que me foi mais doloroso no libello de meu amigo Medeiros, porque tambem é o mais injusto e o que, sem replica radical, poderia prejudicar o nome honrado de Tobias Barretto.

Não é verdade que o meu velho amigo fosse um *bohémio estroína, um pouco relaxado de costumes*...

Ah! o joven Medeiros deve bem saber o que isto custa! Pobre Tobias! tem pago na vida e na morte até o ultimo ceutil o grande crime de sua superioridade! De charlatães ou ladrões, de incompetentes ou criminosos não são raros os casos nos annos de nossa politica e de nossas lettras no decorrer de quatro longos seculos. Alguns d'elles têm passado por genios e outros por santos. De alicantinas e prevaricações, de perversidades e delictos existem paginas bem tristes que os interessados se empenham em occultar, quando não se esforçam por colorir e doirar. Mediocres de toda a casta, almas reles de todo genero são ahí endeosadas quotidianamente por avidez ou adulação. Cantam-se innocencias por toda a parte de tudo

e de todos!... Só Tobias é peccador nesse paiz de santarões...

Isto agora recentemente, depois que se chegou a conhecer aqui a quadrinha pilherica por elle dirigida a uns estudantes que tinham bravatas guerreiras e fingiam querer seguir para a campanha do Paraguay...

Singular tem sido o caminho no Rio de Janeiro percorrido pelo renome de nosso poeta e jurista.

A principio não existia elle; era um verdadeiro *mytho*; de seu nome não se cogitava; era como *non avenu*... Para que? Para explicar a phase derradeira do romantismo com seus surtos sociaes e patrioticos não tinha existido ahí o Castro Alves? Para explicar certas mutações na philosophia, na critica, no direito — não havia tantos e tantos nomes de geniaes figurões? Para remover duvidas não seria sufficiente, por exemplo, o nome de José Hygino ou João Vieira?

Foi a primeira phase. Provou-se que essa historia estava errada; demonstrou-se a existencia e a precedencia do demonio da Escada. Já não era mais possivel contesiá-lhe a acção; reconhecer-se que tinha vivido, que não tinha sido um *mytho*, que era uma realidade; porém *não era lá essas cousas*; não passara de um *mediocre* turbulento. Foi a segunda phase. Demonstrou-se com as provas na mão que ainda este ultimo modo de vêr era falso, que o homem tinha tido muito talento e saber. Não duvidaram mais sériamente disso; mas passaram-no a chamar *gongorico*, por causa de alguns versos destacados.

Terceira phase foi essa. Provada ainda a falsidade de tal imputação em face de numerosissimas poesias doces e maviósas e delicadas do autor censurado, passaram agora a acoi-mal-o de *pornographico*, por causa da citada pilheria referida no meu livro sobre Machado de Assis. E' a quarta phase. Sinto que especialmente para esta viesse Medeiros e Albuquerque contribuir com sua quota de infundadas asserções. Lastimo-o pelo seu character e pelo seu talento.

O meu ex-discipulo engana-se redondamente, se labora na presumpção de haver sido Tobias um exemplar de certa classe de *bohemismo* que teve e tem tantos representantes nas obscuras espheras de nossa pequena litteratura. A vida inteira do escriptor sergipano protesta eloquentemente contra

tão falsa e injusta opinião. Desde muito moço, foi elle forçado a cuidar de sua propria subsistencia. Desde os 15 annos vemol-o, no Lagarto, regendo uma aula de primeiras letras. Isto desde 1854, pois que nascera em 1839. Nesse tempo já era proficiente na lingua latina, da qual tirou em brilhante concurso, aos 18 annos, em 1857, a cadeira publica que então existia na villa de Itabayana, onde se conservou até 1861, época em que seguiu para a Bahia a estudar os preparatorios, que o habilitassem a matricular-se no curso juridico do Recife. Effectivamente logrou esse intento, pois vemol-o na capital de Pernambuco, onde concluiu a instrucção secundaria, desde fins de 1862, iniciando pouco após os estudos da Faculdade.

E, como não tivesse *mesada* dos pais que lh'a não podiam dar, entrou durante a phase academica em tres concursos para o magisterio official, que se tornaram celebres, dois de latim em que bateu-se com o P. Felix Diniz e outro de philosophia em que lutou com o famoso thomista Dr. José Soriano de Sousa. Como não tirasse nenhuma dessas cadeiras, porque não era um protegido, viveu sempre a leccionar particularmente aquellas e outras disciplinas. Não de convir que não é este precisamente o viver de um *bohemio*, segundo o conceito que de ordinario se fórma dessa categoria de gente. Depois de formado, em fins de 1869, residiu ainda permanentemente no Recife, durante os dois annos seguintes, tentando o jornalismo, o magisterio, a advocacia. Em principios de 1872 retirou-se para a Escada, onde a pequena advocacia local foi o seu ganha-pão e onde fez por dez dilatados annos os fortes estudos que fizeram delle um dos homens mais instruidos que o Brasil tem possuido.

Hão de ainda convir que tal não é precisamente o viver de um *bohemio*, segundo o conceito que de ordinario se forma dessa categoria de gente. Os sete derradeiros annos da vida passou-os no Recife, pois, tendo já 43 annos de idade, ainda teve coragem de tentar allí n'um grande certamen publico um melhoramento para sua posição, sendo dessa vez feliz. Era o quinto concurso em que entrava, desapercibido da muralha de padrinhos que no Brasil é de praxe em casos taes.

Durante o periodo de seu professorado academico, além de ter allí regido as cathedras de economia politica, philosophia do direito, direito publico e processualistica, das quaes

apresentou magistraes programmas, manteve cursos particulares, como já disse, de direito criminal e litteratura, e publicou — *Estudos Alemães* (1.<sup>a</sup> edição), *Menores e Loucos* (1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> edição), *Questões Vigentes*, *Selfgovernment*, *Ensaio de Philosophia e Critica* (2.<sup>a</sup> edição), não falando em variados artigos nos jornaes.

Hão de, finalmente, convir não ser esse precisamente o viver de um *bohemio*, segundo o conceito que de ordinario se forma dessa categoria de gente.

Bem longe disso; elle foi sempre inimigo irreconciliavel do desregramento dos *bohemios* do romantismo. D'ahi as turras que teve com os representantes do genero durante a sua phase de estudante. Viveu sempre em opposição a elles e a censural-os sem piedade.

Em 1865, em plena phase de romantico condoreirismo, escrevia contra os pretendidos *genios bohemios e beberrões*: "Seja qual fôr o vigor de seu talento, e seja qual fôr a grandeza de suas concepções, o poeta é sempre um homem, é como tal sujeito ás leis que regem a natureza humana.

Observa-se, entretanto, que, na época actual, quem faz uma quadra, uma enfiada dessas bagatellas que por ahí facilmente correm com o nome de poesia, crê-se logo revestido de uma certa immundade moral. E é possivel chegar o dia em que os chamados *genios* reclamem tambem a immundade legal... Porque não ?

Quando se lhes desculpam as tolices, porque são poetas, a deshonestidade, porque são poetas, é de esperar que muito breve se lhes desculpe tambem o furto, por que são *genios*; o defloramento, porque são *genios*; e até o assassinato, porque são *genios*.. Falemos franco.

A poesia rotineira dos nossos dias é a deserção dos principios moraes; é Deus tratado com um certo tom de atrevida familiaridade; é a mulher métricamente seduzida, convidada para presidir ao grande banquete da vida licenciada; é a criação representada como uma cortezã immensa, bamboleando bebida no espaço, de taça em punho, atirando ao infinito a gargalhada do deboche...

O poeta, fazendo o inventario da natureza de que se mostra rei e senhor, não esquecendo nunca a brisa que suspira, a florinha que se inclina, o regato que murmura, a onda que



beija a praia, etc., etc., tem o ar de dizer a qualquer bella que se lhe antolhe, como Satanaz a Jesus: Tudo isto é meu e eu t'ô dou, se te curvares aos meus desejos. E' o requinte do desaforo; não tem outro nome. Nos livros de um poeta devem-se tomar as dimensões de seu craneo e palpar as dores de seu coração. E' bem pequenina a cabeça que não aguenta uma *idéa nova, grandiosa e aproveitavel*; bem acanhado o peito que apenas pôde conter a mesquinhez de triviaes amores. Suffocar, no curso da vida, todas as paixões aviltantes, e deste tormento dignamente doloroso, fazer brotarem os sentimentos nobres que determinam as nobres acções; provocar, interpellar a natureza, cobri-la com um olhar indagador, exigindo-lhe os segredos da sabedoria, e ter em resposta o que outr'ora ao santo leproso da Iduméa o abysmo respondia — *non est in me*; amar, procurar unir-se, purificar-se diante de Deus na chamma celeste de uma alma de mulher, tudo isto é o assumpto da grande, da verdadeira poesia, porque é ao mesmo tempo o assumpto da vida do homem de bem.

E' de notar a maldição continua lançada pelos poetas contra os homens positivos. E quem são os homens positivos? Serão aquelles que, occupados no seu trabalho, não se demoram um instante para escutar as harmonias phantasticas de algum sonhador allemão, para ler uma pagina de Musset e apreciar poeticamente descriptos os trejeitos e colleamentos de alguma hespanhola voluptuosa, querendo morder como uma féra na estação da berra; para medir com Goethe os pés do hexametro no dorso nú da cortezã romana, tudo isto em versos, tudo isto em livros que se espalham, que se louvam, que se animam, que se beijam... serão esses? Oh! então os homens positivos são os homens honestos."

Curioso bohemio esse, *de costumes algum tanto relaxados*, que em plena mocidade, aos 26 annos, pensava e escrevia couzas dessas e taihava carapuças que seria facillimo enfiar pela cabeça a dentro de ebrios e peraltas que formigavam então pelo Brasil em fóra.

Bohemio singular, que foi um dos homens mais altivos e correctos que é dado imaginar diante de grandes e poderosos; que nunca desceu a baixezas diante de politiqueiros e mandões; que nunca representou o papel equivoco do pretendente; que nunca bajulou ninguem, e, na sua independen-

cia selvagem, nunca cortejon grupos ou *coteries* politicas, nem litterarias; que, na phrase graphica do insuspeito Conselheiro Coelho Rodrigues, no meio das maiores privações, *nunca alougou a penna, nem deixou jámais que The botassem o cabresto*; bohemio phenomenal, de mãos limpas em cousas de dinheiro e alma san na esphera das convicções e interesses quaesquer; bohemio relaxado, que não se embriagava, nem dava *facadas* nos companheiros; que não jogava e cumpria os seus compromissos; que não frequentava circulos suspeitos, e era disputado pelas mais selectas rodas do que havia de mais elevado e distincto na sociedade pernambucana !

Era, sim, alegre, expansivo, meigo, amavel, despretençioso, brincalhão, como são todas as almas boas, todos os temperamentos robustos, todos os talentos fundamentalmente poeticos. A sociedade de Pernambuco é que o requestava, por o querer e admirar, nomeadamente as moças que se deixavam enlevar por seu espirito, e os estudantes que se deixavam prender pela variedade de seu saber e os encantos de sua conversação. O mesmo se deu aqui no Rio de Janeiro com Laurindo Rabello, a mais communicativa intelligencia que já uma vez houve no Brasil, superior a Tobias neste particular.

Ninguem teve jámais a lembrança de fazer do poeta dos *Dias e Noites* e do critico dos *Estudos Allemães* um typo de santarrão, de caturra hypocrita, desses que sabem mercadejar habilmente as crenças e os proprios sentimentos.

Abusava do café, fumava em excesso e era mui cahido por mulheres... Na franqueza e lealdade que irrompia de todo o seu ser nunca fez disso mysterio e foram os unicos vicios que lhe conheci, se como vicios podem ser taxados.

De bebedeiras foi sempre inimigo. Conheci-o e frequentei-o durante annos e annos, tive-o por meu hospede innumeras vezes e fui hospede delle outras tantas, e nunca o vi beber, sinão nas refeições e com a maior parcimonia. E' por isso que os ebrios foram sempre objecto de seu escarneo. Neste livro mesmo ha mais de uma prova disto: *verbi-gratia*, nos *Delictos por omissão*, exemplifica um caso, com estas palavras: "A — deposita no seu porta-licor uma garrafa de bebida especialmente preparada para provocar vomí-

tos em B, velho borracho, que não dispensa occasião de saborear a *santa pinga...* (19). Ou, no *Direito autoral*, exemplificando o caso d'um musico que pretendesse, sem dar satisfação a Carlos Gomes, imprimir *variações* das operas do grande paulista: "O maestro reclamava; mas o illustre *variador*, que figuro ser um desses muitos *genies méconnus*, de quem diz a lenda que, quanto mais *alcoolizados*, mais gigantescos se mostram no manejo de seu instrumento, etc..." Muitos outros flauteios do genero, que importam em verdadeiras censuras do romanticismo bohemio das bebedeiras, encontram-se nos escriptos de Tobias, que os podia fazer, porque era sobrio em bebidas. Quem informar o contrario disso a Medeiros de Albuquerque, mente pelos pulmões e pela gorja. E deixe o meu querido ex-discipulo de andar a acreditar em phantasias e lendas arranjadas por ignorantes ou mãos. Quando quizer saber quem foi Tobias Barretto como individuo, como personalidade privada, como character, pergunte a um homem serio, como é o seu amigo Dr. Joaquim Borges Carneiro, que foi companheiro de casa do poeta durante annos na phase academica; ou pergunte ao Conselheiro Dr. Antonio Coeího Rodrigues, que o conheceu muito de perto no tempo em que foram estudantes e mais tarde na Escada e mais tarde ainda na Faculdade, como professores ambos; pergunte e ouça o que elles lhe dizem.

Deixará então de confundir um simples homem espirituoso, alegre, expansivo, amavel, despretencioso e bom, posto que energico, convencido, susceptivel e irritavel, com um *bohemio estroina de costumes algum tanto relaxados*, phrase que entrego ao juizo dos posteros, como a mais ingrata injustiça com que já uma vez em nossos dias a leviana crueldade da critica pretendeu manchar a um dos homens mais dignos que têm existido no Brasil.

Rio, Maio de 1898.

SYLVIO ROMÉRO

---

(19) No 2.º volume destes *Estudos de Direito*, da edição completa.

**Estudos de Direito**

1.º Volume



I

Prolegomenos do Estudo do Direito Criminal

I

*Da evolução do direito em geral e das leis penaes como instituições sociaes; divisões e definições; relações do direito criminal, incluído o militar, com outras sciencias.*

**Q**UALQUER que seja a escola, em que se filie, nenhum pensador da actualidade acredita seriamente na origem divina do direito. Nem essa crença se faz precisa, como manifestação de sentimento religioso.

O espirito scientifico moderno tem um principio regulador. Este principio é a idéa do desenvolvimento, concebido como lei, que domina todos os phenomenos sidericos e telluricos: seres de toda especie, anorganos e organicos, raças, povos, Estados e individuos.

E' em virtude dessa mesma lei que o direito, com todas as suas apparencias de constancia e immobilidade, tambem se acha, como tudo mais, n'um *perpetuo fieri*, sujeito a um processo de transformação perpetua.

A fixidade do direito, quer como idéa quer como sentimento, é uma verdade temporaria e relativa se não antes uma verdade *local*, ou uma illusão de optica psychologica,

devida aos mesmos motivos, que nos levam a falar da fixidade das estrellas.

Nada mais que um méro effeito do ponto de vista, da posição e da distancia. O que aos olhos do individuo, que não vai além do horizonte da torre de sua igreja parochial, se mostra estacionario e permanente, aos olhos da humanidade, isto é, do ponto de vista historico, se deixa reconhecer como fugaz e transitorio.

A sciencia não encara as cousas como ellas apparecem ao individuo, mas sómente como ellas se mostram ao espirito humano.

Platão tinha dito: “não ha sciencia do que passa”. Veio o genio dos novos tempos, e redarguiu convicto: “só ha sciencia do que é passageiro”; pois tudo que póde ser objecto scientifico, o homem, a natureza, o universo em geral, não é um estado perenne, mas o phenomeno de uma transição permanente, e de uma continua passagem de um estado a outro estado.

O direito constituiria uma anomalia inexplicavel ou uma especie de disparate historico, se no meio de tudo que se move, sómente elle permanecesse immovel.

Os theoristas do chamado direito natural, que ainda não adquiriram a consciencia da propria derrota, continuam a appellar para “uma essencia ideial da justiça, universal, immutavel, que é o exemplar de todos os institutos penaes.” São palavras, estas ultimas, do italiano Pessina, em quem se nota uma singular mistura de sciencia positiva e phantasias metaphysicas.

Mas uma essencia ideial da justiça tem tanto senso, como por ventura uma essencia ideial da saude ou uma essencia ideial do remedio. Puras idéas geraes, a que os modernos *realistas*, os Duns Scotts dos nossos dias, attribuem uma existencia independente da realidade empirica.

E' verdade, e não é mister negal-o: a comparação ethnologica deixa patente que nas primeiras phases da associação humana, entre as populações mais diversas e geographicamente mais afastadas, apparecem, com toda regularidade, as mesmas fórmulas de organização. O casamento, a familia, a propriedade, nos estadios primitivos, apresentam um aspecto semelhante entre povos differentes .

Que é licito, porém, concluir dahi? Que o direito é uma lei natural, no sentido de ter sido inspirado, implantado por Deus? Mas tambem a mesma comparação ethnologica nos mostra que em uma certa phase da evolução humana as populações primitivas, as mais diversas e distantes umas das outras, tiveram o seu Prometheo; será então concludente que se fale, naquelle mesmo sentido, de uma lei natural do *uso do fogo?!...*

E não sómente o uso do fogo; os estudos prehistoricos demonstram o emprego geral da pedra, como o primeiro instrumento, de que o homem se serviu na lucta e defeza contra seus inimigos.

Poder-se-ha tambem falar de uma lei natural, isto é, de uma prescripção divina do uso da pedra talhada, ou da pedra polida, como um dos meios que o homem concebeu para acudir ás suas mais urgentes necessidades?... Ninguem dil-o-ha, e isto é decisivo.

A mythologia grega era muito mais philosophica do que a actual philosophia espiritualista. A imaginação que poude construir Astréa e Themis, construiu tambem Ceres e Baccho. Se era inexplicavel a existencia da justiça na terra sem um deus ou deusa, que a tivesse ensinado, não menos inexplicavel era o plantio do trigo ou o cultivo da vinha sem a mesma intervenção divina. Havia assim coherencia na illusão; coherencia que aliás fallece aos doutrinarios da creação divina do direito, quando não dão a mesma origem á sciencia, á poesia, ás artes em geral.

E não se diga que estas considerações, dado mesmo que firam de frente o direito natural da escola theologica, não alcançam o da escola racionalista.

Elas attingem ambos. O que importa, porém, é fazer a seguinte distincção: ou a razão de que falam os racionalistas é tomada no velho sentido de um supremo oraculo que está no homem, mas é d'elle independente, a elle superior, preexistente a elle, então seria mais sério pronunciar logo o nome de Deus, pois que a razão, assim concebida, não é mais do que uma das faces do proprio Deus dos theologos; ou trata-se de uma razão progressiva, uma razão que se desenvolve, uma faculdade historica por conseguinte, e neste caso a questão quasi se reduz a uma logomachia, ou a uma falta de senso dos pobres racionalistas.

Porquanto a essa faculdade historica foi tão natural conceber as primeiras fórmulas do direito, como *regras* de convivencia social, quão natural lhe foi, por exemplo, conceber tambem as primeiras fórmulas de armas, o arco, a flecha, ou outra qualquer, — como instrumentos de trabalho, como *utilidades*, como *meios* de vida. Onde é que está a differença?...

Um velho penalista allemão, Franz Rossirt, ainda sob a influencia da philosophia kantesca, deturpada em mais de um ponto e exagerada pelos epigonos, inclusive o krausista Ahrens, ousa perguntar com certo ar de triumpho: se não existisse um direito natural, onde poder-se-hia encontrar o meio de *comparação* e julgamento dos diversos phenomenos do direito positivo?...

Mas a resposta é facilima. E primeiro convém notar que o illustre criminalista presuppoz a existencia de uma cousa, que de facto não existia em seu tempo, nem existe ainda hoje, isto é, o direito comparado, a cuja construcção scientifica o maior embaraço tem sido mesmo a theoria esteril do direito natural.



Admittamos entretanto, por hypothese, a existencia d'elle. Que prova isso? Nada. Todos sabemos que ha, por exemplo, uma linguistica comparada. E' deductivel dahi o conceito de uma lingua natural, como meio de comparação?

A anatomia comparada, a mythologia comparada, a litteratura comparada, são ramos scientificos, florescentes e adiantados. Quem foi porém, que já sentiu a necessidade do presupposto de uma litteratura, uma mythologia, uma anatomia natural?

E' preciso uma vez por todas acabar com similhantes antigualhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um effeito do desenvolvimento humano. A historia do direito é uma das fórmulas da historia da civilização.

Como o direito permanece longo tempo em intimo entrelaçamento com outros dominios da vida dos povos, cada um dos dominios da vida juridica propriamente dita, que nós hoje podemos distinguir, onde quer que o direito se tenha mais claramente differenciado, não é senão producto de uma separação ulterior.

Nos infimos graus da evolução social, não se distingue um *direito privado*, nem um *direito publico*, nem um *direito ecclesiastico*, nem um *direito penal*, mas tudo repousa ainda envolto nos costumes patriarchaes. Abraham, que se dispõe a sacrificar o seu Isaac, não reconhece na terra autoridade superior, que lh'o empeça. Esaú vende a Jacob o seu direito de primogenitura, como podera vender um ovo de passarinho, isto é, sem ter idéa de outras relações juridicas, senão as reguladas pelo costume da familia.

Os começos de um direito criminal, como os de todo e qualquer direito têm tambem uma base familiar; descansam por um lado na autoridade paterna, e por outro

lado na *vindicta*, queremos dizer, por um lado, na organização interna da familia, e por outro, na sua posição relativa ao exterior.

A este direito criminal originario prendem-se certas attribuições do *pater-familias*, que até hoje se tem conservado, principalmente o direito de castigo e correção dos filhos, ao qual se associa o chamado *jus modicæ castigationis* do marido em relação á mulher, ainda infelizmente não de todo condemnado e repellido pelo espirito moderno. São dous restos ou, como diria Tylor, dous *survivals* da cultura primitiva.

Entretanto, á medida que o organismo da familia foi sendo absorvido por organismos superiores, foi tambem passando a outras mãos o exercicio da pena, como meio de reacção ou defeza, até que com a formação do Estado incorporou-se ao systema geral de instituições sociaes, ao grupo de condições staticas e dynamicas da sociedade, sendo a pena ao mesmo tempo uma dellas e o supporte de todas ellas.

Assim ao numero das mais antigas, das primeiras revelações do pensamento do Estado, pertence a idéa da *justiça punitiva*. Onde quer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atraz de si todas as phases de organização pre-politica, domina o principio de que certas condições da vida commum devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio de segurança é a *pena*, cujo conceito envolve a idéa de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem publica, ao violador da vontade de todos.

Por isso mesmo existe entre pena e Estado, historica e juridicamente, a mais intima ligação. Ou antes, como diz o professor Holtzendorff, Estado, direito e pena são completamente inseparaveis um do outro, no sentido de que todos tres brotaram da mesma raiz historica, da mesma

necessidade ethica da natureza humana. A razão da pena está no crime. Se este é uma fôrma do *immoral*, do *injusto*, a pena por si só é uma fôrma do *direito*.

Todo o direito penal positivo, como já tive occasião de dizer, atravessa naturalmente os seguintes estadios: primeiro, domina o principio da *vindicta* privada, a cujo lado tambem se faz valer, conforme o character nacional, ou ethnologico, a expiação religiosa; depois, como phase transitoria, apparece a *compositio*, a accommodação daquella vingança por meio da multa pecuniaria; e logo após um systema mixto de direito penal publico e privado; finalmente, vem o dominio do direito social de punir, estabelece-se o principio da punição publica.

Uma das maiores e mais fecundas descobertas da sciencia dos nossos dias, diz Hermann Post, consiste em ter mostrado que qualquer formação cosmica traz hoje ainda em si todas as phases do seu desenvolvimento, e sobre tudo o que existe pode-se estudar, nos traços fundamentaes, a infinita historia do seu *fieri*. Ora, isto que é verdade em relação ao mundo physico, é tambem em relação ao mundo social. No direito criminal hodierno, por mais regular que pareça a sua estructura, encontram-se ainda signaes de primitiva rudeza. Assim, por exemplo, o principio da *vindicta* ainda não desapareceu de todo de nenhum dos actuaes systemas de penalidade positiva. A subordinação dos processos de uma ordem de crimes á queixa do offendido, é um reconhecimento desse principio.

---

O conjuncto de normas pelas quaes se determina a suprema funcção, que exerce o Estado, de punir os crimes, é o que se chama *direito penal*, quando se faz preponderar o momento da pena a impor, ou *direito criminal*, quando prepondera o momento do crime punivel.

Essa suprema função (*jus puniendi*) está porém ligada á existencia de uma these de direito positivo (*jus penale*), por meio da qual uma acção é declarada criminosa, e determinada a pena que se lhe deve applicar. A realização das leis penaes, nos casos particulares, é sujeita á observação de regras, de ante-mão traçadas, que formam um systema de *direito processual*. A exposição scientifica destas regras constitue a parte *formal* do direito criminal, em contraste com a parte *material*, que é a exposição scientifica ou a *theoria* do crime e da pena, bem como das circumstancias modificativas de ambos.

Estabelecido, como ficott, o conceito de direito penal, no sentido de um complexo de prescrições normativas do *jus puniendi* do Estado, surgem antitheses dentro desse mesmo conceito, que o tornam susceptivel de divisão. Assim é possivel distinguir estas diversas categorias: 1.º, um direito penal *convencional*, que se baseia em contracto e comprehende certas desvantagens livremente aceitas, como pena, por um dos contrahentes; 2.º, o direito penal *correccional*, aquelle que pertence ao poder paterno, á escola e a outros sujeitos juridicos, encarregados do mister de educar; 3.º, o direito penal *disciplinar* do Estado ou das corporações reconhecidas e protegidas por elle, em relação aos respectivos funcionarios; 4.º, emfim o *direito penal* propriamente dito.

E' de notar entretanto que, quanto ás duas primeiras categorias, a attitude do Estado é de character negativo; elle limita-se a fazer que as penas convencionaes e correcionaes, não vão além de certas raias; não tem acção directa sobre a sua imposição, reservando-se apenas o direito de julgar, quando preciso, do seu valor legitimo.

O que se designa pelo nome de *direito criminal militar* não é um elemento estranho ao conceito commum; elle pertence ao direito penal propriamente dito e ao disciplinar

do Estado; mas também tem a sua nota característica, tirada da consideração das pessoas, da natureza dos crimes, e de um maior rigor na applicação das penas.

A sciencia do direito criminal, como todas as sciencias, deve ter um methodo de indagação e de estudo. E' o methodo historico-philosophico, por meio do qual é só que se póde chegar a conhecer os verdadeiros factores das leis penaes. A velha inimizade entre o *philosophico* e o *historico* não tem mais significação.

Conforme o fim que de preferencia ella visa, esta sciencia, ou se diz juridico-criminal, quando accentúa principalmente a applicabilidade das suas doutrinas por meio do juiz, politico-criminal quando considera essa applicabilidade por meio do legislador.

O methodo historico-philosophico, de que fallamos, não é incompativel com uma parte dogmatica e uma parte critica no estudo do direito criminal. A primeira é um trabalho de exegése, uma explicação conscienciosa daquillo que se acha legalmente determinado; a segunda porém occupa-se de mostrar as lacunas da lei e a necessidade de preenchel-as.

O direito penal, posto que não seja, segundo a exagerada definição de Pessina, *um complexo de verdades, organica e systematicamente ligadas como consequencias de um só e mesmo principio acerca da punição do crime*, — definição que quasi faz do direito penal um ramo da mathematica, definição inaceitavel, pois que nem o conceito do crime, nem o da pena, nem outro qualquer conceito fundamental da sciencia é tão fecundo que d'elle unico possam deduzir-se todas as verdades juridico-criminaes, posto que não seja isso, todavia o direito penal tem incontestavel character scientifico e intimas relações com outras sciencias.

São estas, além da *philosophia* e da *historia*, a *psychologia*, a *anthropologia*, a *ethica*, a *medicina forense*, a *estatistica* e, no que toca ao direito militar, a *tactica bellica*, a *estrategia*. Não sei, porém, que serviços possa prestar, ao lado das mencionadas, ainda uma vaga *sciencia da natureza*, de que fala Pessina. Que relações possa haver, por exemplo, entre a botanica, que está contida na sciencia da natureza e o direito criminal, só ao grande penalista italiano foi dado descobrir.

## II

*Difficuldades da sciencia provenientes da imperfeição das theorias; allusão aos systemas de direito punitivo e especialmente — aos da defeza social e da emenda.*

Os criminalistas costumam assignar ao direito penal uma posição *encyclopedica*, no sentido do formar elle uma especie de muralha, dentro da qual se refugiam, quando postos em perigo, todos os mais direitos.

Com effeito, não ha fórmula alguma de actividade juridica, não ha função da vida nacional, inherente ao cidadão, que não possa, no caso de ser perturbada ou offendida, recorrer á pena legal como meio de defeza e restabelecimento do equilibrio dos interesses sociaes.

Similhante propriedade constitue para o direito criminal ao mesmo tempo uma força e uma fraqueza, uma excellencia e um defeito. Uma excellencia, porque d'entre todos os systemas de positividade juridica, é só elle que está em condições de tomar mais altos pontos de vista e dominar mais largos horizontes; uma fraqueza ou um defeito, porque, em virtude desse maior ambito mesmo,

parece condemnado a não adquirir em profundidade o que lhe sobra em extensão.

Não é só isto. O direito criminal que como lei, como instituição social, opéra com factos, tem, como sciencia, de operar com idéas. No manejo, porém, d'estas idéas tomou parte, desde longa data, um exagerado espirito philosophico, que muito ao em vez de esclarecel-as, acabou por confundil-as, reduzindo a um systema de enigmas e problemas insoluveis as verdades mais simples e inacessiveis á duvida.

Foi assim que surgiram as questões perpetuas, de acore sabor metaphysico, sobre a natureza do crime, a razão e o fundamento da pena (*fines pœnarum, argumenta juris puniendi*). E ainda que em todos os tempos o *porque* e *para que* da pena tivesse despertado a attenção dos pensadores, de modo, até, que uma boa parte das intuições hodiernas já se encontram mais ou menos prenunciadas entre os gregos, os romanos, e na propria idade media, todavia é sabido que uma regular systematisação de taes idéas appareceu primeiro com H. Grotius.

Começaram então a desenvolver-se as chamadas *theorias do direito punitivo*, que puderam subir a um alto gráo de importancia e nelle conservar-se emquanto valeram como formulas, nas quaes se podia haurir, por meio de simples processos logicos, uma completa legislação criminal.

Esta pretendida fecundidade das theorias estava em relação com as idéas dos seculos XVII e XVIII e em parte tambem do seculo XIX, a respeito do intitulado direito natural. Assim como, era o que se dizia, assim como o homem se achava no caso de levantar todo o edificio do direito, pondo em jogo certos principios bebidos na razão, assim tambem, uma vez descoberto o fundamento da pena,

podia ser d'ahi deduzido um systema de penalidade positiva da mais perfeita especie.

Entretanto, ao passo que esta construcção aprioristica do direito penal foi mantida pelos velhos mestres do direito natural n'um certo pé de igualdade com os outros dominios juridicos, desde o meiado do seculo passado considerou-se como problema e alvo de especulações philosophicas uma nova formação, ou para servir-me da phrase de Romagnosi, uma nova *genese* daquelle direito. (1)

E depois que se gerou a convicção de que a materia juridica em geral não pôde ser obtida pelos processos abstractos da philosophia, continuou a despeito della, a velha intuição quanto ao direito penal e ás respectivas theorias.

Até aos ultimos tempos, dentro mesmo dos nossos dias, tem-se feito tentativas para chegar, no terreno desta ou daquelle doutrina, a uma determinação pratica da linha divisoria entre o *punivel* e o *não punivel*. Esta geral insistencia no antigo modo de comprehender e applicar a especulação philosophica se faz sobretudo sentir na tendencia dos criminalistas para incorporar aos tratados e prelecções academicas o pedaço de philosophia do direito, se de tal merece o nome, que se costuma designar por *theoria do direito de punir*.

Quando pois a metaphysica juridica vio-se obrigada a ceder o passo á observação, á indagação das fontes, á utilização preponderante de dados positivos, parece que pro-

---

(1) O auctor, em seus trabalhos, escreve sempre a *genese* e não o *genesis*, quando se refere á origem dos factos e dos phenomenos e não ao primeiro livro do *Pentateuco*. Acho-lhe razão; porquanto pelo mesmo processo *glotico* temos em nossa lingua, a *phase*, a *base*, a *phrase* e seus compostos, a *these* e seus compostos a *analyse*, a *gnose*, a *metamorphose*, a *dose*, e não o *phasis*, o *basis*, o *phrasis*, o *analysis*, o *thesis*, etc. (Nota de Sylvio Romero).



curou, como ultimo reducto, o largo dominio da sciencia penal. Isto mesmo está de accordo com o seguinte facto, que é digno de ser lembrado: o direito criminal, que é tão velho como o direito civil, ainda não vio surgir de seu seio uma *escola historica*, não teve ainda força de suscitar reformadores da estatura de um Savigny ou de um Puchta.

D'onde provém o mal? A resposta é simples: do sestro de *fazer theoria*, que aqui domina muito mais do que em outra qualquer esphera juridica. E será por ventura o direito criminal uma disciplina realmente menos positiva, por conter uma mistura de direito vigente, e não vigente, por encerrar materia juridico-philosophica? Os termos da pergunta, podemos responder com Reinhold Schütze, envolvem contradicção, pois que direito é sómente *direito positivo*.

Nem mesmo se póde admittir o que a magica expressão *direito philosophico* parece significar, isto é, que a philosophia seja aqui mais do que algures uma sciencia auxiliar, uma base indispensavel. Porquanto é certo que ao criminalista, ou como theorético ou como pratico, são necessarios em alto gráo conhecimentos psychologicos, particularmente no que diz respeito á doutrina da *imputabilidade*, da *intenção*, etc.

Mas tambem não o são menos ao civilista, pelo que toca aos conceitos da *capacidade de querer e obrar*, da *declaração de vontade*, do *dolo e culpa*, o que todavia não lhe tem servido de pretexto para dar á sua sciencia um falso colorido philosophico.

As outras disciplinas ha muito deixaram atraz o periodo do direito natural, graças á escola historica no dominio juridico-privado; o direito penal porém ainda hoje se acha pela mór parte eivado do antigo vicio, ainda não poude de todo expellir de si o demonio da especulação, o

mão espirito philosophante. Não é preciso dizer, quanto isto ha dificultado o progresso da sciencia.

---

Releva entretanto dar conta de uma particularidade notavel, e não é possível fazel-o melhor do que citando umas bellas palavras de von Ihering :

“Em toda a vasta comprehensão do direito, diz elle, não ha idéa que se possa medir com a da *pena* em significação historica, nenhuma é como ella a fiel imagem do modo temporario de pensar e sentir do povo, o gradimetro das suas boas ou más disposições, nenhuma atravessa, como ella, todas as phases do desenvolvimento moral das nações, malleavel como a cêra, na qual se grava toda e qualquer impressão.

“Pelos outros conceitos do direito, passa não raras vezes o intervallo de muitos seculos, sem deixar vestigios.

“Assim os conceitos fundamentaes do direito real dos romanos, a *propriedade*, a *posse*, as *servidões* são hoje em dia essencialmente ainda os mesmos, que eram ha dous millennios, e em vão esperar-se-hia obter delles uma resposta sobre as transformações, porque têm passado os povos, entre os quaes hão vigorado.

“Elles representam de uma certa maneira as partes firmes e menos nobres do organismo juridico, representam os ossos, que não se mudam mais, de modo apreciavel, quando uma vez attingem o crescimento regular. Mas o direito penal é o ponto de união, por onde passam os mais finos e tenros nervos, por onde passam as veias, e onde qualquer impressão, qualquer sensação se faz externamente perceber e notar; é o rosto do direito, no qual se manifesta toda a individualidade do povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua

rudeza, em summa, onde se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a historia do direito penal dos povos é um pedaço de psychologia da humanidade.” (2).

São palavras magistraes a que nada se poderia oppôr. Essa maior variabilidade, ou, por assim dizer, essa maior *fluidéz historica* do direito criminal torna explicavel até certo ponto, porque razão tambem ha mais predominio na respectiva sciencia o espirito da controversia, o gosto dos systemas. Mas esta explicação não importa uma desculpa do muito que extravagaram em idéas aprioristicas e phantasticas construcções os theoristas do direito penal.

Conforme a intuição philosophica de cada um, a pena foi se mostrando sob um aspecto differente. D'ahi o espectáculo, pouco instructivo, de uma longa escolta de doutrinas e opiniões diversas sobre o fundamento do direito punitivo, muitas das quaes hoje só têm de apreciavel e digno de menção o nome daquelles que as professaram.

Entre essas theorias porém ha duas sobretudo, que aqui nos importa encarar mais de perto. São as que dão como base, como causa final da pena a *defeza social* e a *emenda*. Confrontadas entre si, ellas contém alguma cousa de antithetico. Porquanto uma vez admittido que a pena é um meio de defeza da sociedade, o momento da emenda do criminoso torna-se de todo irrelevante ou indifferente, mas tambem, por outro lado, admittida esta ultima como motivo racional da penalidade, o momento da defeza já não entra em linha de conta.

A segunda theoria representa o Estado puniente como um organismo ethico, um instituto de educação, ao passo que á primeira afigura-se o mesmo Estado como um appa-

---

(2) *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.* — pag. 10.

relho de forças constitutivas e tutelares da vida social, entre as quaes está a *pena*.

E' a que, a nosso ver, com esta ou aquella modificação, mais adequada se mostra a realidade dos factos.

A pena é um meio extremo; como tal é também considerada a guerra. Na fonte em que qualquer ditoso podesse gloriar-se de haurir a razão philosophica de uma, encontraria igualmente o fundamento da outra. O direito, pensamos com Hermann Post, é um filho da necessidade, ou melhor, é a necessidade mesma.

### III

*Difficuldades provenientes da falta de limites. Relações entre os códigos, as theorias philosophico-positivas e philosophicas puras. Referencias aos arts. 1, 2, 3, e 33 do Código Criminal.*

Dá-se muitas vezes com a sciencia o que se dá com Estados visinhos: a questão de *limites* não lhes permite viver em paz; as invasões reciprocas, os reciprocos desrespeitos demandam longos tempos, antes de chegarem a estacar diante da linha ideal do direito de cada um.

As sciencias que colhem os seus fructos na mesma arvore de conhecimento, as sciencias limitrophes ou contiguas pela natureza de seu objecto, também se acham expostas a analogos conflictos. E de todas as que defrontam com outras, que cultivam terreno commum, é o direito criminal que talvez mais tenha soffrido injustas usurpações.

Operando com idéas que pertencem a espheras scientificas differentes, falando aqui em nome da psychologia, alli em nome da medicina, pondo aqui a seu serviço os dados da estatistica ou os testemunhos da historia, alli porém manejanço as abstracções da philosophia, o direito cri-

minal ainda não pode traçar, uma vez por todas, o mappa dos seus dominios.

Assim, e a medida que este ou aquelle ramo de conhecimento passa a preoccupar o espirito publico, á medida que as épocas tomam uma feição philosophica ou uma feição naturalistica, ou outra qualquer feição, o direito criminal tambem muda de côr.

Eis aqui uma prova irrecusavel: emquanto a philosophia de Kant, Fichte e Hegel dominou o mundo pensante, foi justamente que o numero dos criminalistas philosophos, em nosso seculo tornou-se legião. Hoje, porém, que a direcção dos espiritos é diversa, hoje que a philosophia cedeu o passo ás sciencias naturaes, de cujos triumphos a medicina é a melhor representante e mais apta vulgarisadora, apparece o reverso da medalha. Os penalistas pathologos e *psychiatras* surgem aos grupos, e tornam com as suas idéas, pretendidas originaes, não poucos livros e revistas completamente illegiveis.

E' um defeito caracteristico da actualidade. Todos os paizes cultos têm mais ou menos pago o seu tributo á essa tendencia da época. Mas sobretudo na Italia é que o phenomeno já vai tomando proporções de mania. Alli surgiu nos ultimos tempos uma nova escola, que agrupada em torno do professor Lombroso e outros medicos, sómente medicos, exagerando por demais a pequena somma de verdades, que a *psychiatria* pôde fornecer á *theoria do crime*, tem chegado quasi ao ponto de fazer do direito criminal um anachronismo, e do criminalista um orgão sem funcção, um orgão rudimentar da sciencia juridica.

Esta... *jeune école présomptueuse*, para usarmos aqui de uma phrase de Renan com relação á escola de critica religiosa de Heidelberg, que aliás ousara qualificar-o de ignorante, esta joven escola, dizemos, posto que esteja condemnada a desaparecer com o espirito do tempo que

a produziu, já não tem a contar outro resultado senão o de haver mais complicado as dificuldades da sciencia, sem comtudo resolver nenhuma das suas graves questões.

Tudo isto porém só se explica pela falta dos justos limites assignados por um lado, ao direito criminal, e por outro aos varios ramos dos conhecimentos, que lhe são auxiliares. O criminalista é facilmente tentado a ir além do circulo de seus estudos; não o é menos o psychologo, o psychiatra, o alienista. Que prazer que sente o jurisconsulto em se mostrar tambem conhecedor dos segredos da medicina!... Igual só o experimenta o medico em fazer tambem valer a sua autoridade nos dominios do direito.

Ainda hoje é verdade o que disse Hippel: "Não ha raça, mais desconfiada do que a dos juristas, posto que não cancem de repetir o seu — *quisque præsumitur bonus, nisi probetur malus*, um conselheiro da justiça é ordinariamente um *dominicano* juridico, e quem sempre vive em contacto com homens criminosos, acaba por tomar feições de *inquisidor*, e encontra por toda parte peccadores e peccadoras, ladrões, roubadores e assassinos..."

Exactissimo. E' o effeito do ponto de vista demasiado circumscripto, ou do que poder-se-hia chamar *subjectivismo scientifico*. Mas isto não se dá sómente com os juristas. O physiologo Camper disse tambem uma vez: "Eu me tenho occupado, durante seis mezes, exclusivamente com os *cetaceos*, comprehendendo a osteologia da cabeça de todos estes monstros, e descobri tal numero de combinações com a cabeça humana que hoje qualquer pessoa me apparece como um *peixe-agulha*, um *crocodilo*, ou um *golphinho*. As mulheres, mais interessantes tanto como as menos bellas, são todas, aos meus olhos, ou golphinhos ou crocodilos..."

Não se concebe uma critica mais fina dos excessos do especialismo. Assim, pois, se a exclusiva occupação com

cetaceos pôde chegar ao ponto de fazer o sabio esquecer-se de tudo mais e reduzir até a fôrma humana, a propria fôrma feminina, á primitiva e grosseira morphologia dos peixes, não será pela mesma causa que a exclusiva occupação com doidos, como *médico e director* de hospícios de alienados, pôde tambem acabar por gerar a convicção de que todas as anomalias da vida social são outros tantos phenomenos de loucura?...

Lombroso e seus confrades não serão victimas de uma illusão igual á de Camper?...

Seja como fôr, a verdade é que o direito criminal, em face das sciencias limitrophes, ainda não tem bem demarcado o seu terreno, que é por ellas constantemente invadido.

---

Convém agora observar que no meio de toda a divergencia dos theoristas a legislação penal da maior parte dos paizes cultos tem sabido manter, maxime nos ultimos tempos, uma posição louvavel.

Podemos falar com Reinhold Schütze: "No que toca, diz elle, no que toca ás bases de uma série de questões importantes do direito penal, a legislação dos ultimos deccennios escapou das mãos da doutrina para depois tomar-lhe a vanguarda, seguindo a sua propria vereda. Não é sem um certo pejo que o confessamos; mas os factos falam. E ainda é facto que a doutrina começou vagarosa, porém não de má vontade, a accomodar-se aos novos caminhos em cada uma dessas questões. Onde isto aconteceu, inverteu-se a relação natural entre doutrina e legislação, como ella ainda existia no principio do seculo. Não foi aquella que forneceu á esta, mas esta áquella, muita materia acabada... E' preciso dizer a verdade: a legis-

lação, em mais de um ponto, sacudio a poeira da escola, que se havia aqui e ali accumulado.”

O testemunho é insuspeito, partindo, como parte, não de um legislador, mas de um criminalista. E ha tanta exactidão nas palavras de Schütze, que não duvidamos juntar a ellas a seguinte observação: os codigos penaes em geral têm mais character scientifico do que a maioria dos tratados. Em muitos delles se acham resolvidas de modo satisfactorio um grande numero de questões que os theoristas julgam dever conservar, sem proveito algum, n'um perpetuo *status causæ et controversiæ*.

“Se a theoria, diz Richard John, quer apresentar principios, praticamente applicaveis, só os póde abstrahir dos problemas, que a propria vida juridica produz: todo e qualquer caso de direito traz em si mesmo o principio da sua solução.” Mas é isto justamente o que ella não tem feito; d'ahi uma chocante desharmonia entre a theoria e a pratica, entre os livros da lei e os livros da doutrina.

Estas verdades, que são visiveis em relação a muitas questões componentes da propria materia do direito criminal, tornam-se ainda mais claras, no que toca á indagação philosophica do direito de punir.

Com effeito os codigos não têm seguido exclusivamente esta ou aquella theoria; pelo contrario encontra-se nelles uma combinação mais ou menos harmonica das consequencias deductiveis, se não de todas, ao menos da maior parte dellas. Assim pode-se affirmar que as theorias philosophicas puras, aquellas que têm o nome de *absolutas*, porque consideram a pena como *res absoluta ab effectu*, hão tido uma influencia, quasi nulla nas codificações penaes.

Não assim as outras, as philosophico-positivas, chamadas tambem *relativas*, por encararem a pena como *res re-*



*lata ad effectum*. Estas entraram no dominio pratico, e apparecem em grãos differentes nos corpos de lei criminal.

A designação de *philosophicas puras* e *philosophico-positivas* não é contraria á conhecida divisão das theorias do direito de punir em *absolutas, relativas e mixtas*.

Estas ultimas pertencem com as segundas á classe das philosophico-positivas, pois que ambas procuram heber na experiencia o fundamento da penalidade. A differença só está em que as mixtas dão maior espaço ao elemento aprioristico, aos principios abstractos.

Não cabe aqui fazer uma completa exposição de todas estas doutrinas. Limitamo-nos a mencionar as mais importantes, e ainda assim nos circumscrevendo aos tempos derradeiros.

Começando pela mais antiga entre as modernas, temos em primeiro lugar a theoria do *terror* (Filangieri, Gmelin); depois... a theoria da *coacção psychologica* (Feuerbach), a theoria da *advertencia* (Bauer); a theoria da *prevenção* (Grolman); a theoria da *emenda* (Steltzer, Ahrens, Roeder); a theoria do *contracto* (Beccaria, Fichte); a theoria da *defeza* (Schulze, Martin, Romagnosi); a theoria da *compensação* (Klein, Welcker); a theoria da *justiça civil* (Hepp); a theoria da *retribuição necessaria* (Kant, Zachariæ, Henke, Carrara); a theoria da *necessidade dialectica* (Hegel, Trendelenburg, Hælschner) a theoria da *ordenação divina* (Stahl, Bekker, Walter); finalmente a longa série de theorias *mixtas*, em que o principio absoluto e o relativo são coordenados (Mohl, Henrici, Wick, Mittermaier, Heffter, Berner, Rossi, Gabba, Haus, Ortolan, Vollgraff, Koestlin, Abegg, etc., etc.).

Ao nosso vér, todos esses chamados systemas de direito punitivo devem ser inteiramente banidos do estudo do direito criminal. Todos elles se propõem a resolver uma

questão insolúvel, que quando mesmo fosse resolvida, não alterava em cousa alguma a pratica da justiça puniente.

O centro de gravidade do direito criminal está na *pena*, como o do direito civil está na *execução*. Ora, ainda não se buscou saber, qual a razão philosophica do direito de exequir; para que busca-a para o direito de *punir*? De todas as bôlhas de sabão metaphysicas é talvez essa a mais futil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da critica.

O nosso código, como quasi o geral dos códigos, não se fez órgão de nenhum systema philosophico sobre o *jus puniendi*. (3) Consciente ou inconscientemente, admittiu idéas de procedencia diversa. A disposição dos arts. 1 e 2 § 1.º é a consagração da *positividade* de todo o direito criminal. O art. 33, que reconheceu o principio das penas *relativamente determinadas*, poz-se do lado das theorias *utilitarias* (4). Dir-se-hia um éco longinquo do art. 16 da *Declaration des droits de l'homme*: — “La loi ne doit décerner, que des peines strictement et evidemment nécessaires; les peines doivent être proportionnées au délit et utiles á la société”.

O que, porém, o código não fez foi applicar qual-quer principio das theorias absolutas. A evidencia disto resulta da simples inspecção do seu quadro penal. O processo de differenciação *quantitativa* e *qualitativa*, a que elle sujeitou a applicação da pena, dá testemunho de um certo respeito pelo principio da *individualisação*, que aliás se acha

---

(3) Não esquecer que o autor se refere ao velho código penal brasileiro. (Nota de Sylvio Romero).

(4) As penas são — 1.º *absolutamente determinadas*, cuja formula é A—B; 2.º *absolutamente indeterminadas*, cuja formula é A—X, sendo o valor de X a pena que o juiz quizer; *relativamente determinadas*, cuja formula é A—B, ou C, ou D, conforme as circumstancias.

em estado de polaridade com qualquer idéa de justiça absoluta. (5)

O presupposto psychologico da *má fé* (art. 3) não foi bebido em theoria alguma, pois é uma velha verdade empirica, acima de toda a duvida.

Quanto aos alvos especiaes da prevenção, do terror, da segurança, da emenda... é concebivel que o codigo os admittisse como razões cooperativas, não assim porém como unicas ou precipuas. A emenda, sobretudo, é difficil que entrasse nos calculos de um legislador, que no seu aparelho penal deixou subsistir a *forca* e a *calceta*. Não se corrige o homem *matando-o*; ainda menos, *aviltando-o*. No primeiro caso, ha uma antinomia natural; no segundo, uma antinomia moral.

Mas se é certo este papel quasi nullo da emenda, como fim da pena imposta aos violadores das leis criminaes propriamente ditas, tambem é certo que ella entra como momento essencial no conceito da pena militar, que ainda mesmo quando tem por effeito a destruição, o aniquilamento do criminoso, não perde de vista a manutenção do espirito de obediência, a disciplina do exercito.

#### IV

*Se o crime é um producto dos factores que constituem a "economia moral e juridica" da associação humana. Se os conceitos isolados da razão, dos interesses sociaes e do amor da justiça resolvem o problema.*

---

(5) Por exemplo: a primeira fórmula do crime de homicidio (art. 192) é ameaçada com penas de tres naturezas: — morte, galés perpetuas, e prisão com trabalho por 20 annos, para ser uma dellas escolhida, não pelo juiz, e tão pouco pelo criminoso, mas pelo *crime mesmo*.

Sobre o modo de apreciar scientificamente o crime e o criminoso, ha hoje um grupo de opiniões divergentes. Ao lado do velho ponto de vista do indeterminismo philosophico, para o qual o crime, bem como a virtude, é sempre o effeito de uma causa livre, apparecem duas outras intuições, — a *naturalista* e a *socialista*, — não menos parciaes e incompletas em seus principios, porém ao certo mais exageradas em suas consequencias.

A intuição socialista, que pudera tambem chamar-se intuição litteraria, porque é no dominio da litteratura propriamente dita, que ella conta os seus melhores representantes, não quer vêr no delicto senão um resultado da má organização social. Por um estranho romantismo humanitario, que se compadece mais do criminoso do que da sua victima, ella faz da sociedade uma co-ré de todos os réos, intimando-a para que opponha ao crime como os unicos obstaculos possiveis: a instrucção e o trabalho.

A intuição naturalista, porém, comquanto maneje melhor os dados da observação, não chega todavia a inducções mais razoaveis.

A efficacia do trabalho e da instrucção, diz ella, como principios selectores, como forças capazes por si sós de eliminar o espantoso phenomeno *disteleologico*, a irregularidade social chamada crime, é muito duvidosa. A ignorancia e a miseria não são o unico tronco, de onde rebentam os motivos de delinquir. O exemplo de grandes criminosos, cultos e abastados, não é facto excepcional.

Neste ponto a doutrina naturalista leva de vencida a outra, que aliás só pôde fazer-se valer na defeza e absolvição de delinquentes ideaes, como João Valgean, que no mundo pratico não tem significação alguma e é justo que não a tenha.

Mas tambem o proposito de reduzir o crime a um simples phenomeno natural, e este é o alvo dessa theoria

que podemos designar por *naturalismo jurídico*, querer reduzir o crime a um phenomeno necessario, fatalmente inevitavel, como a propria morte, não deixa de provocar serios escrupulos, ainda aos espiritos mais desabusados e accessiveis a tudo.

O naturalista, que se habitúa a vêr as cousas, conforme os seus processos de observação, o naturalista para quem todos os phenomenos são phenomenos da natureza, sujeitos a leis, que a sciencia investiga e estabelece, é desculpavel, até certo ponto, quando aprecia os factos criminosos como outros tantos effeitos de causas naturaes, cuja acção pôde ao muito ser desviada, nunca, porém, extincta ou diminuida.

Quem não tem razão de escusa, quem não merece graça perante a logica é o homem do direito, é o criminalista, que por ventura ainda se deixa arrastar pelo passageiro encanto de taes doutrinas, e quer prender a sua sciencia ao carro triumphal das sciencias naturaes, quando não atala-a ás azas de uma van philosophia romanesca.

Entretanto é possivel um accôrdo; convém que nos entendamos. A parte que têm os factores naturaes e sociaes na genese do crime é incontestavel. Negal-a importaria desbaratar, por um lado, todos os trabalhos da *anthropologia criminal*, dentro mesmo dos limites da sua competencia, e, por outro lado, combater até a influencia da educação, como factor social, na origem do delicto, o que seria um absurdo.

A questão consiste em saber o verdadeiro alcance da acção desses factores. Quem não se admira, por exemplo, de vêr um filho ou um neto repetir em todo o seu resto os traços e movimentos do pae ou do avô, phenomeno que se explica por uma lei de *herança similar physiologica*, nem de vêr o moço de hoje morrer da mesma doença, de que morreram os seus avoengos, o que se diz explicavel por

outra lei de *herança similar pathologica*, pela qual os descendentes recebem dos ascendentes um peculio, não só de boas, mas também de ruins qualidades. Entre estas ultimas póde-se bem admittir uma tendencia particular para o crime.

Até ahí não ha contestação. A duvida, porém, apparece, quando, assim estabelecida e reconhecida a verdade, pretende-se eliminar, como quebrados minimos, que não perturbam o calculo, os demais factores, inclusive a propria vontade, e fazer remontar sómente a causas naturaes, ou a vicios de organização social, a pratica de acções criminosas.

Não é preciso ir tão longe. A *materia peccans* de ambas as theorias está sómente no exclusivismo das suas pretensões, no quererem dar a solução de tudo, só porque dão a solução de alguma cousa. Pondo, pois, de lado, como inaproveitavel, a quota de exagero e do despropósito, é justo reconhecer o que ha de razoavel nas mencionadas doutrinas.

Não se póde dizer *a priori*, quaes e quantos são os factores do crime. Dado que designemos a *vontade* por A, a *natureza* por B, a *sociedade* por C; o crime não é exactamente o producto de  $A \times B \times C$ . Os factores conhecidos não esgotam a serie, e entre os termos A, B, C, ha termos medios, cujo valor não se acha determinado.

Mas isto não se oppõe a que, admittida como essencial a *parte voluntaria* do individuo delinquente, se façam também valer os outros dous principios geradores do delicto, os quaes nem sempre funcionam em proporções identicas.

Assim é fóra de duvida que a natureza entra com a sua dóse de influencias physicas e chemicas para a formação do homem criminoso, influencias que muitas vezes se manifestam até na differença de effeitos produzidos

por uma alimentação differente. Não é menos indubitavel o quinhão da sociedade, o influxo do *monde ambiant* moral e juridico sobre a concepção e execução dos crimes.

Um grupo social, em cujo meio, por exemplo, o fanatismo religioso não encontra correctivo, vê multiplicarem-se facilmente os delictos causados por divergencia de crenças. Em um paiz, onde as idéas de honra, de dignidade, de moralidade em geral, assentam em velhos preconceitos, o numero de crimes commettidos por motivos frivolos é sempre maior do que naquelle, onde taes idéas são mais puras e esclarecidas. Um povo, entre o qual a riqueza é mal distribuida, e o trabalho mal recompensado, tem quasi por certa a constante repetição dos delictos contra a propriedade.

São verdades estas, que não é licito contestar. O que importa, sobretudo, é não lhes dar um valor scientifico superior ao que ellas contém

Como se deprehende da multiplicidade e variedade de factos, que entram na sua alçada, o direito criminal tem um problema assás complicado. Para resolvel-o, elle ha mister de lançar mão de principios induzidos da observação exacta e completa do mundo sujeito ao seu dominio.

A *razão*, como fonte de conhecimento, isolada da experiencia, não póde dar solução satisfactoria de nenhuma questão pratica, de problema nenhum da vida; e o direito é antes de tudo uma sciencia da vida, uma sciencia pratica. Tampouco póde, por si só, o conceito dos *interesses sociais*, ou o do *amor da justiça*, assentar as bases do direito punitivo. A sociedade ao menos no seu actual estado de cultura, não tem sómente *interesse* em punir o crime; tem tambem o *dever* de assim obrar. E' o que dá um character ethico ao exercicio da função penal.

O amor da justiça é um facto subjectivo. Tomado como principio regulador, elle explica tão pouco o insti-

tuto da pena, como o simples amor do bello pôde explicar a existencia da arte.

## V

*Se do character humano como factor; das respectivas acções como resultantes; dos elementos fundamentaes, ou adventicios do character, e das suas variantes se pôde inferir que o crime seja um producto natural do mesmo character.*

Grande numero das idéas enunciadas nas paginas anteriores tem applicação ao presente assumpto, principalmente as que dizem respeito á influencia de causas naturaes sobre a genese do delicto. Não é preciso repetil-as.

A questão proposta, que é uma these de *characterologia*, constitue o maior problema da psychologia do crime. (6) Da sua solução depende a propria existencia do direito penal, como instituto autonomo, como aparelho de velho uso contra as fracturas da ordem social.

Mas felizmente não é muito de receiar tal perigo. A *sciencia do character*, ou o que é o mesmo, a *sciencia das relações constantes entre a vontade e os motivos*, ainda não está firmada; e ha boas razões de crer que nunca o será.

E' exacto o que disse Kant: se fossem conhecidos todos os impulsos, inclinações e affectos, que determinam a vontade, as acções humanas podiam ser previstas com o mesmo grau de certeza, com que se prevê um eclipse do sol ou da lua. Porém é justamente esse conhecimento que a experiencia demonstra ser impossivel; e é de suppor que

---

(6) A palavra *characterologia* pôde parecer um pouco pedantesca, mas não é superflua; ella exprime alguma cousa, que outra não pôde exprimir. Foi Julius Bahnsen quem a introduziu na philosophia.



o proprio Kant não acreditava na sua possibilidade, sob pena de pôr em duvida o valor e importancia de um de seus grandes feitos philosophicos, o *imperativo categorico* do dever.

Sobre o caracter humano ha duas vistas extremas: uma, que se filia na escola de Locke, pretende que todos os homens são iguaes ao nascer, que não ha *caracter individual*; o que depois recebe este nome, é um resultado das impressões exteriores, da educação, do destino.

A outra, que é mais nova, sustenta a *immutabilidade* do caracter; diz que elle pôde manifestar-se por modos diversos, segundo a diversidade das occasiões, a differença das condições vitaes, mas no fundo permanece sempre o mesmo. Esta ultima opinião tem por si a autoridade de Schopenhauer.

E. von Hartmann entende que ambas as vistas desviam-se da verdade, pois que se limitam a explicar uma parte dos factos, escondendo a outra, não menos real, nem menos importante. Isto é exacto. Cremos entretanto que o philosopho não preencheu a lacuna, por elle observada.

Ao nosso ver, as theorias darwinico-haeckelianas é que estão mais no caso de conciliar a divergencia e resolver a questão. O caracter é uma accumulção de actividades psychicas, e como tal, é antes de tudo um capital *herdado*. Mas esta herança, que muitas vezes pôde vir de remotissimos troncos através de seculos, não exclue a possibilidade de uma modificação para mais ou para menos, pelo proprio trabalho do individuo, pela acção das circumstancias, pela influencia do meio. O caracter pôde pois ser tambem um producto de adaptação.

Assim existe uma ontogenia, bem como uma phylogenia do caracter. A primeira é uma breve recapitulção da segunda, determinada pelas leis da adaptação e da herança. De accôrdo com esta doutrina, e no que concerne

ao crime, pôde-se então dizer que o individuo, no curto espaço do seu desenvolvimento, atravessa todas as phases da primitiva rudeza e ferocidade animal, por onde tem passado o desenvolvimento da especie, ainda que estas phases se contem alli por millennios e aqui por instantes. (7)

Quando Hartmann diz que o character é *um modo de reacção contra uma classe particular de motivos*, deve comprehender-se no sentido ontogenetico; porquanto phylogeneticamente apreciado o character do individuo é uma quantidade negativa; é a ausencia do mesmo character; é o individuo considerado simplesmente como *portador* de todos os predicados e defeitos dos seus ascendentes.

Mas em materia juridica, sobretudo em materia criminal, o que importa deixar fóra de duvida, é a individualidade; e esta não desaparece com a herança de vicios ou virtudes. A doutrina *characterologica* do fatalismo do crime estende as suas raizes até ao terreno da theologia, onde a questão surgiu sob outra fórma, porém com o mesmo fundo. Vem pois a pêlo perguntar: se o *predestino* para o mal é um sonho de theologos, por que tambem não sel-o-ha o predestino para o delicto?

“Se é certo que o delicto como facto natural está sujeito a outras leis que não as leis da liberdade, isto não quer dizer que o direito deve deixar de interpor-se como meio de corrigir a natureza. Que ha de mais natural e como que fatalmente determinado, do que o curso dos rios? E todavia pode-se desvial-o. Tambem o direito,

---

(7) Ao leitor de Haeckel talvez pareça que alterámos o sentido da palavra *ontogenia*, fazendo-a significar alguma coisa que está além dos limites de *embryologia* propriamente dita; mas ha engano. A *ontogenia* é a historia da evolução do individuo, e esta não se conclue no periodo fetal. Psychologicamente, pelo menos, é impossivel indicar o ponto em que termina o desenvolvimento individual; em mais de um assumpto, a *psychologia* é uma continuação da *embryologia*.

maxime o direito penal, é uma arte de mudar o rumo das indoles e o curso dos caracteres, que a educação não pôde amoldar; não no sentido da velha theoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas para o céu, mas no sentido da moderna selecção darwinica, no sentido de adaptar o homem á sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que afinal é o alvo de toda politica humana." (8)

## VI

*Definição do crime, seus aspectos, philosophico e legal (art. 2.º § 1.º)*

Perante a lei não ha outra definição do crime, senão aquella que a mesma lei estabelece. Considerado como factio humano, como phenomeno da vida social, o crime pôde ser medido pela bitola ethica ou religiosa, malsinado como uma infamia, ou assignalado como um heroismo, mas ainda não é crime, não recebe esse character, enquanto lhe falta a base legal. E' o que exprime a conhecida paromia: *nullum crimen sine lege*.

O que dá a este ou áquelle factio o valor juridico de um acto criminoso, é a autoridade legislativa. O momento da legalidade é pois essencial ao conceito do delicto. Foi o que fez Carrara dizer que o crime é uma *entidade juridica*; o que aliás tem tanta graça, como se alguém dissesse que a doença é uma *entidade medica*. Mas posta de lado a casca metaphysica, o miolo é aproveitavel, o fundo da these é verdadeiro.

Assim costuma-se definir o crime como uma acção offensiva do direito, ameaçada com pena publica, ou se-

---

(8) *Menores e Loucos*, 2.ª edição, pags. 72 e 73.

gundo o nosso código, "toda acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes." A definição é exacta, a unica exacta, na esphera da lei. O juiz, o advogado, o jurista pratico em geral, não sabem, não carecem de outra. Ella fornece o criterio exterior, e tanto lhes basta, por meio do qual o delicto se dá a conhecer; nenhum outro pôde substitui-lo, seja qual fôr o facto questionado.

Mas é preciso notar: essa definição é de natureza *formal*; ella nos põe em estado de podermos classificar as acções humanas, segundo a medida de um direito positivo determinado, como criminosas ou não, porém nada nos diz sobre o que seja crime em geral, nem por que razão a lei o ameaça com penas. Dá-nos o característico mas não a essencia do crime.

A indagação deste elemento essencial não incumbe propriamente ao criminalista; porém não é superflua, nem deixa de contribuir para uma elevação de vistas na esphera do direito.

O alvo da lei penal não é diverso do de outra qualquer lei: assegurar as condições vitaes da sociedade. Sómente o modo, como ella prosegue e realiza este alvo, tem um caracter especial: para isso ella serve-se da *pena*. Por que razão?

Será porque qualquer desrespeito da lei encerra uma rebeldia contra a autoridade publica, e merece portanto ser punida? Se fôsse assim, deveria tambem receber uma pena toda e qualquer offensa do direito, por exemplo, a recusa do vendedor a cumprir o contracto, ou a do devedor a pagar o dinheiro emprestado, e muitos outros factos de igual genero. Seria pois consequente que só houvesse uma pena: a infligida pelo desprezo das prescripções legaes, como sómente um crime: o da resistencia do subdito ao *imperium* preceptivo ou prohibitivo do poder do Estado.

Isto porém não se admite. Qual é então o motivo, porque a lei, ao passo que pune certas acções, que estão em antagonismo com ella, deixa outras sem punição? Tanto nestas, como naquellas, trata-se de um menospreço do direito, e pois que este é o conjuncto das condições vitaes da sociedade, trata-se de uma violação das mesmas condições. Se os contractos de compra e venda não fôrem satisfeitos, se os debitos não fôrem pagos, a sociedade fica por isso tão ameaçada em sua existencia, como por effeito de mortes ou de roubos. Por que razão a pena aqui, e não alli?

Uma resposta satisfactoria está um pouco além do horizonte juridico. A applicação legislativa na penalidade é uma pura questão de politica social. Ella resume-se na seguinte maxima: impôr pena em todos os casos, em que a sociedade não pôde passar sem ella. Como isto porém é assumpto da experiencia individual, das circumstancias da vida e do estado moral dos diversos povos e épocas, a extensão da penalidade em face do direito civil, ou o que é o mesmo, a extensão do crime é historicamente mutavel.

Houve um tempo em Roma, no qual certas relações contractuaes, como a *fiducia*, o *mandato*, dispensavam completamente a protecção do direito e só contavam com a garantia dos costumes (*infamia*); veio depois a protecção juridico-civil (*actio*), e finalmente a criminal (*crimen stellionatus*).

Entretanto, por mais mutavel que seja a extensão do delicto, o seu conceito é sempre identico. Por toda parte elle representa-nos de um lado, isto é, do lado do delinquente, uma aggressão contra as condições vitaes da sociedade e do lado desta, a sua convicção, expressa, em forma de direito, de que ella não pôde defender-se do mesmo delinquente, senão por meio da pena.

Este é o conceito *material* ou o aspecto philosophico, em harmonia com o conceito *formal* ou aspecto legal do crime, acima estabelecido.

Não se entenda, todavia, que a philosophia criminal se exhaura com tão poucos dados. Conforme o espirito que a anima, a philosophia póde fórmr do crime uma idéa bem diversa daquella que serve de base aos codigos penaes.

E' assim que, tomando um ponto de vista superior, Polletti ousa dizer: "Considerado em relação ás leis da natureza, na sua mais ampla significação, o delicto é um *acontecimento innocente*. A natureza não distingue entre os modos. Agradam-lhe igualmente o punhal do assassino, o veneno, a peste, o facho da volupia, a attracção do amor, o furor das batalhas, pois que a vida acha na morte o seu mais largo alimento."

Ao ouvir estas palavras, o jurista, a quem pouco importam as leis da natureza, sente por certo arripiarem-se-lhe os cabellos; mas nem por isso ellas deixam de ser muitissimo exactas.

Foi assim tambem que Guilherme Fischer, encarando o assumpto por outra face, aventurou-se a escrever o seguinte: "O crime em sua existencia é tão autorisado como a lei, pois esta não é menos do que elle, fundada sobre a violencia... O facto de punir-se o crime não indica a sua ruindade, mas sómente o poder do maior numero. Se os homens se tornassem seres ideaes, tornar-se-hiam tambem tediosos e inuteis.

A disposição criminosa é que provoca a actividade humana, no incessante esforço da defeza, e que nunca deixa amortecer a força creadora; em um seculo ella tem feito a humanidade avançar mais do que pudera fazel-o em milhares de annos, sem o impulso desse aguilhão. O crime é a vida da humanidade, o sangue que pulsa em

suas veias, e não consente o corpo se dissolver. Se cessasse a sua efficacia, que tudo anima e tudo agita, a humanidade mesma não existiria mais; porquanto com o *ultimo criminoso* extingue-se tambem o *ultimo homem*." (9).

No ponto de vista do jurisconsulto, este pedaço é um conjuncto de desatinos. Sel-o-ha igualmente, e sem reserva alguma, aos olhos do philosopho ? E' bem dubitavel. Em todo caso, não se pôde negar que ahi temos um conceito philosophico do crime; se aceitavel ou não, é questão á parte. O que deve enfim ficar assentado, é que o conceito *material* preexiste ao conceito *formal*. A' sciencia incumbe reunil-os, confrontal-os e explicar reciprocamente um pelo outro.

## VII

*Se o código não admittindo a tricotomia do código penal francez, pôde ser justificado quanto á outra, que adoptou, de crimes publicos, particulares e pollictaes (art. 1.º).*

Vem de longe, de muito longe, o gosto das tricotomias ou divisões tripartitas em materia scientifica, principalmente juridica. Não raras vezes, só para obedecer ao sestro tradicional do estudo das cousas, sempre de baixo de um triplo aspecto, os autores forçaram o seu assumpto a lhes mostrar tres faces, tres ordens de idéas, tres pontos de observação.

O direito romano é fertil em exemplos de tal mania. Basta lembrar, entre outras, a divisão do *jus publicum*, feita por Ulpiano, como consistindo *in sacris, sacerdotibus et magistratibus*, para dar a comprehender o enraizamento do vicio a semelhante respeito. A parte *sacral* do direito

---

(9) *Rechts-und Staatsphilosophie*, pag. 128.

publico entra ahí apenas como uma necessidade logica do espirito do tempo; não tem outra razão de ser.

O mau vêzo passou aos posteros, que ainda hoje não estão de todo curados das visões *trinitarias*. Com relação ao direito, sobretudo, parece que a musa da verdade não póde dictar os seus oraculos senão de cima da *tripode*. Dir-se-hia que o que não se divide em *tres*, não é comprehensível.

Os modernos systemas de legislação criminal não se eximiram da regra *commum*; e o *Code pénal*, com o seu terno de *crimes*, *delictos* e *contravenções*, contribuiu não pouco para que o phenomeno se repetisse em muitos outros codigos.

Entretanto o nosso quiz fazer excepção. Como já uma vez dissemos, o legislador criminal brasileiro regulou-se em mais de um ponto pelas doutrinas do *Code pénal*, mostrando comtudo uma certa vontade de corrigil-o e melhora-l-o a seu mædo. Foi, porém, pela mór parte infeliz nestes melhoramentos. (10).

E' o caso com a divisão tricotomica do codigo francez, que o nosso não aceitou, estabelecendo logo em principio a equivalencia juridica de crime e delicto. Não aceitar aquella divisão teria sido um acto meritorio, poderia até dar testemunho de uma nobre rebeldia contra a tradição recebida, se o legislador tivesse sabido manter-se no mesmo terreno. Mas assim não succedeu. (11)

Depois de apagar toda differença conceitual entre *crime* e *delicto* (art. 1.º), o que denota o proposito de não seguir, ao menos nesse ponto, o exemplo do codigo

---

(10) *Menores e Loucos*, 2.ª edição, pag. 52.

(11) Não esquecer de novo que o autor refere-se ao antigo codigo penal brasileiro. Muitas de suas observações, porém, applicam-se ao nosso actual codigo criminal. E' facil fazer a concordancia. (Nota de Sylvio Romero).



francez, o nosso código estabeleceu na parte especial uma triplice classificação dos crimes em *publicos, particulares e policiaes*, que afinal não se mostra menos arbitraria do que a outra, que elle não quiz adoptar.

Nunca fomos admirador da divisão feita pelo *Code*; porém nunca tambem fizemos côro com os seus detractores, sobretudo quando estes falam em nome de uns chamados principios de *eterna justiça*, como fez Rossi, que foi sem duvida um grande espirito, um economista pródigo, mas como criminalista não andou muitos passos além de um escriptor de occasião ou de um simples dilettante.

O *Code pénal*, tendo creado tres classes de infracções, para cada uma das quaes decretou penas differentes, entendeu dever designal-as por nomes diversos e dar a nota caracteristica de cada classe pela mesma differença da pena. Era de seu direito, como é de todo legislador criminal. Uma questão mais de pratica do que de theoria, mais de fórmula do que de fundo. Onde está pois o motivo da censura?

Se o crime em ultima analyse é uma obra da lei, no sentido de não julgar-se tal, senão o facto que a mesma lei de antemão assim qualifica, ameaçando-o com penas, não ha melhor criterio de distincção entre os factos criminosos do que o *quantum* e o *quale* da punição comminada. A pena é uma especie de *expoente* da criminalidade; ella indica, por assim dizer, a *potencia*, o gráu de responsabilidade juridica, a que o legislador elevou a pratica deste ou daquelle acto; o que fez von Ihering affirmar, e com bastante fundamento, que a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes: quanto mais alto é o bem, maior é a punição imposta ao seu violador.

Já se vê que regular a escala da criminalidade pela da penalidade não é uma operação tão exquisita e desponde-

rada, como entenderam os penalistas metaphysicos. Se a incriminação é signal da maldade do acto, a pena é signal da incriminação, e por conseguinte, de accôrdo com a velha regra logica — *nota notæ est nota rei ipsius*, signal da maldade mesma.

Isto é evidente. Todavia, o nosso legislador quiz tomar outro ponto de partida. Não o censuramos, nem o louvamos por isso. Mas julgamos injustificavel a sua incoherencia em desprezar a divisão capital do *Code* e admittir depois outra, cujos membros não representam categorias juridicas, nem mesmo formaes, do crime e da pena; reduzem-se a meras phrases.

Com effeito basta perguntar: que é um *crime publico*? Em face do nosso codigo, a resposta só pôde ser tautologica e banal; porquanto não ha outra senão esta: é aquelle que se acha mencionado sob a rubrica dos *crimes publicos* ou que está comprehendido entre os arts. 67 e 178 do mesmo codigo. Nada ha mais futil, nem que mais produza a impressão da puerilidade.

Como é sabido, o conceito dos crimes publicos e particulares não surgiu pela primeira vez na cabeça do nosso legislador; já era uma velha idéa, herdada do direito romano. Mas aqui ella tinha um sentido determinado e distincto, sentido que aliás o codigo não conservou.

Se ao menos elle se tivesse firmado no proposito de assignalar as tres classes de delicto pelo lado processual, chamando *publicos* sómente aquelles que déssem lugar á uma acção publica, isto é, a um processo intentado por parte e em nome da justiça, ainda havia uma razão de desculpa. Mas este pensamento, bebido na tradição romana, quando mesmo lhe tivesse servido ao principio como norma de classificação, não foi sempre respeitado com a precisa coherencia.

A importancia pratica da divisão tripartita, e a lei visa mais o pratico do que o theorico, desapparece quasi de todo, quando se considera que o legislador estabeleceu no Codigo do Processo Criminal outra divisão dos crimes em *afiançaveis* e *inafiançaveis*, por força da qual grande numero de crimes *particulares* entram na categoria dos *publicos*, no sentido de poderem e deverem ser perseguidos independentemente do offendido querelante. Deste modo a linha de separação entre os delictos da segunda e os da terceira parte do Codigo Criminal ficou extincta, reduzindo-se a classica divisão a uma simples theoria.

E talvez até menos do que isso, pois ainda concedendo que o legislador houvesse tomado como criterio distinctivo dos crimes publicos a idéa de terem estes por objecto de aggressão o interesse do Estado, ou como hoje se diria, as suas condições staticas e dynamicas, é mister reconhecer que essa mesma idéa falhou em mais de um ponto.

Com effeito nós podemos affoutamente perguntar: em que é que o Estado recebe offensa mais directa com o delicto de *falsidade* ou de *perjurio*, por exemplo, do que com o de *estellionato* ou de *roubo*? Por que razão aquelles entre os *publicos*, e estes entre os *particulares*? Não é facil o allegar um motivo satisfactorio.

Quanto aos crimes *policiaes*, que formam um terceiro grupo, ha tambem a observar que a idéa directora do legislador em fazer delles uma classe especial não foi bem accentuada. Qual seja realmente em taes delictos o objecto da offensa, não salta aos olhos de todos. Nessa parte encontram-se disposições de character tão pouco policial, que facilmente descambam para o terreno dos delictos de outro genero. Como prova, basta lembrar os arts. 301 e 302 sobre o uso de nomes suppostos e titulos indevidos.

Vê-se, pois, que ainda ali faltou ao legislador um razoavel *argumentum divisionis*, em relação, não só á natureza dessa classe de acções criminosas, como tambem á respectiva penalidade. Porquanto, além de não irem ellas de encontro a esta ou áquella ordem particular de direitos, que lhes imprima um character proprio, as penas comminadas não são menos indistinctas e communs a outros delictos. Tão communs e indistinctas, que ainda hoje é problema irresoluto, nas altas regiões da sciencia juridica patria, mesmo depois da reforma judiciaria de 1871, determinar ao certo pela bitola penal, quaes e quantos são os crimes policiaes. (12)

De tudo isto resulta que o nosso legislador criminal não foi muito feliz nas suas innovações.

#### VIII

*Relatividade da lei penal quanto ao tempo, ao espaço e á condição das pessoas. Grupos de crimes, inclusive os militares, e sua classificação; e de outros factos não comprehendidos no Código (arts. 308 e 310).*

Toda lei tem um circulo de acção; a sua efficacia é limitada; estes limites constituem a sua relatividade.

A primeira relatividade da lei, sobretudo da lei penal, é determinada pelo *tempo*, a segunda pelo *espaço*, a terceira pela *condição das pessoas*. E tres são justamente, os pontos de vista, sob os quaes se póde estabelecer que a acção da lei é relativa.

Em outros termos, ha tres ordens de condições, a que a lei está sujeita, e que bem poderiam chamar-se:

---

(12) Vide Paula Pessoa, Cod. do Processo. — Nota 1250.

condições *chronologicas, geographicas e sociaes* ou *politicas*. Estas ultimas, que dizem respeito á consideração de pessoas, não seria desacertado que tivessem o nome de *pessoaes*; mas havia risco de confundil-as com as condições *psychologicas* do crime ou presupostos da imputabilidade, que são exclusivamente de caracter pessoal.

Vejamos primeiro o que significa a relatividade quanto ao tempo. E' uma these geralmente acceita que a efficacia da lei penal, como a de outra qualquer lei começa no dia da sua publicação, caso não se determine, para ella vigorar, como dá-se em alguns paizes, uma época posterior (*spatium vacationis*).

Dahi resulta que as acções praticadas antes da lei ou da sua publicação não podem ser julgadas de conformidade com ella. Este principio é a regra, e como tal deve ser mantido. As excepções não têm força de alteral-o, nem de fazer da these contraria um outro principio.

Mas a regra, que é incontestavel, e sobre a qual estão de accôrdo legisladores e juristas, não daria, por si só, lugar a questão alguma. E' do conflicto em que ella ás vezes se põe com os factos, com o sentimento da justiça, com o proprio alvo supremo do direito, que surgem as excepções; e estas então abrem caminho á controversia.

Se as leis humanas fôsem, como as naturaes, ao menos até onde chega o nosso conhecimento na natureza sempre as mesmas, permanentes, irrevogaveis, a nossa questão não teria senso. Porquanto, uma vez assentado que nenhum acto se julga criminoso, se não em virtude de uma lei, desde que esta começasse a vigorar, e na hypothese da sua irrevogabilidade, não se conceberiam casos de excepção. Qualquer excepção seria pôr um crime fóra da acção da lei, isto é, seria um caso de impunidade, que aliás não se comprehende no ponto questionado.

Já se vê que a relatividade das leis penaes, quanto ao tempo, só tem interesse, sob o presupposto de duas ou mais leis que se succedem, e a cujos dominios distinctos correspondem diversos momentos, ou da pratica do crime mesmo, ou da marcha do processo e da applicação da pena.

Que as leis penaes são limitadas no tempo e como taes não regulam acções anteriores a ellas, é ponto lucido e evidente, sobre que seria superfluo discorrer. E' um dos corollarios da these constitucional de que nenhuma lei terá effeito retroactivo; o que foi tomado como principio regulador pelo art. 1.º do nosso codigo.

O que ha, porém, de questionavel é saber, quando e como esse principio está sujeito a modificações na esphera do direito criminal. Para que taes modificações se dêem, é mister suppor uma colisão de leis successivas, dispondo diversamente sobre um mesmo assumpto. Como não basta allegar que a *posterior* deroga a anterior, pois é isso justamente o que faz o objecto da questão, importa averiguar, em que condições a regra permanece inalteravel, em que outras ella cede o lugar á excepção.

O que ha primeiro a estabelecer, é que, dada a existencia de uma lei penal, sob cujo dominio foi commettida uma acção criminosa, se antes de ser-lhe imposta a pena promettida, apparece outra, que impõe pena diversa, os effeitos desta ultima lei serão tambem differentes, a respeito do criminoso, conforme a quantidade e a qualidade da mesma pena.

Da hypothese de duas leis punitivas que vigoram em uma época determinada, dentro de cujos limites dá-se o crime e o seu julgamento, gera-se a possibilidade dos quatro seguintes casos: — 1.º, a nova lei punir um acto, que a velha não punia; 2.º, o inverso disto: a nova deixar impune o que a velha lei condemnava; 3.º serem mais graves

as penas da segunda do que as da primeira lei; 4.º, finalmente, o contrario: mais graves estas do que aquellas.

No 1.º e 3.º casos prevalece a regra da não-retroactividade; no 2.º e 4.º, porém, a solução é excepcional.

Que a nova lei punindo aquillo que a velha não punia, não tem força retroactiva sobre acções praticadas no imperio da ultima, é o que está mesmo exarado no principio — *nullum crimen sine lege*, — que foi acceto pelo nosso codigo (art. 1.º).

Que as penas mais graves da lei nova não devam ser impostas por crimes commettidos no vigor da lei antiga, que aliás comminava punição menor, é ainda uma verdade contida no principio — *nulla pœna sine lege pœnali*, — igualmente admittido pelo nosso direito (art. 33).

A exigencia de uma *lei anterior*, que qualifique o crime e estabeleça a pena, estende-se até ás modalidades de um e outra, não se limita a excluir, como diria um rhetorico classico, o estado de *conjectura* a respeito de ambos; quer ainda vêr excluidos os estados de *definição* e *qualidade*. Não basta que a pena e o crime tenham a *nota legal*, que como taes os dêem a conhecer; é preciso que todas as altas e baixas de valor juridico de um e de realidade pratica de outra estejam tambem legalmente firmadas.

Não ha, pois, distincção a fazer entre a hypothese de uma lei que sobrevem, na ausencia de toda e qualquer disposição legal anterior, e a de uma lei que estabelece, em relação a outra, mais grave penalidade. Este *plus*, esta differença *para mais*, que importa uma alteração da lei antiga, está nas mesmas condições de uma lei totalmente nova, que não vem modificar, mas pela primeira vez crear o crime e a pena.

Os quatro casos figurados estão comprehendidos nos arts. 1, 33, 309 e 310 do codigo. Os dois ultimos são

complementos restrictivos dos dous primeiros, e deviam como taes occupar lugar immediato ao art. 33.

Entretanto, devemos observar que as disposições complementares do código, nos arts. 309 e 310, não encerram a consagração de um principio geral, mas apenas um meio de resolver os conflictos, que por ventura apparecessem entre o mesmo código e as leis criminaes do antigo regimen.

Fóra da possibilidade de taes conflictos, que aliás só podiam dar-se dentro de um prazo posterior, não muito longo, as questões attinentes á força retroactiva das leis penaes, nos pontos presuppostos pelos dois citados artigos, são antes de character doutrinario do que de character legal. (13).

\* IX (14)

*Da vontade do criminoso em geral. O facto e a vontade. A consciencia do direito e da lei penal. (art. 2 § 1.º).*

Na riqueza das leis naturaes, com suas reciprocas relações synergicas ou antagonicas, assenta a possibilidade de pôr ao nosso serviço, ora uma ora outra dessas mesmas leis. Para attingir este alvo, segundo a nossa escolha, requer-se a capacidade de pensal-as, de coordenal-as mentalmente, de representarmos de ante-mão no espirito a efficacia dellas. Só onde pois existe uma tal liberdade de

---

(13) Aqui findava o manuscrito do autor. — (Nota de Sylvio Roméro).

(14) Na edição anterior dos *Estudos de Direito*, (1898) dirigida por Sylvio Roméro, só constam os 8 capitulos anteriores. Os que se seguem de IX até XXXIX são publicados agora pela primeira vez em livro.



escolher e realizar um plano é que se levanta a questão de saber se este ou aquelle facto é um simples acontecimento, uma acção ou uma omissão voluntaria. Isto está de accordo com o uso commum da linguagem, que exprime uma convicção geral. Não ha acto humano sem vontade livre. E' uma these esta que vai de encontro a doutrina dos materialistas, deterministas, fatalistas, predestinistas e outros consultadores da liberdade do homem; mas só de encontro, emquanto elles procuram negal-a de todo e collocar completamente a vida espirital sob o causalismo da natureza; não assim, porém, no que diz respeito aos limites da mesma liberdade, que podem ser aliás diversamente apreciados, sem negar-se a existencia della. Já se vê que a expressão *vontade criminosa* não quer significar uma substancia com sua qualidade, mas uma causa com o seu effeito. O crime é um producto da força voluntaria e livre; onde quer que não exista nexo de casualidade entre essa força e o facto malsinado de criminoso, ahi tambem não existe crime. Como todas as faculdades do homem, a vontade tambem se desenvolve. Este desenvolvimento presuppõe o desenvolvimento da consciencia, a qual se manifesta principalmente sob duas fórmas, isto é, a consciencia de si mesmo e a consciencia do mundo externo. Mas não bastam estes dois primeiros gráus da evolução, que se encontram nas crianças e nos selvagens: — são precisos outros dois gráus superiores, isto é, a consciencia do dever e a consciencia do direito.

Desenvolver a consciencia do dever é problema e missão da educação domestica, da escola e da religião. A consciencia do direito, porém, é fornecida pelo ambiente social do individuo. O cidadão de qualquer paiz onde ha leis a respeitar, não ha mister de uma cultura especial para conhecel-as e cumpril-as. O constante spectaculo da vida e da ordem publica em que elle toma parte, é bastante para

instruill-o da necessidade do cumprimento dos seus deveres juridicos, sobretudo na esphera criminal. O nosso Codigo no art. 2 § 1.º, estabelecendo como primeira forma do crime: toda acção ou omissão voluntaria, contraria ás leis penaes, satisfez as exigencias scientificas.

Com effeito, entende-se por leis penaes aquellas que prohibem ou ordenam, com ameaças de penas, a pratica de certas acções, a violação dessas leis; a violação dessas leis presuppõe não só a existencia destas (art. 1.º), como tambem e principalmente uma vontade capaz de conhecel-as e livremente infringil-as. A disposição do art. 2 § 1.º compõe-se pois de um elemento objectivo, que é o facto contrario á lei penal e um outro subjectivo que é a voluntariedade desse facto.

\* x

*Crimes commissivos praticados por omissão. (art. 2 § 1.º).*

O crime é um phenomeno anomalo da vida social, que tem por causa a vontade livre.

Essa anomalia presuppõe a existencia de uma regra ou norma de acção; essa regra é a lei. E como toda a lei é emanada do poder publico, tendo por alvo firmar a ordem e a harmonia na sociedade, necessita de prescrever, como regulares, a pratica de certas acções, e, como irregulares, prohibir a pratica de certas outras; d'ahi resulta que a primeira divisão dos actos criminosos em geral é em delictos que consistem em fazer aquillo que a lei prohibe. e em delictos que consistem, pelo contrario, em não cumprir aquillo que a lei ordena, ou como se diz na linguagem da Escola — em delictos commissivos e em delictos omisivos. O nosso Codigo deu conta dessa dupla face do con-

ceito formal do crime. O art. 2 § 1.º não falla sómente da acção, mas tambem da omissão voluntaria contraria ás leis penaes; porém esta não é a questão do programma.

Que o nosso legislador, como todos os legisladores criminaes, reconheceu as duas cathogorias de delicto — commissivos e omissivos, é ponto liquidado e incontroverso. A these do programma é outra. E a questão que ella envolve não é de certo uma questão ociosa. Na opinião de L. von Bar, autoridade citada pelo autor nos *Estudos Allemães*, “um dos mais graves problemas do direito criminal é sem duvida a indagação de como alguem em virtude de inacção, póde tornar-se causa dum successo positivo e determinado”. Desde que se considera o crime como um effeito da vontade, o que ha apreciavel quando se trata da imputação de um factio criminoso, é o nexo causal entre esse factio e a mesma vontade. A circumstancia de ter sido o crime produzido inactivamente é secundaria e irrelevante. Uma vez que o individuo deixa de fazer isto ou aquillo, tornou-se causa de um phenomeno illegal e violador dos direitos de outrem, — a sua criminalidade é manifesta.

Se nos crimes omissivos propriamente ditos, isto é, naquelles que consistem em deixar de fazer o que a lei prescreve, a omissão é character essencial do conceito desses mesmos delictos; nos crimes de que aqui tratamos, a omissão é apenas uma modalidade subjectiva. Em regra os fins criminosos são attingidos por meios directos e positivos; mas nada impede nem repugna á idéa do crime que elle seja praticado por meios indirectos e negativos. Assim, concebe-se a possibilidade não só da autoria, como da cumplicidade omissiva no sentido de ser-se causa primaria ou secundaria de um delicto por meio de inacção.

Os exemplos são facéis de figurar, mas eximimo-nos de fazel-o, porque importa sómente estabelecer a theoria.

Quando o Codigo diz que é crime ou delicto: — “toda acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes” deve-se entender como acção, não os complexos de actos positivos sómente, mas ainda os actos negativos, que tem por effeito uma violação da lei.

Se matar, por exemplo, é uma acção criminosa, o que a fez tal é a voluntariedade com que ella é praticada, pouco importa os meios.

\* XI

*Conceito da imputabilidade; presuppósitos de sua existencia.*

Imputar, no sentido do direito penal, é fazer remontar uma acção criminosa, com os seus resultados, a vontade de um sujeito humano, como causa livre dessa mesma acção, e tornal-o assim responsavel por ella. A imputação é função do juiz criminal. Para que esta tenha lugar é mister que o sujeito criminoso se tenha achado no estado de imputabilidade activa, isto é, na disposição de espirito apropriada ao conhecimento da criminalidade de sua acção, no momento de pratical-a.

O conceito da imputabilidade tem sido assumpto de demoradas indagações. Para bem explanal-o, alguns criminalistas, partem da consideração do fim para que ella se dá, o qual não pôde ser outro senão pôr a conta de alguem as consequencias de sua acção, responsabilisal-o por ella, e se houve transgressão da lei, punir o sujeito agente, ou pelo menos obrigar-o a indemnisar o mal causado. Tudo isto, porém, presuppõe que só pode ser objecto de imputabilidade uma acção voluntaria.

A imputação de um crime encerra portanto o juizo de que este ou aquelle individuo violou livremente as leis pe-

naes. E' o que diz Zachariæ: "imputar é julgar que o homem é o auctor, isto é, a livre causa de uma acção". A' nosso ver, ainda mais exactamente se exprimiu Abegg dizendo que "nem todo o facto, nem toda e qualquer actividade é uma acção; mas sómente o facto, a actividade determinada pela vontade e pelo conhecimento, de modo que quando se falla de acção no verdadeiro sentido juridico, o momento da imputabilidade já entra como essencial."

Acima fallamos da imputabilidade activa; é mister que nos expliquemos. Por tal se deve entender a capacidade de ser causa de um phenomeno criminoso, capacidade que só existe no sujeito humano, na pessoa propriamente dita, razão pela qual as pessoas idéas, as pessoas juridicas em geral não são criminalmente responsaveis; ao passo que a imputabilidade passiva é a qualidade inherente a certas acções de serem imputaveis, como delictuosas, ao individuo que as pratica.

E' assim que não só se póde dizer de um sujeito agente que elle tem ou não tem imputabilidade, como tambem se póde dizer de uma acção que ella é ou não imputavel á esta ou aquella pessoa.

Os dois modos de expressão designam perfeitamente o duplo sentido, activo e passivo, da palavra. Os presupostos da imputabilidade, pois, podem ser reduzidos a tres: 1.º a existencia de uma acção ou omissão, que as leis pnaes declaram criminosas; 2.º um nexos de causalidade entre a livre vontade do sujeito que fez ou deixou de fazer o que a lei prohibe ou ordena e o phenomeno criminoso; 3.º finalmente, o conhecimento da existencia da prohibição ou da prescripção legal. São justamente os presupostos firmados no art. 2. §§ 1.º e 3.º do nosso Codigo.

## \* XII

*Se a falta do imputatio juris ou imputabilitas caracteriza, conforme os differentes systemas, os menores de qualquer idade (art. 1 § 1.º e art. 13); as mulheres, attenta á sua condição social; e os loucos com ou sem intervallos lucidos. (art. 10 § 2.º e art. 12).*

Se imputar é, como diz Zacharioe, julgar que um homem é o auctor de um certo factio ou causa de um certo effeito, segundo as leis da liberdade; em outros termos, se a imputabilidade activa é a capacidade de produzir voluntaria e conscientemente um phenomeno criminoso, não ha duvida que, onde a vontade e a intelligencia ainda não attingiram um certo desenvolvimento, não se póde fallar da imputação juridica, *imputatio juris ou imputabilitas*.

Obedecendo a este principio o nosso Codigo reconheceu que os menores de 14 annos e os loucos de todo genero não tinham responsabilidade criminal, salvo porém quanto aos ultimos o caso de terem lucidos intervallos, e nelles commetterem crimes. E' uma disposição esta que encontra disposições analogas em todos os codigos dos paizes cultos.

O que existe de differencial entre elles está sómente na idade indicada como limite entre a menoridade completamente irresponsavel e aquella em que já começa a bruxulear a imputabilidade activa, pela maturescencia da vontade, pelo desenvolvimento das funcções mentaes. Assim, ha systema de legislação penal, como por exemplo, o Codigo do Imperio Allemão, os Codigos de Baden, Hesse, Thüringen, Oldemburgo, Lübeck, que traçam como limite a idade de 12 annos; ha outros que admittem a falta de imputabilidade sómente até os 10 annos; sirvam de

exemplo os Codigos de Württemberg e da Austria; ha outros como os de Sachsen e Hamburgo que fixaram o mesmo termino que o nosso, isto é, a idade de 14 annos.

Se está acima da contestação que o homem na idade da meninice, nas primeiras phases da juventude mesma, não pôde ter a instrucção precisa para conhecer o crime e pratical-o como tal, não é menos incontroverso que a taxação de uma época certa e determinada, applicavel a todos os povos, a todos os graus de cultura, como ponto inicial da *imputatio juris*, quando não fosse uma cousa impossivel, seria uma cousa disparatada. Os legisladores em geral determinaram essa época de conformidade com as circumstancias de seu paiz. O nosso escolheu a minoridade de 14 annos. Tinha direito de fazel-o e ninguem o censura por isso. Mas não tem desculpa quando se attende que a idade por elle fixada não satisfaz a todas as exigencias, e pode abrir caminho a mais de uma injustiça. O menino das cidades, o collegial de 13 annos, que pratica um delicto não tem responsabilidade; mas tel-a-á de certo o matuto de 14 janeiros, analphabeto e ignorante que se põe em conflicto com a lei penal.

Ha nisso uma chocante desproporção que affecta dolorosamente o sentimento do justo.

E como se não bastasse uma tal anomalia, o Codigo mostrou-se ainda um pouco desponderado com a disposiçãõ do art. 13, relativa ao discernimento; o que apparece como tal bem pôde ser o contrario; assentar pois sobre phenomeno tão vago e indeterminado uma decisão judicial, é um acto de leviandade e o nosso Codigo se resente della.

No que diz respeito ás mulheres a questão é unicamente theorica. O legislador não se lembrou de fazer do sexo feminino por si só, uma razão de menor responsabilidade, o que não deixa de ser extranhavel, attendendo-se

á inferioridade politica, social e até juridico-civil das mesmas mulheres.

Consideral-as como taes, incapazes de imputação, seria um contrasenso; mas tambem não é menos reprehensivel, depois de julgal-a, em muitos pontos, inferior ao homem, só a respeito do crime tratal-as em pé de igualdade.

Que a loucura exclúa a imputabilidade é ponto inquestionavel; que esta exclusão comprehenda todos os generos de loucura, é ainda fóra de duvida; mas não é igualmente liquido que o § 2.º do art. 10 possa abranger todos os casos de mentalidade ou de perturbação de espirito, que tornam o sujeito irresponsavel, loucura esta que na pratica só pode ser supprida, fazendo-se applicação de artigo 3.

O Codigo não andou bem com a supposição de intervallos lucidos na loucura; e ainda que possa ser desculpado a vista do tempo em que foi legislado, nem por isso é menos exacto que a sua doutrina é de uma applicação perigosa.

O mesmo se diz da disposição do art. 12, onde o legislador ao arbitrio dos juizes confere aquillo que só devia ser conferido ao parecer dos medicos.

\* XIII

*Se tem logar a imputatio facti a respeito dos violentados em todas as suas especies.*

A questão contida no programma é deduzida do § 3.º do art. 10 do Codigo, onde se diz que não serão criminosos por força ou medo irresistivel. Os quatro paragraphos do citado art. dividem-se em dous grupos, representando duas cathogorias de individuos que não se



consideram criminosos; uns pela falta de *imputatio juris*, outros pela falta de *imputatio facti*. A primeira cathegoria abrange os menores de 14 annos e os loucos de todo genero; a segunda, porém, comprehende os violentados e os que commetterem crimes casualmente, na pratica de um acto licito, feito com a tenção ordinaria. Naquelles é impossivel o *dolus*, pelo estado em que se acha o seu espirito, incapaz de uma livre determinação, ou em virtude da pouca idade, do pouco desenvolvimento, ou em virtude de uma doença, de uma qualquer perturbação mental; ao passo que nestes a falta do *dolus* é só relativa a um factio particular, a um crime dado; fóra d'ahi os sujeitos permanecem no seu estado normal.

A esta differença de attitudo espirital, em relação ao crime, correspondem as expressões *imputabilitas* e *imputatio*. Quando se trata de violencia, isto é, de força ou medo irresistivel, o que se suppõe extincto por essa mesma violencia, não é a *imputabilidade*, mas a *imputação*. A violencia faz que o acontecimento por meio della, não seja *imputavel*, não tenha o character de uma acção do coagido; mas o estado interior deste ultimo não se acha alterado: o conhecimento do mal permanece o mesmo, ainda que não exista a intenção de pratical-o, o que aliás está contido no proprio conceito da coacção. O coagido não perdeu a sua *imputabilidade activa*, isto é, a capacidade juridica de ser causa de um effeito criminoso; mas não é a causa do effeito de que se trata, justamente por lhe faltar a voluntariedade da acção. Entretanto, como a violencia, segundo os proprios termos do Codigo, deve ser *irresistivel* e a *irresistibilidade* é relativa á força que coage e a força que resiste, d'ahi resulta que nem todos os violentados estão isentos de criminalidade.

Os criminalistas costumam designar por *vis absoluta* aquella especie de força que faz do coagido um instru-

mento nas mãos dos coactores; assim como designam pela expressão *vis compulsiva* aquella que ainda deixa ao violentado alguma liberdade, e como tal não o torna de todo irresponsavel. O § 3.º do art. 10 refere-se a *vis absoluta*.

Quando se trata desta violencia, aquelle que a emprega, se ella vem de um sujeito humano, é o unico delinquente, o auctor do crime em questão; não assim, porém, quanto a *vis compulsiva*, na qual são criminosos ambos os sujeitos, isto é, o constringente e o constringido.

\* XIV

*Da responsabilidade criminosa em geral. Intenção. (art. 3.º).*

A idéa de responsabilidade criminosa não é inversa de imputabilidade; ha sómente a notar que a primeira, considerada em si mesma, tem mais extensão que a segunda, razão pela qual se lhe addiciona o epitheto — criminosa — como signal de restricção do conceito a esphera do direito criminal, fóra do circulo do direito civil, onde elle tem tambem a sua significação.

A capacidade juridica de ser causa de um effeito criminoso não é differente da capacidade juridica de responder por um tal effeito.

As duas idéas, como se vê, se ajustam uma á outra, de modo que podem substituir-se mutuamente. Mas mesmo assim é possivel descobrir em cada uma dellas alguma cousa de especial que sirva para distinguil-as e separal-as. Com effeito, quando se diz de um homem que elle tem ou não tem imputabilidade, o que se affirma ou nega é alguma cousa relativa ao estado mental desse homem, que se suppõe regular ou não. Quando é, porém, que alguem

é criminalmente responsável já não se trata de um ponto ou de uma questão abstracta de normalidade de espirito, no terreno do direito criminal, mas de um assumpto concreto, de uma relação causal entre o individuo e este ou aquelle facto criminoso.

A disposição do art. 3 do Código que é uma característica do delinquento, define a má fé ou o *dolus* como conhecimento do mal, e intenção de pratical-o, que são as condições psychologicas da delinquencia. O conhecimento do mal por si só nada importa para a construcção do conceito do crime e do criminoso. Esse conhecimento, que é bebido na consciencia do direito, existe em todos os homens, que attingiram um certo gráo de desenvolvimento intellectual. Que o mal é mal, que o crime é crime, conhecem-no aquelles mesmos que nunca se puzeram em conflicto com as leis penaes.

Não assim, porém, quanto á intenção de pratical-o. Esta já constitue um primeiro momento na genesis do crime, posto que ainda não seja bastante para tornar o individuo responsável.

A intenção é a vontade dirigida para um resultado da acção, esperado pelo agente; é só por meio della que a acção adquire sua completa significação juridica. Só se póde querer um resultado quando se tem consciencia de poder conseguil-o por meio da propria actividade. Faltando essa consciencia, o resultado obtido pode ter sido *desejado*, mas não foi querido.

A intenção é ao mesmo tempo uma direcção da vontade á um fim, á um alvo que se tem em vista, e a consciencia da realisabilidade desse fim, pelo proprio esforço do sujeito agente.

## \* XV

*Dólo e suas especies em relação á sua força ou energia, ao momento da deliberação e á qualidade do mal deliberado.*

O dólo de que falla a doutrina e a má fé exigida como condição psychologica da delinquencia pelo art. 3, do nosso Codigo, são uma e a mesma cousa. No sentido do direito penal entende-se por dólo a direcção voluntaria para a pratica de um acto illegal, com a consciencia dessa illegalidade, a que corresponde perfeitamente o *conhecimento do mal e a intenção de pratical-o*, de que trata o citado art. Não é o mal moral, nem o mal physico, nem outra qualquer fórma de mal; porém sómente o mal juridico, resultante da acção da vontade individual contra a vontade geral expressa na lei.

O conceito do dólo tinha entre os Romanos uma larga synonymia; para significar-o, elles empregavam as expressões: *siens prudens que, siens dolo malo, cosulto, concilio, animo, proposito, sponte, data opera, inimicitio causa, necandi causa*, e outros semelhantes.

Entre os modernos elle conserva o mesmo valor para a construcção da criminalidade, mas já não tem aquella clareza que se lhe vota no Direito Romano. Divisões e sub-divisões desse conceito acabaram por confundil-o e obscurecel-o.

Estudando-se a historia do desenvolvimento do dólo, como factor do crime, pois que as idéas tambem tem a sua evolução historica, observam-se as seguintes phases: primeira, o *dolus nerus et presumptus* dos praticos Italianos; segunda, o *dólo indirectus* de Carpzow e Bremer; terceira, a *culpa dolo determinata* de Feuerbach; quarta, o moderno *dolus indirectus* de Hostlin; quinta, finalmente

o *dolus generalis*. Os criminalistas não estão todos de accordo com estes diversos modos de comprehender o *dolus*. Alguns entendem mesmo que esta classificação não é vantajosa para a theoria, nem tem interesse pratico. Seja como fôr, o certo é que a moderna doutrina ainda reconhece diversas formas de dolo, e as legislações penaes de varios paizes deram conta dessas formas. E' assim que ainda hoje se estabelecem as seguintes antitheses: primeiro, *dolus determinatus e eventualis*; segundo, *dolus proemeditatus e repentinus*, adicionando nestes dous grupos os conceitos do *dolus generalis*, *dolus subsequens*, *dolus indirectus*.

Entende-se por *dolus determinatus* aquelle em que o facto criminoso se ajusta em todos os pontos com a vontade; o que eu quiz foi justamente o que aconteceu; ao passo que *dolus eventualis*, como indica mesmo a palavra *eventus* refere-se a alguma cousa de extraordinario, que foi além dos calculos do delinquente.

O *dolus proemeditatus* suppõe uma certa calma e reflexão do criminoso, ao passo que o *repentinus* apparece no momento mesmo do crime.

O nosso Codigo, que fez da premeditação uma circumstancia aggravante, considerou por isso todo e qualquer crime não premeditado nas condições exigidas por elle, um crime praticado por *dolus repentinus*.

O *dolus generalis* é o que se dirige a violação do direito, sem especificar de antemão os modos e os limites dessa violação. E' o *animus loedendi* em opposição ao *animus necandi*, quando trata de homicidio.

O *dolus subsequens* é que vem depois ou de um acto licito ou de um acto culposo donde resulte o mal de alguém. Se o agente aproveita-se do successo involuntario para attingir um fim criminoso, ahí temos o dolo subsequente.

O chamado *dolus indirectus* não é facil de distinguir, quer do *dolus generalis*, por um lado, quer do *dolus eventualis* e da *culpa dolo determinata*, por outro lado. Em todo caso elle representa a direcção da vontade para um lado, e todavia attingindo alvo diverso, ou conseguindo mais do que quiz.

O *dolus determinatus* e o *proemeditatus* são os que tem mais energia e os que mais pesam ante a justiça penal.

Os criminalistas ainda fallam de um *dolus alternativus*, que resulta da hypothese de um individuo collocado entre duas possibilidades de crime, realisar uma, sem lhe importar que a outra seja realisada, por exemplo: — A quer descarregar um tiro em B, mas junto a B se acha C, que, corre o risco de ser ferido e morto; o criminoso vé isto e todavia atira sobre B. Se succeder o ferimento ou a morte de C, é um caso de *dolus alternativus*.

\* XVI

*Culpa e seus graus. Se acerca dos factos culposos a lei n.º 2033 de 20 de Setembro de 1871. art. 19 melhorou as prescripções do Código.*

O conceito da culpa em materia criminal não foi definido pelo nosso Código e pode-se até dizer que o legislador brasileiro de então não o conhecia; durante quarenta annos, desde a data do Código até a lei de 20 de Setembro de 1871, os crimes culposos, meramente culposos, não existiam em nossa legislação penal.

Entretanto a culpa não é uma idéa van: ella corresponde a uma modalidade real do facto criminoso. Se o dolo suppõe: 1.ª a consciencia de que um resultado por nós querido e offensivo do direito alheio; 2.ª a consciencia

cia de que um acto nosso produz esse resultado, comprehende-se a hypothese de faltarem ambos, ou qualquer desses requisitos, e todavia não se pode considerar inteiramente irresponsavel o sujeito agente; é a hypothese da culpa, que aliás é susceptivel de gradação, não admite uma só medida. Com effeito, conforme a maior ou menor verosimilhança do resultado apparecido, conclue-se uma maior ou menor responsabilidade de prevel-o; nos casos em que esse resultado foi previsto como possivel, e não obstante praticou-se a acção que o produziu, é a culpa no seu mais alto gráu, a culpa que os romanos designavam por *petulancia, lascivna, culpa dolo proxima*; nos casos, porém, em que aquella possibilidade não entra na reflexão do agente, é a culpa em menor escala, a imprudencia, a *impericia, o desleixo, etc., etc.*

Como se vê a culpa que começou por ter um conceito juridico civil, antes de ter um conceito juridico criminal, partilha com o dolo a propriedade de revelar uma lacuna, um defeito da vontade.

A sua essencia consiste em que o agente quiz praticar este ou aquelle acto, sem ter chegado ao estado da ponderação precisa para convencil-o da legalidade e inandade do seu procedimento. Ella póde pois definir-se como a definiu Schütze: a direcção da vontade para uma acção consciente, donde aliás resulta algum mal, antes que o agente adquira a inteira certeza de ser conforme ao direito e de todo inoffensiva essa sua acção.

Alguns criminalistas graduaram a culpa em direito criminal, segundo a bitola do direito civil, e dividem-na portanto em *lata, leve e levissima*. Outros, porém, entendem que essa graduação não póde ser applicada ao direito criminal, em cuja esphera dizem elles, a divisão da culpa não se deve fazer por graus, mas segundo as diversas relações da consciencia com os resultados do acto praticado.

Na classe dos primeiros está Tolomei; na dos segundos está Schütze.

A falta que se notava no nosso Código de crimes meramente culposos, a lei de 20 de Setembro de 1871 procurou supprir com a disposição do art. 19, relativamente ao homicídio e ao ferimento. Foi sem duvida um melhoramento, mas incompleto.

A idéa da *culpa criminal* penetrou assim na nossa legislação; porém ainda não de um modo bastante comprehensivo para abranger as diversas hypotheses de acções culposas.

Dest'arte o infanticídio, o aborto, o damno pelo incendio ou inundação e outros delictos que podem ser commettidos por imprudencia ou impericia, continuam a ser considerados *dolosos*, o que é uma iniquidade, ou a passar despercebidos e impunes, o que não é menos injusto. Seria, pois, para desejar que os legisladores, continuando o trabalho feito em 1871, dessem mais espaço ao conceito dos crimes culposos, satisfazendo assim uma necessidade pratica e uma exigencia theorica.

\* XVII

*Caso fortuito. (art. 19 § 4.º).*

Quando o crime não tem por causa nem o dolo, nem a culpa, elle se diz producto do acaso, ou mal casual ou fortuito, e é imputado, não ao homem, mas a ordem natural das cousas, não havendo então quem por elle seja responsavel.

Assim se exprime Tolomei, que define o caso fortuito: — um complexo de causas extranhas ao livre querer humano, do qual deriva um mal que, ou não pode prever-se ou quando previsto, é todavia inevitavel.



Não nos importa aqui averiguar se a idéa do acaso tem um conteúdo real. Quer ella represente aquillo que não tem causa, quer represente aquillo cuja causa se ignora, o certo é que no terreno do direito, onde a vontade é a causa unica e apreciavel, só se dá o nome de *casuaes* aos phenomenos que não partem do querer do homem.

O nosso Codigo não definiu expressamente o caso fortuito, mas traçou os elementos que o compõem na disposição do § 4.º do art. 10.

Com effeito ali se diz que não são criminosos os que commetterem crimes casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com tenção ordinaria.

Deste modo de caracterisar ou explanar a idéa do *acaso*, se depreheende que elle, por si só, não é bastante para firmar a irresponsabilidade criminal.

O *casualmente* de que falla o Codigo equivale a *involuntariamente*; mas não basta que o resultado offensivo do direito, que apparece sob a forma do crime, tenha sido involuntario: são precisas outras condições que o legislador determinou de antemão e que se reduzem ás seguintes: 1.º) uma effectiva violação das leis penaes; 2.º) que esta violação não tenha partido da vontade do agente; 3.º) que ella se tenha dado no exercicio de um acto licito; 4.º) finalmente que esse acto fosse praticado com a tenção ordinaria.

Duas condições objectivas, a primeira e a terceira; e duas subjectivas, a segunda e a quarta. Não sendo ellas preenchidas, não existe caso fortuito no sentido juridico criminal.

A primeira e segunda exigencia o *casus* tem de commun com a culpa.

Tambem nesta se dá uma offensa real do direito, como tambem essa offensa é voluntaria.

A condição de uma *effectiva* violação das leis penaes quer dizer que deve sempre existir um mal qualquer, realiado neste ou naquelle objecto de direito. Assim, por exemplo, um individuo na pratica do acto licito de caçar, pouco faltou que matasse á um companheiro; desde que não matou, nem feriu não se pode fallar de *caso fortuito*, nem tambem de culpa; ainda mesmo que o tiro proviesse de um descuido, de uma falta de attenção da parte do caçador.

Acto licito, no sentido do Codigo, e no unico sentido que póde ter uma tal expressão, é o acto praticado no exercicio de qualquer funcção da vida social, ou melhor, da vida nacional. Como, porém, as funcções da vida nacional, vem excluir as proprias funcções estheticas, são todas reductiveis a forma geral do *trabalho*, pode-se dizer que o acto licito é aquelle que o homem executa como trabalhador, em qualquer dos ramos da actividade industrial ou economica, scientifica, litteraria ou artistica.

E é por isso mesmo que o Codigo não se limita ao *acto licito*; exige ainda uma *tenção ordinaria*.

Ora, esta *tenção ordinaria* suppõe uma certa regra applicavel a uma especie de actos repetidos, actos que se repetem com regularidade. São justamente os actos proprios de uma funcção, de um mister, de um genero de trabalho.

Tal é o melhor, senão o unico verdadeiro criterio para bem apreciar as duas ultimas condições do *caso fortuito*, estatuidas pelo nosso Codigo. Todas ellas ainda uma vez podem ser classificadas em uma dupla cathegoria: de um lado a illegalidade e a involuntariedade do factio acontecido; do outro lado, a regularidade do acto praticado e do modo de pratical-o.

Da somma e combinação destas quatro exigencias, uma vez realisadas, resulta o *caso fortuito*.

## \* XVIII

*Mixto de dolo e culpa, do dolo e caso fortuito, do caso fortuito e culpa.*

O dolo e a culpa formam, por assim dizer, dois círculos concentricos: os factos culposos são tangentes á periphéria do dolo, como os factos casuaes á periphéria da culpa. Entre dolo e culpa não ha antithese, de modo que a presença de um exclua a presença do outro conceito: elles são defeitos da vontade, especies diversas da direcção do genero humano para um alvo criminoso. O effeito das acções e omissões do homem nunca se limita ao momento em que ellas se dão. Muitas dellas não se mostram completas e acabadas, sinão depois de um certo tempo.

Nas acções e omissões criminosas o que importa ponderar não é a mesma acção ou omissão, mas o resultado, o seu effeito, o qual pode ser produzido mediata ou immediatamente, directa ou indirectamente, principal ou accessoriamente. E d'ahi a possibilidade de mais de um resultado criminoso, que não entrava no plano do delinquente, ou não fôra por elle previsto, devendo sel-o; o que quer dizer que as diversas direcções da vontade podem apparecer na pratica de um mesmo delicto.

Assim, concebe-se como possível a junção de dolo e culpa; basta imaginar a concurrencia de um crime intencional, consummado ou tentado, com um crime culposo que resulta do primeiro. Por exemplo: B morre contra a vontade e intenção de A, da ferida que este propositalmente lhe fez. Ahi temos ferimento *doloso* e homicidio *culposo*. Outro exemplo: A quer roubar B, e põe-lhe no peito uma pistola para intimidar-o e constrangel-o a entregar a bolsa; a pistola dispara contra a vontade de A e B succumbe. Ahi temos ainda o mixto de dolo e culpa,

tentativa de roubo e morte culposa. Entretanto importa notar que os Codigos criminaes de muitos povos não se mostram sempre de accordo com esta doutrina. O nosso, entre outros, fez algumas vezes do resultado possivel de um acto criminoso, não um accessorio attribuivel á culpa, mas parte integrante de uma das formas do crime. Assim por exemplo: é inadmissivel ou pelo menos dubitavel que a disposição do art. 205 seja uma hypothese de culpa, ainda menos de *culpa dolo determinata*; porquanto dar-se-ia o absurdo de ver esta punida com penas muito maiores do que o *dolo*, visto como o maximo penal do art. 201 é de um anno de prisão e o daquelle é de oito.

No mixto de dolo e culpa concebe-se tambem a possibilidade de vir a culpa em primeiro e o dolo em segundo lugar. E' o que se dá na hypothese do *dolus subsequens*: A fere por imprudencia a B a quem reconhece depois ser seu inimigo; abandona-o de proposito ás intemperies, ao ar da noite, á chuva, etc., e o ferido morre do effeito desse abandono. E' um mixto de culpa e dolo; neste mesmo sentido pode-se ainda comprehender a *junctão* do proprio *caso fortuito*, como o *dolus subsequens*. Mas não é igualmente comprehensivel o mixto de dolo, qualquer especie de dolo com o *casus*.

A razão é simples. Não só no terreno da theoria, mas sobretudo no terreno da lei, no circulo do nosso direito penal, o concurso do *caso fortuito* é antinomico, inconciliavel com o dolo ou má fé.

A idéa do acaso em materia criminal está determinado no § 4.º do artigo 10.

Sem as condições de uma violação effectiva do direito, contra a vontade do agente, na pratica de um acto licito, feito com a tenção ordinaria, não existe caso fortuito.

Ora, o crime propriamente dito, o crime doloso, não é sómente um acto illicito, é mais do que isso; é um acto

contrario as leis penaes, um acto illegal, para cuja pratica não se concebe uma regra, uma tenção ordinaria ou extraordinaria. O *dolo* e o *caso fortuito* constituem pois uma *contradictio in adjecto*.

## \* XIX

*Se entre a responsabilidade e a má fé ha sempre uma relação necessaria.*

Responsabilidade, no dominio do direito criminal, é a faculdade juridica de ser ou poder ser considerada causa de um effeito delictuoso. Uma vez sabido que a má fé e o dolo consiste no conhecimento do mal, isto é da criminalidade do acto, e na intenção de pratical-o como tal, não obstante esse mesmo conhecimento, a questão do programma se reduz a saber se a responsabilidade só chega até onde chegam esses dois elementos do dolo. Não é difficil resolvel-a. Com effeito, o nosso Codigo, tendo admittido graus no dolo, pois que no art. 1 § 1.º falla de um conhecimento menos pleno e de uma intenção indirecta de praticar o crime, dá-nos direito a suppor que a responsabilidade póde ser maior ou menor, conforme for mais ou menos crescida a parte do dolo, mas não ha admittir que possa haver responsabilidade criminal, sem uma dose qualquer de má fé, ou seja o *dolus indeterminatus*, ou o *dolus generalis*, ou quaesquer outras formas de deliberação criminosa, em que aliás o crime traz um resultado preterintencional. Mas esta idéa que surge a primeira vista, não é verdadeira. O Codigo em alguns casos foi além do dolo indirecto e, entrou nos limites da culpa. E' assim, por exemplo, que no art. 202 elle considera o criminoso responsavel, não só pela mutilação havida na occasião do feri-

mento, como pela que deste resulta, impondo em ambas as hypotheses a mesma penalidade.

Ora, é indubitavel que a destruição de um orgão, proveniente de um ferimento, tem mais o character de um factu culposu, do que de um factu dolosu; e todavia o delinquente responde por um tal resultado; é pois conclusivente que nesse caso, como em outros semelhantes, a responsabilidade vai além da sua fé, não existe entre uma e outra a relação necessaria. Entretanto a questão pôde ser resolvida debaixo de um ponto de vista mais generico. Ella se converte na seguinte pergunta: — ha crimes meramente culposos, em que o criminoso, não obstante a completa ausencia do dolo, seja todavia responsavel e sujeito a uma pena? A resposta não é duvidosa. Em nosso systema de legislação penal temos o art. 19 da lei de 20 de setembro de 1871, que admittiu, não todos de certo, mas duas classes desses crimes, isto é, o homicidio e o ferimento involuntario. D'aqui portanto uma conclusão muito logica e é que se a responsabilidade pode apparecer até mesmo na ausencia completa do dolo; se ella pôde dar-se dentro dos limites da culpa, com maioria de razão é comprehensivel que ella vá além da má fé, pois que em ultima analyse ultrapassar os limites desta, não é mais do que entrar no dominio da mesma culpa.

Importa ainda observar que o conceito da responsabilidade, de accordo mesmo com o Codigo, tem uma extensão mais lata do que a simples faculdade juridica de ser considerado causa de um effeito criminoso.

Assim, os mencionados no art. 10, posto que não possam ser punidos, comtudo não deixam de ficar sujeitos a indemnisação do mal causado como determina o art. 11.

E' o que se pode chamar responsabilidade civil, que o legislador entendeu não dever desaparecer, nem mesmo na falta de toda e qualquer responsabilidade criminal.

\* XX

*Da ignorancia e do erro de direito e de facto.*

Ha uma série de casos variadissimos em que o nexó causal entre a vontade e o effeito criminoso parece faltar, e nos quaes por conseguinte a impunidade do agente se torna duvidosa: são os casos que desde longa data a doutrina e a lei costumam designar como resultados do *erro*, dividido este ultimo em erro de facto — *error facti* — e erro de direito — *error juris*.

Da mesma fonte e da mesma ordem de considerações sahio uma dupla divisão da ignorancia em materia criminal, isto é, a ignorancia de direito e a ignorancia de facto.

No fundo não se trata de duas cousas essencialmente distinctas, e quasi tudo que se diz de uma, é applicavel a outra; mas importa sempre notar que o erro presuppõe a existencia de uma falsa idéa em lugar de verdadeira, ao passo que a ignorancia é a falta de idéas, sobre este ou aquelle assumpto.

Em these geralmente accéita, a ignorancia e o erro de direito não aproveitam, não desculpam a ninguem. Toda a lei é feita para ser cumprida, e uma vez sendo ella publicada pelos meios regulares, constitucionalmente estabelecidos, todos aquelles para quem ella existe devem tratar de conhecê-la e respeitá-la.

Esta verdade que domina o mundo do direito em geral, ainda mais se reforça, com relação ao nosso assumpto, isto é, quando se trata de crimes e de penas.

Com effeito, na esphera do direito criminal quem quer que tenha chegado a idade da imputação, praticando um acto criminoso, suppõe-se praticá-lo com a consciencia precisa para conhecer a criminalidade d'elle. Mas este conhecimento do crime suppõe tambem a existencia de uma

lei anterior que o qualifique; esta lei pertence a um paiz dado, a um Estado, a uma Nação; que os nacionaes, os subditos desse Estado não tenham desculpa de ignoral-a, comprehende-se; porém, os estrangeiros estarão no mesmo caso? Sem duvida alguma. Como exercicio do direito de segurança publica e particular, a pena alcança e fere legitimamente tanto o cidadão como o estrangeiro, tanto o subdito permanente como o subdito temporario. A lei penal é essencialmente territorial. Póde ao muito succeder que a respeito de certas leis de character local e preventivo, a ignorancia dellas por parte do estrangeiro, ainda não affeito aos negocios do paiz, seja levada em consideração como attenuante ou sirva de justo motivo para determinar o perdão. Quanto porém ao erro e ignorancia do facto a solução é diversa.

A ignorancia faz que a acção não possa ser imputada como dolosa, mas não exclue a possibilidade de um delicto culposo.

De accordo com as nossas leis penaes mesmas, a impericia por si só póde ser uma causa de crimes, ainda que involuntarios, todavia puniveis. A ignorancia de facto póde referir-se, ou aos momentos essenciaes do delicto ou ás suas circumstancias. Por exemplo: A contrahe um segundo casamento por não saber que sua mulher ainda vive: é a ignorancia da primeira hypothese. Assim tambem: B mata C que é seu pai: é a ignorancia da segunda relativa ás circumstancias. O erro de facto se manifesta como erro no objecto do crime (pessoa ou cousa); o erro de direito nos meios. A confunde B com C a quem elle quer matar e realmente mata B: é um caso da chamada *aberratio delicti*. O erro não apaga o dolo, o crime existe. Quanto aos meios importa distinguir, se são proprios ou improprios; se proprios, o erro nada influe; se impro-



prios, o crime torna-se impossivel, não existe, nem sequer a tentativa delle.

Quem quer envenenar com strychnina e por engano emprega arsenico permanece igualmente criminoso com o emprego deste, como com o daquelle meio. Quem porém em vez de arsenico emprega assucar, não commette crime algum. O contrario entretanto não é sempre exacto, isto é, quem por engano emprega arsenico em vez de assucar, póde ser que se torne conforme as circumstancias, responsavel por imprudencia ou por impericia culposa.

\* XXI

*Idéa dos actos preparatorios e da tentativa em geral; punibilidade desta. O ponto inicial da tentativa punivel (art. 2 § 2.º). Tentativa de crimes militares.*

Segundo o art. 2 § 2.º do nosso Codigo o conceito da tentativa compõe-se dos seguintes elementos: 1.º a manifestação de um intuito criminoso por actos exteriores; 2.º um principio de execução desse intuito; 3.º a não realização do crime por circumstancias independentes da vontade do delinquente. O que o Codigo designa por actos exteriores é o que geralmente a doutrina qualifica de actos preparatorios; e como taes se entendem todos aquelles que precedem o principio da isenção do delicto projectado, havendo entre elles e este principio uma relação de meio e fim.

O Codigo não encerra uma disposição clara e precisa quanto á impunidade de actos preparatorios, these esta que aliás é reconhecida e accéita, não só em nome da doutrina, como tambem por uma deducção logica do que se acha estatuido no art. 2 § 2.º, visto como, se tres são

os momentos conceituaes da tentativa punivel, é claro que qualquer desses momentos, considerado por si só em relação aos outros, não póde envolver criminalidade alguma.

Entretanto importa observar que a linha divisoria entre a tentativa delictuosa e os actos preparatorios é difficil se traçar, e ainda mais difficil é achar para ella uma formula geral que se applique a todos os casos. E' ponto esse que só póde ser bem apreciado pelos juizes, conforme as circumstancias do facto e a individualidade do agente criminoso.

Assim em um caso póde apresentar-se como tentativa aquillo que em outro caso não passa de acto preparatorio.

A propria natureza do crime, conforme a sua execução, costuma estar em immediata continuidade com os preparativos della, ou se necessita de mais longos preliminares, deve ser tomada em consideração para bem distinguir-se uma cousa da outra.

Em todo caso, simples manifestações de deliberação criminosa, até onde ellas não constituem, como ameaças, um crime a parte, não formam actos de tentativa.

O ponto inicial da tentativa criminosa não é, pois, toda e qualquer acção que se dirija a execução deste ou daquelle crime, mas sómente aquella com que o agente, começa a executar um crime certo e determinado.

Dest'arte um individuo que vibrando sobre outrem uma cacetada, involuntariamente erra o golpe, não está nas mesmas condições, do que o que descarrega, com igual efficacia uma arma de fogo.

O fim a que se dirige a acção do primeiro não é identico ao da acção do segundo. Aquelle, só por excepção pode ter querido matar, ao passo que este, só tambem ex-

cepcionalmente pode ter tido outro intento, que não o do homicídio.

O Codigo criminal brasileiro, como em geral os codigos modernos, não conhece nem admite graus na tentativa. A distincção feita pelos antigos criminalistas de um *conatus delinquendi proximus* e outro *remotus*, de uma tentativa *acabada* e outra *não acabada*, não existe para nós. Assim tambem não conhecemos a divisão da tentativa em simples e qualificada. E' certo que não seria fóra de proposito se o nosso legislador tivesse levado em conta para determinar o gráu de penalidade, a circumstancia de haver-se a tentativa mais ou menos approximado da consummação do delicto. Mas tambem é certo, que elle não teve uma tal idéa.

Uma vez manifestada a intenção criminosa por actos exteriores, com principio de execução, que não teve effeito contra a vontade do delinquente, a tentativa existe quer se tenha, quer não realisado algum mal na pessoa da victima projectada, no objecto do crime.

Isso não deixa de merecer uma critica, mas nós não estamos encarregados de fazel-a.

Bom ou máu, é o que está na lei.

\* XXII

*Se é admissivel a simultaneidade da tentativa e da culpa.*

A questão do programma pode ser tomada em dois sentidos, isto é, pode ser entendida no sentido de saber-se se é ou não possivel uma tentativa culposa, ou no sentido da possibilidade de uma circumstancia da mesma tentativa com um crime culposos.

A primeira face da questão é a que quer o programma. A segunda, além de não se prestar a largas considerações, parece que será melhor suscitada e discutida na parte relativa ao *concursum delictorum*.

Pela definição que em geral os criminalistas dão da tentativa e pelo que mesmo se depreheende do disposto no art. 2 § 2.º do nosso Código, vê-se que ella só pôde ser concebida em relação a um alvo determinado que o agente teve em mira.

Com effeito, o principio de execução de que falla o Código, suppõe um certo crime que se começou a realisar. O não ter tido effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente, ainda suppõe que este delinquente quiz alguma cousa de mais que aquillo que foi realisado. Elle vê diante de si somente uma parte do crime concebido como *todo*, e, por assim dizer, um pedaço de realisação de seu plano criminoso.

O dolo, pois, é essencial a tentativa.

Nas acções culposas ha tambem um alvo e uma intenção para elle dirigida, mas o resultado não fazia parte desse alvo, não estava no limite dessa intenção.

Entre o crime culposo e a tentativa ha de commum que ambos encerram alguma cousa contra a vontade; mas naquelles, involuntario é o que succede, nesta o que não succede. Em outros termos: nos crimes culposos o *acontecido* vai além do *querido*, chega mesmo a sobrepujal-o de todo; na tentativa, porém, dá-se o contrario: o *acontecido* é sempre inferior ao *querido*.

Já se vê que não pode existir tentativa culposa, nem tentativa de um crime culposo.

Questiona-se entretanto sobre o seguinte ponto: se na tentativa a intenção pode ser determinada, ou pode ser tambem indeterminada. Se por intenção indeterminada

entende-se o *dolus alternativus* e o *eventualis*, a questão se resolve facilmente no sentido affirmativo, se, porém, só se entende por tal aquelle *dolus* que, sem esclarecer-se bastante sobre o seu alvo, procura realisar a offensa projectada só de um modo geral, então não pôde ser levada em conta na punição da tentativa, a possibilidade de um resultado mais grave.

Este dolo indeterminado apparece especialmente nos ferimentos. Ahi pôde-se, é verdade, dado sómente o *animus laedendi*, fazer o agente responsavel pelo resultado do ferimento; mas seria injusto construir desse mesmo resultado uma tentativa de morte.

E' a hypothese do art. 205 do Codigo, que apresenta uma das fórmulas da violação da integridade corporea, a mais perigosa de todas, que, entretanto não se presta, por si só, a construcção da tentativa.

A legislação de alguns paizes segue a tal respeito uma opinião mais rigorosa.

Na Saxonia, por exemplo: o ferimento grave, conforme as circumstancias, conforme a natureza do instrumento empregado, pode tomar proporções de tentativa de morte *ex dolo indirecto*.

Mas o nosso Codigo não se accomoda, sinão accidentalmente, em um ou outro caso extraordinario a semelhante idéa.

\* XXIII

*Applicabilidade do conceito da tentativa a todas as classes de crimes ou sómente a algumas. (art. 2 § 2.º).*

O conceito da tentativa não é applicavel a todos os crimes. Em prol desta theoria militam duas ordens de razões: uma de direito, outra de facto.

As de direito derivam da consideração de certos crimes, como taes qualificados pelo Codigo, que entretanto consistindo no emprehendimento de acções perigosas para a ordem e segurança do Estado da sociedade em geral, se admittissem a possibilidade de um *conatus delinquendi*, dariam em resultado uma tentativa de tentativa — o que não é concebivel. E até succede que alguns desses delictos não passam de simples actos preparatorios. Ainda mais absurdo seria conceber para elles uma tentativa. *Exemplo illustravel*. Os artigos 68, 85, 86, 87, 88, 89, do Codigo Criminal dão testemunho da verdade por nós enunciativa. Ahi com effeito se trata de crimes, cuja execução está na propria tentativa; é o Codigo mesmo que emprega as expressões: tentar directamente e por factos, etc., etc.

Já se vê que taes delictos, cujo caracteristico essencial é o principio de execução de um plano criminoso, que aliás se suppõe frustado contra os intentos do tentador, não comportam a idéa de tentativa applicavel a outros crimes, no sentido do art. 2 § 2.º do Codigo.

E não sómente os casos previstos nos artigos mencionados, tambem os crimes de *rebelião*, *sedição*, *insurreiçãõ* trazem o caracter de verdadeiras tentativas, sinão antes de actos preparatorios considerados criminosos em si mesmos, e como taes não são susceptiveis de ser tentados. Porquanto a criminalidade de todos esses factos está no fim para que se reúne um numero superior a vinte pessoas (art. 110) ou sómente mais de vinte (art. 111) ou finalmente vinte ou mais escravos (art. 113).

A não consecução de tal fim é um momento conceitual do delicto; a tentativa torna-se impossivel, porque ella já entrou como elemento na construcção do crime total. Em condições analogas acha-se ainda o delicto prefigurado no art. 300.

Fabricar gazuas, etc., etc., é quando muito um acto preparatorio de roubo, ao qual entretanto o Codigo deu o valor juridico de um crime a parte. A tentativa é inconcebivel.

Ha delictos que os criminalistas chamam *formaes*, os quaes, uma vez iniciados, estão concluidos, sem que haja mister de um resultado particular da acção do agente. E' o que se dá, por exemplo: com o crime de injuria verbal. A taes delictos é inapplicavel, o conceito da tentativa. Entre elles, porém, existem alguns, a respeito dos quaes surgem duvidas. Nesse caso está o perjurio.

Uns entendem que uma vez expresso o falso depoimento, o crime está consummado; outros pensam, ao contrario, que a consummação só se dá depois de concluido o processo, e quando não ha mais possibilidade de arrependimento ou retractação do que se disse.

O conceito da tentativa tambem não é applicavel aos chamados crimes omissivos. Não assim, porém, quanto aos commissivos praticados por omissão. A razão é intuitiva. Nos primeiros, que consistem justamente em não cumprir um dever legal ou regulamentar, não se concebem phases diversas; a inacção não se gradúa; ao passo que nos segundos o crime está no resultado, e este pode ser completo ou não, pode estar ou não de accordo com a vontade do delinquente.

\* XXIV

*A tentativa por meios improprios e um objecto improprio (art. 2 § 2.º).*

A idéa da tentativa em materia criminal se decompõe nos seguintes elementos: 1.º a vontade de commetter um crime certo e determinado; 2.º a manifestação dessa von-

tade por actos exteriores; 3.º finalmente um principio de execução do crime projectado, que entretanto não teve effeito por circumstancias, independentes daquella mesma vontade. Como se vê a tentativa consiste sempre na pratica de um acto que já por si constitue um dos elementos objectivos do crime que se tem em mira. Este crime tem um objecto, e em geral para ser levado a effeito, — necessita a applicação de certos meios.

E' claro portanto que faltando este objecto, ou sendo elle improprio de uma aggressão criminosa, assim como sendo inadequados e imprestaveis os meios empregados, o fim querido é inatingivel, isto é, o delicto não pode dar-se, e como tal não se concebe a sua tentativa. Um principio de execução envolve a possibilidade dessa mesma execução. Um crime impossivel desde o primeiro momento da sua genesis, não é um crime. O legislador pune sómente crimes reaes e o começo da realisação de crimes possiveis.

O impeto que leva um homem a praticar um crime, que aliás, é impossivel, pôde ser, conforme as circumstancias, uma prova completa de sua má vontade.

Mas a lei não pune a má vontade, ainda quando ella se acha completamente provada. Só depois de realisado, pelo menos, um principio de violação do direito, um começo de perigo é que a punição apparece.

Se alguém, por exemplo, desvia a arma de fogo de um outro que quer matar o terceiro, da linha do projectil, a morte ali se torna impossivel; mas não o era desde o principio; resta ainda na hypothese um começo real de execução. Não assim, porém, quando esta é de todo completamente impossivel.

Com effeito, a possibilidade de execução capaz de excluir a idéa de tentativa deve ser absoluta. Assim podemos dizer a respeito do objecto de aggressão, que não



ha, por exemplo, tentativa de furto quando alguém entra em um celeiro para furtar cereaes e encontra o celeiro vazio. Também não ha tentativa de furto, quando alguém, subtráe, como alheia, uma cousa que aliás lhe pertence. Não ha tentativa de aborto, ainda que para este se empreguem os meios mais fortes, quando não ha gravidez. Não ha tentativa de homicídio quando alguém, suppondo atirar sobre outrem que dorme, descarrega a sua arma sobre um leito vazio. Quanto aos meios empregados, podemos dizer também que não ha tentativa de morte, quando alguém quer atirar sobre outrem com uma arma descarregada, ou quando lhe fornece como veneno uma substancia inoffensiva.

Em todos esses casos a impossibilidade de execução é absoluta, ou pela impropriedade dos meios ou do objecto. O crime absolutamente impossivel pode bem justificar certas medidas policiaes contra a sua vã tentativa. Mas desde que o legislador falla de um principio de execução como elemento necessario do *conatus delinquendi*, tem por isso mesmo firmado a impossibilidade do crime absolutamente impossivel.

Qualquer começo de execução é uma parte della. Se a execução do todo é uma impossibilidade absoluta, igualmente impossivel também é a execução de uma parte.

Entretanto não se confunda a impossibilidade absoluta com a relativa, pois que esta não annulla, como aquella, o conceito da tentativa. Quem pretende envenenar a outrem e empregar uma dóse insufficiente de veneno, não está nas mesmas condições de quem, por engano, applica assucar em vez da sua substancia toxica. Na primeira hypothese a differença é simplesmente quantitativa, não altera a natureza do meio, na segunda, porém, é qualificativa; já não se trata do mesmo *instrumentum sceleris*, di-

versamente empregado, mas de dois meios no instrumento, um real e outro presumido. A impossibilidade de execução não teve o mesmo caracter.

\* XXXV

*O crime perpetrado por meios proprios, mas tentado por improprios. (art. 2 § 2.º).*

A questão do programma é simplesmente uma face especial da questão de tentativa impossivel por impropriedade dos meios e do objecto do crime. E' mais um ponto de causistica pratica, do que um resultado de analyse theoretica. A não ser com effeito a necessidade que leva os legisladores de certos paizes a ameaçarem com pena casos de tal natureza, que aliás, perante os principios, não tem valor juridico, nunca a sciencia occupar-se-hia de semelhante problema.

Uma vez estabelecido que os actos preparatorios não tem significação criminal, ainda mesmo, que seja, como é realmente, muitissimo difficil traçar a linha divisoria entre esses actos e o principio de execução do crime, que é o ponto inicial da tentativa punivel; uma vez estabelecido que não sendo proprios, nem os meios, nem o objecto de aggressão, a tentativa não pode dar-se; conclue-se logicamente que a propriedade dos meios, na phase preparatoria do delicto, é irrelevante, não tem importancia alguma. Porém isto não obstou que os Codigos de alguns paizes tomassem em consideração esse ponto, ainda que, menos como materia penal, do que como medida policial, incidentemente collocada entre as leis criminaes. Assim, não só na Italia como tambem na Allemanha, acham-se disposições legislativas sobre tal assumpto. O Codigo de Thüringen, por exemplo, no seu art. 26, n.º 3, julga punivel a tenta-

tiva se o criminoso, para commetter o crime, escolher um meio *proprio*, mas empregou-o de um modo improprio ou irregular, a ponto de não ser atingido o resultado que elle tem em mira. E' a these do nosso programma, á qual muito em vez do que podera parecer, não é extranho o pensamento do Codigo; porquanto se é certo que conforme a disposição do art. 2 § 2.º o principio de execução é o primeiro momento conceitual da tentativa, não é menos certo que esse principio deve ser comprehendido de maneira que não exclua de todo a possibilidade do crime, sempre que não haja um começo de acção criminosa: em outros termos, esse principio de execução de que falla o Codigo, não deve ser tomado em sentido tão objectivo, que ponha fóra de toda e qualquer apreciação juridica a subjectividade do delinquente, ou tentador frustrado.

Assim, é possivel que este ou aquelle individuo, depois de carregar devidamente as suas pistolas, com intento de matar A ou B de quem elle tem por certo receber uma visita naquelle dia, ao lançar mão das armas, no momento opportuno, em que faz fogo sobre a sua victima, encontre-as incapazes de produzir o effeito desejado, porque alguém occultamente tirou-lhes as espoletas, e como tal, de accordo com as circumstancias do facto, não seja considerado um réo de tentativa de homicidio.

Mas supponhamos que esse individuo é um filho que prepara os meios proprios de assassinar seu pai; mas não consegue pela razão figurada na hypothese, estará nas mesmas condições? O direito encara esta ultima tentativa impossivel pela impropriedade dos meios com a mesma differença com que encara a primeira? A affirmativa é difficil.

Se o facto de ser a victima do objecto do crime pai do delinquente, constitue, por si só, uma qualificativa do homicidio em seu mais alto gráo, como é que essa cir-

cumstancia não tem valor algum na hypothese da tentativa frustrada pela impropriedade dos meios de execução, não obstante a impropriedade dos meios preparatorios ?

Pelo menos é uma questão digna de nota.

\* XXVI

*O arrependimento voluntario e livre da prosecução do crime começado, bem como o arrependimento dos seus resultados pela actividade do delinquente. (art. 2 § 2.º).*

A questão do programma, comquanto apresente uns visos de novidade e um character mais theorico do que pratico, é todavia derivada das proprias expressões do codigo, quando expõe o conceito da tentativa. Realmente ahi se diz (art. 2 § 2.º) que a tentativa criminosa se caracteriza, não só pelo principio de execução do crime, como ainda pelo facto de não ter tido effeito, esse mesmo principio por circumstancias independentes da vontade do delinquente. E' isto o que diz a lei e tanto basta. Mas vem a logica e replica: logo á *contrario sensu*, se a execução não se dá por circumstancias dependentes da vontade, a tentativa não existe, o seu conceito está disvirtuado. E é isso o que se entende por arrependimento voluntario e livre em materia criminal. A questão do arrependimento está logicamente subordinada á questão da tentativa. Com effeito, só na hypothese de um delicto começado, e não acabado é que se comprehende a possibilidade do delinquente recuar, por si mesmo, da realidade completa de seu plano criminoso, ou arredar por si mesmo, os resultados finaes e complementares do crime iniciado. Mas não se trata de arrependimento no sentido ethico e religioso da palavra.

Perante Deus ou perante a consciencia, que é o seu unico subrogado e representante na terra, pode ser que o arrependimento, como facto subjectivo, elevado a cathegoria de virtude, tenha força de apagar o passado e remir o penador das penas do inferno; como facto objectivo, juridicamente apreciavel, seguindo a velha regra do *quod factum, pro infecto non habetur*, só se refere ao futuro; quanto ao que uma vez foi praticado não salva o delinquente das penas da lei. Como se vê, o valor juridico do arrependimento não se acha na dependencia do seu valor moral. O que se exige, o que se quer sómente é que elle seja voluntario e livre. Como, porém, a vontade é sempre determinada por motivos, a natureza destes nada influe, uma vez que não sejam taes, que tirem ao mesmo arrependimento o character de voluntario.

E' assim, por exemplo: que o ladrão sendo perseguido pelo dono do objecto roubado, e largando-o para melhor fugir, com medo de ser capturado, não deixa por isso de commetter uma tentativa de furto.

Entretanto aquelle que depois de ter subtrahido a propriedade alheia, volta a collocal-a no lugar donde tirou-a, por se haver espontaneamente arrependido, não commetteria em hypothese alguma uma tentativa delinquente, quando mesmo confessasse o seu procedimento; ao muito se lhe poderia attribuir um *furtum unus*; mas isto, entre nós, só em these, pois que o Codigo não conhece uma tal forma de crime ou furto.

O Codigo, caracterizando a tentativa, falla em um principio de execução que não teve effeito, etc.

Esta expressão *que não teve effeito*, pode ser tomada em dois sentidos: ou no sentido de não ter-se realisado mal algum no objecto do crime, ou no sentido de ter-se realisado alguma cousa, sem que todavia o delinquente tenha dado cumprimento a todo o seu plano criminoso.

Quer n'uma, quer n'outra hypothese, a tentativa existe, mas na primeira o arrependimento apaga toda a criminalidade; na segunda, porém, elle só tem força de apagar a tentativa como tal: quanto ao mal realizado, o criminoso é responsavel por elle.

Assim, tratando-se da tentativa de morte, se o principio de execução consiste em um ferimento, ainda que o delinquente se arrependa, no sentido juridico da palavra, não deixa de responder por esse ferimento, posto que não seja um tentador de homicidio.

Importa ainda observar que nas duas hypotheses acima figuradas o arrependimento é differente; isto é, na primeira elle consiste em uma inacção; na segunda, porém, em uma acção, isto é, na pratica de qualquer acto conducente a arredar os resultados complementares do crime.

Agora resta-nos mostrar que o nosso codigo não é de todo alheio a esta theoria.

Com effeito, os arts. 225 e 228 do mesmo codigo dão testemunho de que o nosso legislador acceitou, ao menos nos crimes de estupro e rapto o arrependimento do facto como derimento da criminalidade. O raptor que posteriormente se casa com a raptada, não é mais do que um arrependido.

\* XXVII

*Consequencias juridicas quanto á impunidade, ou possibilidade dos actos que iniciaram o crime; e se é acceitavel a distincção entre a tentativa propriamente dita e o crime frustrado (délit manqué — art. 2. § 2.º).*

Importa logo em principio deixar assentado que a idéa do arrependimento no sentido juridico, isto é, como interrupção da serie de actos conducentes a consummação

do delicto, ou como arredamento do resultado que vem completar o mesmo crime, esta idéa, importa dizel-o, não é alheia ao nosso código.

Ahi realmente se falla (art. 2 § 2.º) de um principio de execução que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente. Se fortuitas ou provenientes de uma força que se interpoz entre o criminoso e a realisação completa do seu crime, é ponto irrelevante; o que a lei quer é que essas circumstancias sejam involuntarias.

Já se vê, portanto, que provindo ellas da propria vontade, a tentativa está desfigurada, falta-lhe um dos elementos conceituaes.

De accôrdo mesmo com o código, a inefficacia do principio de execução pode dar-se de dois modos; ou não se realisando mal algum no objecto do crime, ou sempre se verificando alguma cousa de malefico.

Em outros termos, e para melhor illustrar a theoria: supponhamos que o crime consummado é igual a 5 e o principio de execução igual a 1; ahi temos, pois, ou a inefficacia deste principio é de tal natureza, que o *acontecido*, o *executado*, o objectivamente *realizado* se reduz ao mesmo valor de 1, ou ella se mostra somente pelo facto de não ter *acontecido* igualado a 5, sendo, porém, representado por qualquer dos valores intermedios — 2, 3, 4. Figuremos um exemplo: A dispara contra B um revolver no intuito de matal-o; são possiveis tres contingencias que no momento dado mutuamente se excluem: 1.º pode acontecer que B morra; 2.º que seja ferido; 3.º que o projectil não se lhe empregue.

As 2.ª e 3.ª hypotheses são casos de tentativa; aquella de tentativa perfeita e esta de imperfeita, segundo a velha divisão da doutrina.

A questão do programma é só attinente ao 2.º caso e presuppõe o arrependimento que interrompe o curso da acção criminosa, depois de realizada uma parte della, isto é, depois de exaurida a actividade do delinquente, sem que o effeito exterior immediatamente se verifique.

Nesta hypothese o arrependimento consiste em oppor obstaculo a producção desse effeito. — E' assim, por exemplo, que na tentativa de homicidio por veneno, se o propinador é quem primeiro se incumbe de fornecer o antidoto para neutralisar a efficacia do toxico, a tentativa desaparece.

Resta, porém, saber se a porção do factio consummado, pela qual se manifesta a vontade criminosa, constitue por si só um crime; neste caso o delinquente é responsavel, não como tentador, mas como autor do factio, restante, que se desligou da mesma tentativa.

Entre nós, na hypothese do veneno, ainda suppondo que o envenenado, não obstante o antidoto, ficou muito prejudicado em sua saude, é dubitavel que houvesse punição para isso, visto como o codigo parece não ter previsto crimes de tal natureza. Os arts. comprehendidos desde 201 a 206 só reconhecem a alteração da saude pela faca, pelo canivete, ou qualquer outro instrumento de acção mechanica; a acção chimica lhe é desconhecida.

A somma de todas as variações do *crimen læsæ sanitatis* estabelecidas pelos citados artigos, não é igual ao conceito de toda e qualquer perturbação do estado physiologico de alguém, que aliás pode dar-se por modos diversos dos que o codigo figura. Mas isto não infirma a theoria, que é verdadeira e geralmente acceita.

Quanto a distincção entre a tentativa propriamente dita e o delicto frustrado importa dizer que ella não existe na nossa lei. Tentativa perfeita e imperfeita, tentativa pro-



xima e remota, delicto frustrado ou *délit manqué*... tudo isso se acha comprehendido na disposição do art. 2 § 2.º sobre a tentativa em geral.

E' verdade que punir com as mesmas penas o individuo que atirando sobre alguém para mata-lo, não consegue nem sequer feril-o, e aquelle que praticando o mesmo acto fere a sua victima, ainda que a não mate, não deixa de offender o senso da justiça. Mas a lei assim o quiz.

Se ao menos os juizes já se tivessem lembrado, na hypothese do delicto frustrado, de fazer applicação da circumstancia aggravante do art. 17 § 1.º a desproporção seria menor; porém nem isto se pratica.

O conceito do *délit manqué* como uma forma especial do crime é entre nós pura doutrina.

\* XXVIII

*Codelinquencia em geral, seus caracteres.  
Igual e desigual. (arts. 4, 5 e 6).*

Entende-se por codelinquencia o facto de dois ou mais individuos tomarem parte ou entrarem conjunctamente na pratica de um delicto. E' o que a doutrina, desde longa data, costuma designar por *concursum plurium ad delictum*, isto é, a cooperação de um crime.

Do proprio conceito da codelinquencia assim explicado, resulta, pois, que não se pode fallar de uma tal, nem quando se trata de crimes meramente culposos, nem quando um dos agentes obra dolosa e outro culposamente, nem quando enfim da parte de todos existe de certo a má fé, mas não existe a communhão de vontade e isenção, dirigida para o mesmo alvo criminoso.

Foram estas exigencias conceituaes da codelinquencia que levaram os penalistas a apresental-a sob a forma

de uma sociedade, dando-lhe o nome de *societas vebris* ou *societas delicti*. E realmente, esta applicação do conceito da sociedade á cooperação criminosa tem sua razão de ser. Sem pretender exagerar o alcance do confronto, podemos affirmar que varias formas juridico-sociaes, sobretudo na esphera commercial, se acham, por assim dizer, *caricaturadas* no mundo do crime. Por exemplo; a cooperação do mandante e do mandatario tem alguma cousa de analogo á sociedade de capital e industria; a reunião de muitos executores, o conluio, o *complot*, alguma cousa de analogo a sociedade em nome collectivo; a *commandita* mesmo tem o seu parallelo, principalmente o furto de cavallos, o roubo de dinheiros publicos, etc.

Entretanto, convém notar que as vezes esta sociedade, esse concurso de delinquentes é de tal natureza, que sem elle o crime não pode ser praticado, nem mesmo concebido. E' o que se chama concurrencia ou participação necessaria, da qual aqui não nos occupamos, porque é assumpto de outro programma.

Seja, porém, como for, ou o crime exija conceitualmente a cooperação de muitos sujeitos, ou não exija, prevalece sempre o seguinte principio: cada um dos concorrentes deve ser punido: 1.º) conforme a parte de acção criminosa que lhe é imputavel; 2.º) conforme o modo e efficacia de sua influencia sobre o animo dos socios ou socio. Este principio que se tem feito valer nas fontes juridicas de todos os tempos é que deu lugar a divisão da *codelinquencia* em *igual* e *desigual*, conforme se trata de autores entre si e de autores de um lado e de cumplices do outro. Podemos apresentar diversas cathogorias de *codelinquentes* iguaes, e são os seguintes, de accôrdo com o nosso codigo: a do mandante e do mandatario; a do constringente e a do constringido, quando não houve a *nis*

*absoluta*; a dos mandantes entre si e a dos mandatarios entre si.

Para bem se comprehender a ultima possibilidade desta cathogoria, basta imaginar o caso de um pae austero ordenar compulsivamente a dois ou mais de seus filhos a pratica de um delicto. Os filhos, compellidos, tendo de commum entre si o respeito paterno que o constringe a praticar o crime, tem tambem de commum a intenção criminosa, e como taes, são verdadeiros delinquentes.

Ao concluir importa observar que a idéa de codelinquencia desigual só é admissivel em relação aos codigos, que em materia de cumplicidade admittem o chamado systema de distincção, naquelles, porém, onde domina o da assimilação, isto é, o systema segundo o qual a cumplicidade é punida com as mesmas penas da autoria, não é cabivel a idéa de uma codelinquencia desigual.

\* XXIX

*Simultanea e successiva, facultativa e necessaria, (arts. 4, 5 e 6).*

Se a codelinquencia consiste no facto de dous ou mais individuos concorrerem sciente e conscientemente para a pratica de um crime, é claro, que segundo fôr mais ou menos activa a parte de cada um dos concurrentes, maior ou menor tambem será a sua quota de responsabilidade criminal. D'ahi resulta que a primeira divisão de que é susceptivel o conceito da codelinquencia é em igual e desigual, conforme os associados no delicto entram todos com a mesma actividade, com os mesmos meios de acção, ou uns funcionam em maior e outros em menor escala na realisação do plano criminoso. Mas não é esta a unica

divisão *dichotomica* ou em duas partes que a analyse descobre na idéa geral da codelinquencia.

Inherentes a esta idéa existem outras tantas antitheses, que dão lugar a mais algumas divisões. E' assim que além de igual e desigual a codelinquencia pode dividir-se ainda em simultanea e successiva, em facultativa e necessaria, segundo a doutrina *commun* dos criminalistas. E não ha mister de larga explicação; as proprias palavras estão indicando a natureza de uma e outra especie de *concursum ad delictum*.

Com effeito entende-se por codelinquencia simultanea aquella em que os diversos socios do crime, quer iguaes, quer desiguaes, a um só tempo, a um mesmo tempo (*simul*) chegam a consummal-o. Por successiva, porém, entende-se aquella em que os associados não apparecem todos na phase essencial do delicto, ou no momento de sua execução, mas alguns só entram e prestam o seu apoio, em qualquer phase posterior. Uma tal forma de codelinquencia, que succede ao crime, que vem depois da sua *consummação* ou da sua *tentativa* é realmente concebivel ou theoreticamente sustentavel; mas resta saber se ella é admittida pelo nosso codigo; e parece que não podemos affirmal-o, ao menos de um modo cathorico e absoluto. Porquanto além dos factos mencionados no art. 6 que o codigo considerou uma especie de cumplicidade, e que são pela maior parte factos posteriores ao delicto, não vemos que seja possivel imaginar outros que entrem no quadro da codelinquencia em geral, posto que succedentes ao mesmo delicto. Assim, por exemplo: um individuo que se presta por paga ou por outro qualquer motivo menos digno a esconder o cadaver de um assassinado, ou a apagar os vestigios e provas de um homicidio, ninguem dirá que seja um innocente; mas em face da nossa lei penal que só incrimina como cum-

plices *in genere* aquelles que além dos mandantes e constringentes, concorrem directamente para se commetter crimes, não ha duvida que esse individuo não é um criminoso, salvo se houve promessa e ajuste anterior para prestar o auxilio mencionado; porém nesta hypothese já não se pode fallar de codelinquencia successiva, pois que o facto gerador da cumplicidade não é o de ter escondido o cadaver, ou apagado as provas do assassinio; mas o facto anterior da palavra dada para um tal auxilio, se esta palavra foi capaz de influenciar no animo do agente e servir assim de meio de concurrencia criminosa no sentido do art. 5 do codigo. Quanto a codelinquencia facultativa e necessaria importa notar que esta divisão se dá relativamente a codelinquencia igual; pelo que toca a desigual, só existe em theoria, o codigo não a conhece.

Em outros termos só podemos fallar de co-autores necessarios, não assim, porém, de cumplices. Um crime, cujo conceito exija como elemento essencial, ao lado do autor, um concorrente no sentido do art. 5, quero dizer, um crime, cujo autor sonhasse um cumplice necessario, não foi previsto pelo codigo.

Que o delicto seja praticado por um ou por muitos sujeitos, é uma circumstancia de facto, que não altera a comprehensão da idéa do mesmo delicto.

O maior numero dos crimes podem ser commettidos por um só individuo, e sem que outras pessoas tomem parte na empresa, quer por uma cooperação natural, quer dividindo ou apoiando o executor, caso este em que se dá a codelinquencia facultativa.

Mas tambem ha outros ainda que em pequeno numero, nos quaes a pluralidade dos agentes é inherente a propria natureza da acção criminosa.

E' o que succede, por exemplo, com a *peita*, o *suborno*, a *insurreição*, a *sedição*, onde sem *peitante* e *peitado*, sem *subornante* e *subornado*, sem o numero de 20 ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força, não se concebem os respectivos crimes.

E a isso é que se dá o nome de *codelinquencia* necessaria.

\* xxx

*Autoria e co-autoria. Mandato-especies apreciaveis. (art. 4).*

O codigão em seu art. 4 diz que são criminosos como autores os que commetterem, constrangerem ou mandarem a alguem commetter crimes. Não fallou, porém, em co-autores. A idéa da co-autoria é um producto da doutrina, que tem necessidade de empregar essa palavra para designar a relação de igualdade e sociedade criminal entre o mandante e o mandatario, entre o constrangente e o constrangido, quando não se trata do constrangimento absoluto, (*vis absoluta*), entre diversos mandantes de um lado, entre diversos mandatarios do outro, entre diversos constrangentes ou diversos constrangidos, cada grupo considerado de per si, e finalmente entre dois ou mais executores de um só, de um mesmo crime.

Quando dizemos que a idéa de *co-autoria* é um producto da doutrina, temos em vista sómente o nosso proprio direito criminal positivo, pois que em outros paizes, em outros codigos essa idéa está expressa nas leis. Em geral os *criminalistas* designam como *autor propriamente dito* aquelle que teve o intuito criminoso e deu-lhe por si mesmo execução, isto é, traduzio em realidade objectiva pela applicação de suas forças *psycho-physicas*, a deliberação da

sua vontade, correspondente ao conceito de um delicto. O facto resultante é obra sua, quer elle o tenha praticado com um fim exclusivamente seu, quer tambem no interesse de outrem, ou tenha sido levado a pratical-o pelo proprio impulso ou por impulso de um estranho, como na hypothese do mandato, e mesmo da coacção relativa. O conceito da autoria, assim comprehendida, não exclue o caso em que alguém se utiliza das forças de um coagido ou de uma pessoa balda da *Imputatio juris* ou finalmente de um illudido sobre o character da acção criminosa, como poderá utilizar-se de um instrumento material para leval-a a effeito.

Dest'arte, sem um autor, não existe acção punivel, quer culposa, quer dolosa; só os crimes chamados *concur-sus necessarius* presuppõem uma plenitude de sujeitos agentes, ainda que não presuppõem necessariamente uma plenitude de autores delinquentes.

Quanto, porém, a co-autores, no sentido proprio da palavra, são sómente cabiveis nos crimes dolosos.

Entretanto, o nosso codigo simplificou a theoria. Em vez de abrir diversas cathogorias elle incluiu em uma só todas as especies de apuração e cooperação criminosa, que lhe pareceram merecedoras de maior penalidade. E' a disposição do art. 4 onde elle faz da idéa de autor uma especie de denominador commum de mandantes e mandatários, executores por propria conta, constringentes e constringidos a praticar o crime, deixando ao arbitrio da doutrina estabelecer a distincção precisa.

Assim, na classe de executores, pode-se fallar de uma co-autoria propriamente dita e de uma outra accidental e a meramente simultanea; aquella suppõe o accôrdo preciso entre dois ou mais delinquentes, socios no delicto e conscios da sociedade; esta, porém, suppõe sómente o encontro ca-

sual dos criminosos na perpetração de um mesmo crime. O mandato, que é uma das formas de autoria, consiste em despertar no espirito de alguém a idéa de um crime a commetter, não só por conta do proprio mandante, mas tambem e principalmente por conta do mesmo executor, o mandato, assim concebido, não se verifica de uma só maneira.

Muitos são os modos pelos quaes elle se pode realisar; mas podemos reduzir as suas especies apreciaveis ás seis seguintes: — 1.º o *mandato de commissão*, que é o mais commum; 2.º o *mandato de ordem*, que quasi sempre se dá entre superior e inferior, de modo que pouco dista do constrangimento relativo ou da *vis compulsiva*; 3.º o pedido, quando feito com tal força e com tal arte que leva alguém a praticar o crime; 4.º o facto de despertar uma *illusão* ou um *erro* no espirito de outrem, ou utilizar-se dessa *illusão* ou desse *erro* para que o illudido commetta um crime; 5.º louvar os applausos, empregados como meios de provocar alguém a idéa de um delicto e a vontade de realizal-o; 6.º finalmente, o *conselho*, que é de tal quilate, que por si só explica a deliberação criminosa do executor. São estas as especies mais salientes.

Quaesquer outras que se lhe possa addicionar são apenas variações das que ahí ficam indicadas.

\*XXXI

*Cumplicidade em seus principios geraes; systemas de penalidade a respeito. Especies de cumplicidade. Physica e psychica. Immediata e mediata. Positiva e negativa.*

Cumplice em geral, no sentido juridico é todo aquelle que intencionalmente prestou auxilio a um outro na pra-



tica de uma acção criminosa. Punível, porém, é essa cumplicidade perante o direito positivo de todos os paizes, sómente quando ella consiste num facto de contribuição para acelerar ou facilitar o delicto de um autor principal.

Os característicos principaes da cumplicidade são pois: 1.º) um simples acto de apoio e coadjuvação, isto é, um acto que não encerra nem em todo, nem em parte a execução do crime consummado ou tentado; 2.º) a dolo-sidade desse acto, cumplicidade culposa de um crime doloso ou não é punido ou constitue um delicto culposo especial; 3.º) a efficacia da actividade coadjuvante do delicto consummado ou tentado pelo autor, a quem a coadjuvação é prestada; 4.º) finalmente, a prestação do auxilio antes da execução do delicto, ou diante della, nunca, porém, depois de executado; e neste ultimo característico repousa a differença entre a cumplicidade propriamente dita, e o favor de protecção aos criminosos, que alguns codigos punem, como crimes á parte; que o nosso admittiu só em relação aos mencionados no art. 6, dos quaes, entretanto, aqui não nos occupamos, por ser materia de outro ponto.

Depois de dizer no art. 4 que são criminosos, como autores os que commetterem, constringerem ou mandarem alguém commetter crimes, o nosso código diz no art. seguinte que são criminosos como cúmplices todos os mais que concorrerem directamente para commetter os mesmos crimes.

Esta expressão *mais* é característica; ella suppõe que anteriormente já se fallou de alguém que concorre, para a pratica do delicto; são justamente os mandantes e constringentes cujo concurso o legislador entendeu dever elevar, por assim dizer, a 2.<sup>a</sup> potencia de criminalidade, dando-lhe o nome de autoria.

Dest'arte pode-se definir a cumplicidade *in genere* como se acha determinada no art. 5, a concurrencia directa para se commetter crimes por outro qualquer modo que não seja mandando ou constringendo.

E' uma definição perfeitamente logica, onde existe o genero proximo e a differença especifica, aquelle como concurso directo, esta na exclusão do mandato e do constringimento, que tambem são formas de concurrencia, mas se acham revestidas de uma outra importancia juridica.

A respeito da punição dos cúmplices em relação aos autores existem tres systemas — o da assimilação, o da distincção e o systema mixto.

O 1.º é aquelle em que os cúmplices são punidos com a mesma pena dos autores; o 2.º aquelle em que os cúmplices têm penas inferiores; 3.º) finalmente, aquelle em que ora é igual, ora differente a penalidade dos mesmos cúmplices.

O nosso codigo seguiu o systema da distincção, apenas no crime de bancarrota, de que trata o art. 263, adoptou excepcionalmente a identidade de penas.

Entretanto convem notar que o systema da distincção é hoje o mais geralmente acceito, não só pelas legislações dos paizes cultos, como tambem pela doutrina.

Conforme o cúmplice contribue para o delicto com palavras ou com acções, intellectual ou physicamente, a cumplicidade se diz *psychica* ou *physica*.

O modo mais commum de cumplicidade *psychica* é o conselho.

Quanto aos modos de cumplicidade *physica*, elles são tão variados que não é facil sujeital-os a uma classificação.

Quando o auxilio ou apoio de cúmplice é prestado antes do facto principal que constitue o crime, a cumplici-

cidade se diz mediata, no caso contrario, isto é, sendo prestado na occasião do delicto, tem o nome de immediata.

Quando ella consiste em actos conducentes ao fim do crime, chama-se positiva; quando, porém, consiste numa omissão, em deixar de fazer alguma cousa, como meio de facilitar o delicto, ella tem o nome de negativa.

Desta ultima especie de cumplicidade pode-se apresentar o exemplo figurado pelo autor nos *Estudos Alle-mães*, isto é, o exemplo de uma governante que, levada por paga, assiste impassivel e indifferente ao rapto de uma moça confiada a sua guarda, quando é certo que até com um simples grito, poderia obstar a realisação do acto criminoso.

\* XXXII

*Factos posteriores que entram na categoria de cumplicidade; sua distincção.*

Os factos de que trata o art. 6 § 1.º do codigo não podem ser generalizados e reduzidos a uma só formula, á uma especie de denominador commum de todos elles. Porquanto ahi se faz menção de duas ordens de procedimento illegal, cada uma das quaes por sua vez se subdivide em diversos pontos de vista, cuja somma não se deixa representar por uma só idéa.

A mesma velha expressão technica: *concursum subsequens ad delictum* não assentaria naquelles que conforme a disposição do § 2.º consideram-se criminosos, por prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, sabendo que pretendem commetter assassinatos ou roubos.

Nesta hypothese, o concurso não é subsequente, mas anterior ao delicto, e bem poderia figurar entre os casos de cumplicidade mediata.

Quando o programma falla de factos posteriores que entram na cathegoria de cumplicidade deve-se entender, não a cathegoria criminal, mas a cathegoria penal. As proprias expressões da lei não deixam duvida a tal respeito.

Depois de dizer no art. 5 que são criminosos como cumplices taes e taes, o codigo diz no art. 6 que tambem serão considerados estes e aquelles.

Nesta ultima disposição o legislador não julgou os mencionados nos §§ 1.º e 2.º verdadeiros cumplices, mas fel-os apenas funcionar como taes, posto que não sejam concurrentes directos para o crime por modo diverso do mandato e do constrangimento, como são os cumplices *in genere*; deu-lhes todavia o mesmo valor juridico, para lhes impor a mesma penalidade. As duas formas de cumplicidade *in specie*, indicadas pelo art. 6, costuma-se designar, segundo a terminologia latina, pelas palavras *receptatio* e *rathabitio*, significando a primeira o facto de receber, occultar ou comprar cousas obtidas por meios criminosos, com o dolo real consistente em saber que foram assim obtidas, ou com o dolo presumido consistente em dever sabel-o, em razão da qualidade ou condição das pessoas, de quem receberam ou compraram essas mesmas cousas; e significando a segunda o facto de acolher e proteger assassinos e roubadores, tendo conhecimento da sua criminalidade.

Se o codigo merece alguma critica, não é de certo por ter dado a esses actos, que a legislação de outros paizes considera crimes especiaes, o character de cumplicidade. Elle estava no seu direito. Desde que tinha em mira impor aos individuos que assim procedessem uma pena igual ás que teriam os verdadeiros cumplices dos crimes a que alludem nos §§ 1.º e 2.º do art. 6, pareceu-lhe mais acertado, por ser realmente mais simples, consideral-os tam-

bem como cúmplices: o resultado era o mesmo, havendo porém a vantagem de não multiplicar os processos.

Mas o nosso legislador não se livra de uma censura justa, quando se observa que elle restringiu por demais os casos de *concursum subsequens*. Se é cúmplice de ladrão aquelle que occulta a cousa furtada sabendo, que o foi, não é muito justo que passe impune aquelle que esconde sciente e conscientemente o cadaver do assassinado, como meio de subtrahir o delinquente a acção da lei.

Entretanto este facto não tem para o nosso codigo nenhuma importancia juridico-criminal, salvo se a occultação do cadaver foi previamente ajustada; mas em tal hypothese podendo entrar na cathegoria do art. 5, como um modo de concurrencia e participação criminosa, já não é considerado um facto subsequente, nas condições da *receptatio* e *ratihabitio* do art. 6 e de seus paragraphos.

\* XXXIII

*Outras definições de crime no art. 2 §§ 3.º e 4.º. Objecto dos arts. 7 a 9 e 14. Critica do codigo.*

Em rigor o codigo não dá uma definição do crime. No art. 2 e seus paragraphos elle estabelece diversas figuras conceituaes do delicto; qualquer dellas considerada por si só não abrange as idéas da cousa em toda a sua extensão.

O conceito do crime, como foi exposto pelo nosso legislador, é igual a somma de todos elles.

As duas primeiras figuras, uma relativa á acção voluntaria, contraria as leis penaes, e a outra á tentativa dessa mesma acção, não se prestam a duvidas serias; são de facil comprehensão.

Não assim, porém, as duas ultimas, nas quaes o codigo considera como membros exclusivos da divisão do crime duas ordens de facto que já estão incluídas na primeira.

Com effeito nem o abuso de poder se concebe sob outra forma que não seja a de uma acção ou omissão, nem a ameaça pode realizar-se por outros modos que não sejam os modos communs da actividade psycho-physica do homem; e tudo isso já se acha assentado na disposição do paragrapho primeiro.

Se, pois, o codigo abriu duas novas cathogorias de crime, não foi a isso levado por qualquer exigencia logica mas simplesmente por excesso de clareza e ainda mais para abreviar quaesquer duvidas que por ventura podessem ser suscitadas sobre a criminalidade de factos ahi mencionados.

Como theoria a divisão quaternaria ou setrachotomica do conceito do crime não teria senso; como lei, porém, não deixa de ter o seu fundamento.

Com effeito, importa não esquecer que o Brasil sahia de um velho e entrava em um novo regimen, aquelle absoluto e este livre, onde o exercicio da autoridade publica já não era, como no velho, uma concessão em favor do rei, mas uma derivação da vontade nacional.

Convinha, pois, avivar no espirito do poder publico a consciencia da sua responsabilidade, estabelecendo logo, como principio regulador em materia criminal, a disposição preliminar do § 3.º do art. 2. Isto quanto ao abuso de poder.

No que diz respeito a ameaça o codigo ainda não quiz tirar o pretexto de qualquer objecção posto que podesse incorrer na pecha de redundante.

Realmente o que se pune na ameaça não é uma *simples vontade*, mas uma acção consistente em perturbar a paz jurídica do individuo, a consciencia de sua segurança de direito.

Este facto entrava tambem naturalmente na formula geral do § 1.º; entretanto o legislador entendeu accentual-o á parte; e não é por isso merecedor de censura.

Passemos agora a outra materia do ponto.

No art. 7 o codigo trata dos crimes por abuso da liberdade de exprimir o pensamento, e segue o systema da responsabilidade successiva, que os criminalistas belgas chamam *responsabilité par cascade*, começando pelo impressor e passando pelo editor até chegar ao autor que se obrigou perante o editor, como este deve ter-se obrigado perante o impressor (§§ 1.º, 2.º, 3.º).

Além do autor a responsabilidade pode cair no vendedor e distribuidor dos impressos ou gravuras, quando não se sabe quem é o impressor, contra quem é que se faz valer a *presumptio juris* da criminalidade (§ 8.º). E assim o codigo tambem responsabilisa os que communicarem por mais de 15 pessoas, os escriptos offensivos não impressos, sob as condições declaradas no § 5.º.

Como se vê, são disposições demasiado liberaes, mas a pratica exagera esse liberalismo.

Os chamados *testas de ferro* não são filhos de um defeito da lei, porém, de um modo erroneo de interpretal-a e applical-a.

Pelo disposto no art. 8, o codigo excluindo a cumplicidade, isto é, a concurrencia directa para taes crimes por outro qualquer modo que não seja mandando ou constringendo, tem ipso facto admittido a co-autoria, a concurrencia de autores, mandantes e mandatarios, etc.

Mal se comprehende, porque a lei não foi assim entendida desde a sua apparição; pois esta não se prestava a intelligencia que lhe deram.

O art. 9 é uma especie de complemento do art. 7. Nelle o codigo enumera quatro classes de individuos, que no exercicio da funcção juridica e social do uso da imprensa, não tem responsabilidade alguma, desde que se mantenham dentro de certos limites. E' uma medida liberal em harmonia com os principios de direito publico moderno.

No art. 14 o codigo occupa-se dos crimes justificaveis, e taes se chamam aquelles que o homem pratica, affirmando por meio da força a sua existencia juridica de encontro á outras forças que pretendem destrui-los.

E' esta a regra expressa nos §§ 1.º 2.º e 5.º; ao passo que o terceiro é o individuo que se faz valer em defeza da familia, e o 4.º é a consagração juridica do altruismo. O § 6.º não é um membro regular dos casos de justificabilidade.

Os unicos paragraphos anteriores só tratam de *direitos impulsivos*; o 6.º, porém, refere-se ao *direito compulsivo* de pais, senhores e mestres castigando os filhos, escravos e discipulos. Importa ainda notar que o § 1.º envolve o chamado *jus necessitatis*, cuja formula é: direito contra direito; o § 2.º envolve o *moderamen inculpa tutelae*, cuja formula é injustiça contra injustiça.

O codigo não andou bem na exigencia de requisitos da justificabilidade; entre outros a certeza do mal é uma prova quasi impossivel, deixando assim aberta a insolvel questão do *laesio inchoata*.



## \*XXXIV

*Concurrencia de crimes, sua divisão. Importancia pratica dos casos de concurrencia. (Referencia dos arts. 16 § 3.º e 61 e 62).*

Segundo a moderna doutrina, o conceito da concurrencia de crimes (*concursum delictorum*) representa o encontro ou conjuncto de mais de uma acção criminosa, commettida pela mesma pessoa sob o presupposto de não ter ainda sido o crime julgado, ou de não ter-se ainda extinto a acção penal; e partindo-se desta definição, costuma-se dividir os casos de concurrencia do seguinte modo: primeiramente em concurrencia real e ideal, conforme se trata da violação de muitas leis penaes por meio de um só acto, ou de muitas acções, que são outras tantas violações da mesma lei; depois em *homogenea* e *heterogenea*, conforme se trata de mais uma violação de uma só lei ou da violação de leis diversas.

Esta ultima divisão é sómente applicavel a concurrencia real.

Quando dá-se concurrencia real heterogenea, ella tem o nome de accumulção (*cumulatio delicti*); quando dá-se a homogenea, recebe o nome de repetição ou reiteração, (*reiteratio delicti*), com a qual se não deve confundir o caso de concurrencia *apparente*, que se designa pela expressão *continuatio delicti*.

Assim pois, e para resumir, podemos dizer que o conceito do *concursum delictorum* é demasiado complexo, e, como tal decomponivel nos seguintes elementos: 1.º) concurrencia ideal; 2.º) concurrencia real heterogenea ou accumulção de delictos; 3.º) concurrencia real homogenea ou reiteração de delictos; 4.º) o delicto continuado, que

conforme as circumstancias podem tomar as proporções de verdadeira concurrencia real homogenea.

A concurrencia ideal tambem tem o nome de formal e simultanea, assim como a real o nome de material e dados em tempos diversos ou para nos exprimirmos em termos technicos — aquella é *homochrona* e esta *heterochrona*.

Exemplifiquemos. Neste assumpto os exemplos são indispensaveis, não só para esclarecer a theoria, como para mostrar que ella é por nós bem comprehendida. Eis um caso de concurrencia ideal:

A envenena a comida de que B tem de servir-se; succede, porém, que nessa comida tomam parte mais 10 pessoas além de B; ahi temos, pois, o concurso ideal de 11 homicidios, consummados ou tentados, effeitos de um só acto, o acto de envenenamento. Mais claro: B falsifica a lettra de C, figurando uma ordem deste, para haver de D uma certa quantia, que de facto é recebida. O crime de falsidade concorre idealmente com o de estellionato, do qual foi meio.

Ha entretanto, a notar que neste exemplo e outros semelhantes se faz precisa uma distincção: ou D que forneceu o dinheiro fica prejudicado em sua fortuna, porque C não lhe paga a quantia da ordem falsa ou elle a recebe do mesmo C. Na ultima hypothese a concurrencia é ideal, porque os dois momentos da falsidade e da diminuição de fortuna, coincidem num só objecto do crime, a pessoa do supposto endereçador da ordem; não assim, porém, na primeira hypothese onde os offendidos são diversos; a falsidade que funcionou como meio de enganar a D, funciona tambem por outro lado, como acção illegal contra C, como uma perturbação da sua segurança de direito.

São dois crimes distinctos, a concurrencia é real. Um exemplo bem significativo da idealidade do *concursum delictorum* nos é offerecido pelo codigo no art. 261.

O roubo verificado por meio da morte, deixa-se absorver pelo crime de homicídio, passando o mesmo roubo a ser uma especie de qualificativa igual a do art. 192.

Dá-se concurrencia real heterogenea quando, por exemplo, o criminoso é accusado de ter commettido um furto, mais um damno, mais um estupro, mais um ferimento, etc., e teve de responder por todos elles. Dá-se a homogenea quando o criminoso é accusado de dois, tres ou mais furtos, de dois, tres ou mais damnos, etc.

A formula da primeira é  $A+B+C$ ; a formula da segunda é  $A+A+A$ .

O delicto continuado verifica-se quando ha diversas acções, cada uma dellas podendo constituir um crime, mas enttêtanto dirigida a um fim unico, *delicta succedentia ad eundem finem spectantia*. Assim, o individuo que projecta furtar todas as ovelhas do pequeno rebanho do seu vizinho, e tira hoje uma, amanhã outra, depois outra e assim por diante, é réo de delicto continuado.

A importancia pratica nos casos de concurrencia está sómente no modo de determinar as penas; ou como diz Schütze; a questão de concurrencia só tem valor como questão preliminar de applicação e gradação penal.

A theoria bem assentada a tal respeito tem a vantagem de por os réos á salvo da injustiça, e os juizes á salvo de disparates.

O nosso codigo não especificou os diversos casos aqui não mencionados, mas tambem não prohibiu que a doutrina os distinguisse; e até parece que encarregou-a de fazer uma tal distincção.

No art. 61 onde ella trata da accumulção das penas, usa destas expressões: quando o réo for convencido de mais de um delicto, etc., e quem pode convencer de tal senão a doutrina, manejada pelos advogados, promotores e juizes?...

A reincidencia de que falla o art. 16 § 3.º é um caso especial da *reiteratio delicti*; mas não póde regularmente figurar na questão do *concursum delictorum*. Porquanto o que interessa neste assumpto é o problema da applicação penal a um plural de crimes, ainda não julgados, ao passo que a condemnação anterior pelo delicto, cuja pratica se repete, é *momento essencial do conceito de reincidencia*.

\* xxxv

*Conceito theorico e legal da reincidencia.*  
(art. 16 § 3.º)

O codigo considerou circumstancia aggravante, como se vê no art. 16 § 3.º, o facto de ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza.

Nada mais simples em apparencia, nem mesmo mais rasoavel, qualquer que seja o fundamento psychologico do phenomeno estranho da reincidencia.

Com effeito, se o crime tem a sua base na livre determinação do individuo, repetil-o, depois de uma pena, é signal, de que a reacção da lei foi inferior a reacção do capricho individual.

O *quia peccatum est* da punição não se fez acompanhar do *ne peccatur*, de que falla Seneca; e d'ahi a necessidade de empregar meio mais forte para attingir o fim que da primeira vez não foi attingido.

Se o crime, porém, é sempre o resultado de uma psychose, alguma cousa de involuntario e fatal, como o pro-

ducto da loucura e da epilepsia, nem por isso a reincidência deixa de merecer uma certa atenção.

O remedio que se empregou não foi efficaz, nada prohibe que se empregue uma dose mais energica, no caso de uma repetição da doença.

Figuremos um exemplo: Pedro, moço de 25 annos, commette um homicidio commum pelo qual é submettido a julgamento. Na ausencia de aggravantes e attenuantes, é condemnado a 14 annos de prisão simples, gráu medio do art. 193, combinado com o art. 14 do nosso Codigo, e vai cumprir a pena. Cumprida ella, eis que de novo o réo da nossa hypothese é accusado de outro homicidio nas mesmas condições do primeiro, só tendo de mais a circumstancia da reincidencia, em virtude da qual a pena é elevada ao maximo. Ahí, pois, temos: se o crime de Pedro é o resultado da sua livre vontade, nada mais justo do que eliminar para sempre da communhão social, condemnando a galés perpetuas um dos seus membros que se tornou incorrigivel. Se o crime, pois, é effeito de uma doença, tambem nada mais acertado do que segregar perpetuamente do meio dos sãos um ente que se mostrou incuravel.

A incorrigibilidade juridica e a incurabilidade psychiatrica não são antitheticas entre si, pelo contrario, podem explicar-se e completar-se reciprocamente.

A theoria criminalista não é de todo unisona sobre o conceito da reincidencia.

Dest'arte, ora se exige como momento essencial a pratica de um delicto *ejusdem generis* (por ex:) homicidio e infanticidio, furto e estellionato; ora, a pratica de um tal *ejusdem speciei* (por ex:) roubo e roubo, homicidio e homicidio; ora a pratica de qualquer delicto anterior, sem atenção a identidade de genero ou especie. Não é só isso.

Alguns theoristas reclamam a necessidade de uma punição antecedente total ou parcial; outros exigem sómente a condemnação passada em julgado, e ainda uns restringem o conceito da reincidencia aos delictos commettidos no paiz, ao passo que outros admittem como capaz de caracterisar o *relapsus in delictum* — o crime perpetrado no estrangeiro.

Como se vê as opiniões variam e as legislações mesmas não se mostram menos vacillantes.

O nosso codigo estabeleceu como presupposto do reincidente a identidade de natureza do delicto commettido. Mas o que seja e em que consiste a natureza de um crime, é o que elle não se deu ao trabalho de dizer-nos.

As tres classes em que dividem as acções criminosas, isto é, de crimes publicos, particulares e policiaes, não importam tres naturezas.

As classificações são processos logicos, que bem pouco ou nada esclarecem sobre a essencia dos factos classificados.

Ha criminalistas que procuram derivar a identidade especifica dos crimes da identidade de motivos que os determinaram; ha outros, porém, que derivam-n'a da identidade do direito violado, ou do objecto de aggressão. Assim, podendo ser criminalmente offendidos: 1.º) a vida; 2.º) a integridade corporea; 3.º) a honra; 4.º) a liberdade; 5.º) a propriedade — a reincidencia só se dá quando ha repetição do crime em qualquer dessas espheras, sob o presupposto de previa condemnação. E esta é a doutrina que nos parece mais adequada ao pensamento do nosso legislador; devendo accrescentar, além dos cinco grupos acima indicados, os grupos dos crimes contra o Estado, e a ordem publica, para determinarem tambem os casos de

reincidencia, por sua identidade especifica ou identidade de natureza.

\* XXXVI

*Theoria das circumstancias aggravantes e attenuantes; technologia, differentes divisões. (arts. 15 a 20).*

Em geral os factos criminosos não se dão isoladamente. Além do phenomeno principal que constitue o delicto, ha quasi sempre phenomenos accessorios, que conferem ao mesmo delicto um character de maior ou menor gravidade. A' estes factos, de natureza accessoria e accidental, é o que se dá o nome de circumstancias aggravantes e attenuantes, conforme elles denunciam um gráu superior ou inferior a criminalidade, e determinam, como taes, o augmento e diminuição das penas. Importa conhecer que o valor juridico, attribuido pela lei a ambas estas especies de circumstancias, corresponde a uma necessidade pratica e satisfaz um sentimento de justiça.

O crime, considerado, em abstracto, pode conter-se dentro de uma formula geral, applicavel a todos os casos possiveis; não assim, porém, o criminoso, que, como objecto de uma acção penal, não é uma abstracção, mas uma realidade sua. E' sempre o individuo que se pondo em conflicto com a lei, imprime no seu acto, mais ou menos, a feição da sua individualidade.

Era, pois, uma exigencia da logica, ainda mesmo que não fosse uma exigencia da justiça, dar conta de certas particularidades, que podem acompanhar a pratica de um crime e accentual-as como factores de gradação penal.

Desta idéa surgiu a theoria das circumstancias aggravantes e attenuantes, que recebeu logo a consagração legal de quasi todos os codigos modernos.

Entretanto, uma vez traduzida na pratica, a theoria tomou duas direcções; uns entenderam que convinha estabelecer *á priori* o catalogo dessas circumstancias; outros, porém, acharam melhor, sobretudo no que diz respeito ás attenuantes deixar a sua apreciação ao arbitrio do juiz.

O nosso codigo seguiu a primeira direcção catalogando nos arts. 16, 17 e 18 todas as circumstancias de uma e de outra especie, que o legislador achou capazes de influir na medida da pena, e abrindo apenas no art. 19 uma pequena excepção relativa a sensibilidade do offendido, que só os juizes estão no caso de aquilatar.

Os arts. 16 e 17 encerram o catalogo das aggravantes, que se costuma dividir em *reaes* e *personaes*, conforme ellas se mostram inherentes ao facto ou á pessoa do criminoso.

Em termos technicos esses dois grupos se designam por circumstancias *subjectivas* e circumstancias *objectivas*, segundo se trata de uma qualidade, de um movel, de uma relação do delinquente, ou de um instrumento, de um meio, de uma forma particular do delicto.

Assim, podemos enumerar como subjectivas as circumstancias aggravantes do art. 16 §§ 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, sendo objectivas as restantes.

Desta ultima natureza são todas as mencionadas no art. 17.

Quanto as attenuantes do art. 18, excepto as de numeros 5, 6, 8, são todas subjectivas.

As circumstancias de que trata o art. 19 posto que refira-se ao que ha de mais pessoal, isto é, a sensibilidade, comtudo é de character real, visto que ahi não se pondera a sensibilidade do offensor, mas a do offendido.



Releva admittir que a divisão das circumstancias em objectivas e subjectivas não é de tal natureza, que umas e outras se excluam reciprocamente.

Não é uma questão de exclusivo dominio, mas de simples preponderancia do elemento objectivo e subjectivo. Nem todas as que foram acima indicadas podem ser consideradas como definitivamente pertencentes á esta ou áquella classe.

Sobre mais de uma, filiada ao grupo das subjectivas do art. 16, a controversia é admissivel.

A importancia pratica de uma tal distincção só apparece nos casos de codelinquencia.

As circumstancias objectivas influem sobre a pena de todos os co-réos; não assim, porém, as subjectivas, que só affectam a pessoa em que ellas se verificam: são intransmissiveis. A disposição do art. 20 que tem character processual, não offerece materia de analyse.

Porquanto é aos juizes de facto que incumbe reconhecer ou não a existencia das circumstancias; o estado de duvida, de que falla este artigo, nunca é tomado em consideração.

Existem ou não existem é a questão proposta; e o jury nunca dá conta da dubilidade do seu juizo.

\* XXXVII

*Se é util ou não que o legislador indique de antemão as circumstancias ou deixe-as á apreciação do juiz. (arts. 15 a 20. Referencias aos arts. 13 e 18 § 8.º, 10 e arts. 33 e 63).*

As circumstancias de que falla o programma, são as aggravantes e attenuantes mencionadas nos arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20 do codigo.

O que sejam taes circumstancias o legislador não o disse: limitou-se a caracterisal-as sómente pelo effeito que produzem na gradação das penas, e a dar de cada uma das especies uma enumeração, não simplesmente exemplificativa, mas normativa, isto é, feita de modo que exclue outros quaesquer casos ahi não comprehendidos.

As circumstancias em geral podem ser definidas como factos accessorios do facto principal do crime; e assim como este compõe-se de dois momentos — *subjectivo* e *objectivo*, tambem ellas prestam-se a igual divisão, tiradas na objectividade dos phenomenos que as constituem.

Quando as circumstancias, como succede entre nós, são taxadas pela lei, os criminalistas costumam, além da divisão conhecida em subjectivas e objectivas, ou *pessoaes* e *reaes*, inherentes ao facto e inherentes á pessoa, admitir mais uma outra dichotomia de geraes e especiaes.

São geraes aquellas que se acham determinadas á *priori*, como applicaveis até onde fôr possível, a todo e qualquer crime; as especiaes, porém, são as que só se fazem valer em relação a este ou aquelle delicto, tornam-se mais ou menos graves com o accessorio deste ou daquelle facto, posto que o legislador o não mencionasse no catalogo geral das circumstancias.

Temos um exemplo disto no art. 208, onde a publicidade da ameaça é considerada uma aggravante, posto que não figure na enumeração do art. 16.

E' hoje uma these assentada que as circumstancias capazes de augmentar ou diminuir a gravidade dos crimes, não são susceptiveis de uma enumeração completa, justamente porque todas ellas não podem reduzir-se a regras geraes adaptadas á totalidade dos casos possiveis.

Claudio Saturnino foi o primeiro a fazer uma classificação dos modos de influir sobre o valor do crime e

da pena, reduzindo-os, como se lê na L — 16 — Dig — *de pænis*, aos 7 seguintes: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu*. Mas é institutivo que tal classificação é incompleta, como sel-o-á outra qualquer que se pretenda fazer neste sentido.

Isto posto, devia surgir naturalmente a questão contida no programma: — uma vez admittida a impossibilidade de uma enumeração perfeita de todas as circunstancias, será mais util enumeral-as assim mesmo, de um modo incompleto, ou não fazer menção alguma, entregando o reconhecimento dellas a descripção do juiz?

A resposta a esta questão tem quatro posições: 1.<sup>a</sup> pôde-se affirmar, e ha quem affirme, que o melhor partido a seguir-se é o do catalogo legal normativo de ambos os grupos de circunstancias; 2.<sup>a</sup>) pode-se affirmar, e ha quem affirme, que tanto ás aggravantes é mais util realmente que a lei as indique de antemão; porém, que quanto ás attenuantes, é preferivel o arbitrio judicial; 3.<sup>a</sup>) pode-se dizer, e ha quem diga, que nem umas nem outras devem ser legalmente *assignaladas*; mas todas commettidas a apreciação do juiz; 4.<sup>a</sup>) pode-se dizer, e ha quem diga, que as opiniões extremas da 1.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> posição admittem um meio termo que as concilia; e é que ambas as classes de circunstancias devem ser *catalogadas*; mas só de modo exemplificativo, não taxativo, de maneira que o juiz tenha o direito de reconhecer aquellas mesmas que não se acham enumeradas, levado pelo principio de analogia e simultaneidade dos casos.

E' um engano suppor que a opinião de abandonar ao juiz a apreciação de todas as circunstancias, quer aggravantes, quer attenuantes, não tenha sectarios.

Na Allemanha, entre outras, os criminalistas Oscar Schwarz e Eduard John são desse parecer.

A opinião de entregar sómente as attenuantes ao critério judicial, é de preferencia italiana. E comprehende-se bem a razão disto. Esta opinião é favoravel aos criminosos e os penalistas italianos em geral ainda não deixaram a mania, gerada pela influencia *henariana*, de sympathisar muito mais com os assassinos e malfeitores de todos os generos do que com as victimas.

Não é preciso dizer que o nosso codigo seguiu o *systema* da enumeração legal *limitativa*; mas importa dizer que um tal *systema* abre caminho a innumerables iniquidades na pratica judiciaria.

Resta lembrar que por meio delle se confere o mesmo valor juridico a factos que não teem o mesmo valor ethico-social.

Assim, por exemplo: o homicida commum que tiver commettido o crime em defeza da propria pessoa, (art. 18 § 3.º) na falta de aggravantes será punido com as mesmas penas impostas áquelles que tiverem praticado igual crime em estado de embriaguez (art. 18 § 9.º).

E não repugna a toda idéa o sentimento de justiça que circumstancias de natureza tão diversas possam produzir o mesmo effeito juridico penal, só porque a lei conferiu-lhe á *priori* uma funcção identica?

Sem duvida alguma. E esta observação é igualmente applicavel a muitas aggravantes comparadas entre si.

E' verdade que o codigo em alguns pontos deu aos juizes um certo arbitrio, como por exemplo: no art. 13 a respeito de menores que obram com discernimento; e no art. 18 §§ 8.º, 10.º; a respeito do modo de apreciar a *provocação* como attenuante, e de impor a pena de cumplicidade aos menores de 17 annos; mas isto não altera a regra geral da 1.ª parte do art. 33, onde se ordena a applicação de penas leaes e legalmente graduadas, com atten-

ção as circumstancias, tambem taxadas por lei, segundo a disposição do art. 63.

\* XXXVIII

*Das penas, na qualidade ou natureza, graus e execução. (Arts. 33 a 60 e 63).*

A palavra pena tem um duplo sentido: ella designa um meio de educação e um instituto juridico.

Neste ultimo sentido, que é o que aqui nos interessa, a pena só é applicavel ao homem. Ou esta seja como define Ulpiano — *noxæ vindicta*, ou como melhor a caracterizou Hugo Grotius — *malum passionis quod infligitur ab malum actionis* — em todo caso ella consiste num soffrimento imposto pela sociedade áquelle que se reconhece autor de um delicto.

A existencia da pena como reacção da vontade geral contra a vontade individual criminosa justifica-se e explica-se pela necessidade da vida politica mesma.

A humanidade não poderia cumprir o seu destino de expandir e promover a civilisação, sem a divisão do trabalho entre Estados diversos.

O individuo permanece animal se não se nobilita na vida commum do Estado, no terreno da civilisação, que só é possivel por meio do entrelaçamento politico e social. Assim de ambos os lados, tanto para a existencia microcosmica da humanidade, como para a microcosmica do individuo, a conservação e progresso de toda a cultura estão ligados ao dominio mesocosmico da vida particular dos Estados.

E d'ahi resulta a significação ethica e juridica da pena.

Se, pois, a pena é uma retorsão do direito contra o não direito, uma reacção do Estado contra o delicto e o

delinquente, é claro que assim como o delicto não existe sem base legal, também sem ella não existe a pena.

*Nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege pœnali*, são duas premissas oriundas da mesma fonte, dois principios que se apoiam mutuamente, que se anealgemam, que se reduzem a uma só.

Elles se acham consagrados em todos os codigos modernos, inclusive o proprio *Svod Saconow*, ou collecção das leis criminaes do imperio russo.

O nosso codigo não podia fazer excepção; depois de dizer no art. 1.º que não haveria crime sem uma lei anterior que o qualificasse, completou a these no art. 33, estabelecendo a necessidade do presupposto legal, não só da pena em si mesma, como ainda da sua gradação.

O conceito da pena é susceptível de varias divisões. A 1.ª é das penas absolutamente determinadas, absolutamente indeterminadas e relativamente determinadas, divisão tripartida esta, que pode representar-se pelas seguintes formulas: A=B, tendo B um valor certo; A=H tendo o valor de H a pena que o juiz quizer; e A=B ou C ou D, conforme as circumstancias.

A 2.ª divisão é a das penas *geraes* ou *especiaes*, conforme são applicaveis a toda sorte de criminosos, ou sómente a uma certa classe.

Assim, por exemplo, a prisão é uma pena geral; a perda ou suspensão de empregos uma pena especial.

Uma outra divisão é em principaes e accessorias, sendo aquellas as que podem figurar por si sós, e estas as que sómente ou quasi sempre apparecem ao lado das principaes.

Deste ultimo character são as multas e as inhabilitações para os cargos.

As penas ainda se dividem em *ordinarias* e *extraordinarias*, em *legaes* e *arbitrarias*, como tambem com relação a pessoa do delinquente, ellas podem dividir-se em corporaes, ou contra o corpo, contra a vida, contra a liberdade, contra a honra e contra a propriedade.

A pena de galés e de prisão com trabalhos são ao mesmo tempo contra o corpo e contra a liberdade; a da perda de emprego, principalmente com inhabilitação para outro, é affectiva da honra, no sentido ideal da palavra.

○ systema penal brasileiro, que se acha estabelecido desde o art. 33 ao art. 63 do nosso código, compõe-se das seguintes penas:

1.<sup>a</sup> *Morte*, cujo modo de execução está traçado nos arts. 38 a 43;

2.<sup>a</sup> *galés*, cujo modo de execução está traçado nos arts. 44 a 45;

3.<sup>a</sup> *prisão com trabalhos*, cujo modo de execução está traçado nos arts. 46 combinado com o 49;

4.<sup>a</sup> *prisão simples*, arts. 47, 48;

5.<sup>a</sup> *banimento*, art. 50, que aliás não foi imposto a crime algum;

6.<sup>a</sup> *degredo*, art. 51;

7.<sup>a</sup> *desterro*, art. 52;

8.<sup>a</sup> *multa*, arts. 55, 56, 57;

9.<sup>a</sup> *suspensão de emprego*, art. 58;

10.<sup>a</sup> *perda de emprego simples*, art. 59;

11.<sup>a</sup> *perda de emprego com inhabilitade*, final do art. 59;

12.<sup>a</sup> finalmente, *açoites*, art. 60, quanto a escravos; mas esta pena foi abolida pela lei n.º 3310 de 15 de Outubro de 1886.

Em geral a applicação das penas está sujeita a tripla gradação de um maximo, de um medio e de um minimo,

conforme a parte tomada no delicto, e as circumstancias que o acompanham (arts. 34, 35 e 63).

Os criminalistas costumam reclamar para a pena um certo numero de predicados ou caracteres, que possam legitimá-la perante a sciencia.

Assim dizem elles que a pena deve ser: pessoal, moralisante, divisivel, commensuravel ou proporcional, remisivel ou reparavel, igual para todos e exemplar.

A verdade, porém, é que todos esses caracteres não se encontram juntos em systema penal algum.

A pratica tem sido menos generosa do que a theoria.

\* XXXIX

*Concurso de penas. Tres principios reguladores: o da accumulção (tot delicto quot poenae); o da absorpção (poena major absorvet minorem); e o da exasperação (poena major cum exasperatione), — Qual o seguido pelo nosso código? Arts. 61 e 62.*

A theoria da concurrencia real e ideal de delictos, principalmente da real, quer homogenea, quer heterogenea, só tem valor e importancia pelo lado pratico da applicação das penas.

Levada pela idéa mais ou menos clara de que a questão de *concursum delictorum* é simplesmente uma questão preliminar, em que se aplaina o terreno da concurrencia penal, a legislação de quasi todos os paizes presuppoz, como sabidos, os conceitos da doutrina, e ligou a esse presuppuesto regras determinadas sobre a gradação das penas para os casos principaes.

A circumstancia de que o accusado de um crime ainda commetteu outro não legitima para aquelle crime um julgamento mais rigoroso nem mais brando.



Parece, portanto, mais consequente e mais regular, mais adaptado a logica e a justiça, vêr qual seja a pena imposta a um qualquer dos delictos concurrentes, e sommando uma com outra, fazer a respectiva applicação.

Este processo caracterizado pelo principio — *quot delicto tot poenae* ou principio da *accumulação*, não se acha entretanto em legislação alguma como regra excepcional.

Dentro de certos limites, costuma-se contrapor-lhe o systema chamado da absorpção segundo o qual deve ser imposta somente a pena cabivel no mais grave dos crimes commettidos, e que é conhecido sob a seguinte formula: — *poena major absorvet minorem*.

Em muitos casos costuma-se igualmente apresentar um systema medio, consistente em que, ou parte-se da pena do delicto mais grave e reforça-se essa mesma pena, ou toma-se por ponto de partida a somma total das penas accumuladas, subtrahindo então algumas parcellas. E' o systema designado pela paremia ou rifão juridico: *poena major cum exasperatione*.

O nosso codigo seguiu como regra o principio de accumulção, declarando no art. 61 que quando o réo fôr convencido de mais um delicto, impor-se-lhe-ão as penas estabelecidas nas leis para cada um delles. Mas no fim deste mesmo artigo abre-se excepção para a pena de morte, caso em que nenhuma outra se imporá, diz o codigo, podendo sómente adicionar-se-lhe a de multa.

Importa, porém, observar que nesse final do art. 61 nem se trata de uma excepção, nem a pena de morte é a unica a respeito da qual se verifica o principio da absorpção.

Desde que o legislador mandou os réos soffrerem as penas das maiores para as menores, está logicamente contido nessa premissa que na hypothese da pena de morte,

em concurrencia com outras, só ella possa e deva ser executada.

Da mesma forma a pena de galés perpetuas em concurso com outras de galés ou prisão temporaria, não se concebe que aquella deixe de ser a unica a executar-se.

O final do art. 61 é a consagração da *paremia* — *poena major, absorvet minorem.*

No artigo 62 o codigo deu entrada, ainda que excepcionalmente, ao principio da exasperação, modificando-o, todavia, no sentido de nunca ser applicada a pena de morte, quando ella fôr o maximo do mais grave dos crimes concurrentes, e a sua applicação resulta não do crime por si mesmo, mas da exasperação ordenada pelo legislador, hypothese essa em que se applica a de galés perpetuas.

Como se vê o codigo fez uso de todos os tres sistemas; se bem ou mal não nos cumpre aqui elucidar.

---



## II

### Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal Brasileiro (15)

#### PARTE I

#### Dos crimes e das penas

#### TITULO I

*Art. I. Não haverá crime ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem uma lei anterior que o qualifique.*

#### DOS CRIMES

#### CAPITULO I

#### DOS CRIMES E DOS CRIMINOSOS

**E**STE artigo encerra duas idéas capitaes: a consagração da synonymia ou identidade conceitual de *crime* e *delicto*, e a exigencia de uma lei preexistente, como condição formal do mesmo crime.

---

(15) Trata-se do velho codigo criminal. Este trabalho ficou interrompido, como o que o antecede. Neste o leitor encontrará alguns trechos que são tirados dos — *prolegomenos do estudo do direito criminal*. Inserimos, porém, aqui os dois escriptos taes quaes foram deixados pelo autor, porque cada um delles forma um todo distincto e contém idéas não repetidas no outro. (Nota de Sylvio Roméro).

A primeira parte é uma especie de reacção contra as tradições recebidas, no modo de differenciar e classificar os factos criminosos. Porquanto vem de longe, de muito longe, o gosto das tricotomias ou divisões tripartitas em materia scientifica, principalmente juridica. Não raras vezes, só para obedecer ao sestro tradicional do estudo das cousas, sempre debaixo de um triplo aspecto, legisladores e autores forçaram o seu assumpto a lhes mostrar tres faces, tres ordens de idéas, tres pontos de observação.

O direito romano é fertil de exemplos de tal mania. Basta lembrar, entre outras, a divisão do *jus publicum*, feita por Ulpiano, como consistindo *in sacris, sacerdotibus et magistratibus*, para dar a comprehender o enraizamento do vicio a semelhante respeito. A parte *sacral* do direito publico entra ahi apenas como uma necessidade logica do espirito do tempo; não tem outra razão de ser. (16).

O mau vêzo passou aos posteros, que ainda hoje não estão de todo curados das visões trinitarias. Com relação ao direito, sobretudo, parece que a musa da verdade não pôde dictar os seus oraculos senão de cima da tripode. Dir-se-hia que o que não se divide em *tres*, não é comprehensivel.

Os modernos systemas de legislação criminal não se eximiram da regra *commum*; e o *Code pénal*, com o seu terno de *crimes, delictos e contravenções*, contribuiu não pouco para que o phenomeno se repetisse nos outros codigos. Assim, por exemplo, no codigo bávaro de 1813, art. 2; no prussiano de 1855, § 1; no belga de 1867, art. 1.

Entretanto, o nosso quiz fazer excepção. Como já uma vez dissemos, o legislador criminal brasileiro regu-

---

(16) Th. Mommsen — *Roemisches Staatsrecht*, 1 pag.

lou-se em mais de um ponto pelas doutrinas do *Code pénal* mostrando comtudo uma certa vontade de corrigil-o e melhoral-o a seu modo. Foi, porém, pela mór parte infeliz nestes melhoramentos. (17).

E' o caso com a divisão tricotomica do codigo francez, que o nosso não aceitou, estabelecendo logo em principio a equivalencia juridica de crime e delicto. Não aceitar aquella divisão teria sido um acto meritorio, poderia até dar testemunho de uma nobre rebeldia, se o legislador tivesse sabido manter-se no mesmo terreno. Mas assim não succedeu.

Depois de apagar toda differença conceitual entre *crime* e *delicto*, o que denota o proposito de não seguir, ao menos nesse ponto, o exemplo do codigo francez, o nosso codigo estabeleceu na parte especial uma tripla classificação dos crimes em *publicos*, *particulares* e *policiaes*, que afinal não se mostra menos arbitraria do que a outra, que elle não quiz adoptar.

Nunca fomos admirador da divisão feita pelo *Code*; porém nunca tambem fizemos côro com os seus detractores, sobretudo quando estes falam em nome de uns chamados principios de *eterna justiça*, como fez Rossi, que foi sem duvida um grande espirito, um economista prôgono, mas como criminalista não andou muitos passos além de um escriptor de occasião ou de um simples dilettante.

O *Code pénal*, tendo creado tres classes de infracções para cada uma das quaes decretou penas differentes, entendeu dever signal-as por nomes diversos e dar a nota caracteristica de cada classe pela mesma differença da pena. Era seu direito, como é de todo legislador criminal. Uma questão mais de pratica do que de theoria, mais de

---

(17) *Menores e Loucos*, 2.<sup>a</sup> edição, pag. 52.

fórma do que de fundo. Não vemos pois motivo de censura.

E aqui vem a proposito observar que não é de todo razoavel a opinião de ter sido creada pelo direito francez a tricotomia criminal. A historia dá testemunho de que ella é mesmo de origem allemã, posto que o professor von Waechter tenha se esforçado por demonstrar o contrario. (18).

Segundo o velho direito saxonio, as infracções puniveis dividiam-se em *delicta levia*, *delicta atrocía sive atrociora* e *delicta atrocissima*.

Como *delicta levia* consideravam-se aquellas acções, que eram ameaçadas com uma pena *leve seu civilis*, por exemplo, a pena de multa, ao passo que por *delicta atrocía sive atrociora* e *delicta atrocissima* comprehendiam-se as infracções punidas com pena de morte *simples* ou com pena de morte *reforçada*, acompanhada de outras penas. (19)

Como se vê, já o direito saxonio fazia da penalidade o signal caracteristico e distinctivo dos crimes. O velho criminalista, Carpzow exprimiu-se claramente a este respeito, dizendo: *ex qualitate pænæ, quæ pro delicto imponitur, qualitas et quantitas delicti cognoscitur*.

A divisão tripartita não é pois uma criação franceza; mas foi o codigo francez quem a transmittiu ás legislações

(18) Schwarz, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, pag. 9.

(19) Rubo, *Kommentar ueber das Strafgesetzbuch*, pag. 102.

O direito canonico tambem conhecia uma tripartição dos crimes, *delicta ecclesiastica, secularia, mixta*. A' primeira classe pertenciam, por exemplo, a apostasia, o seisma, a simonia; á segunda, o homicidio, o furto, a falsidade; á terceira, o adulterio, o concubinato, o incesto, a sodomia. Porém estas e outras divisões, como as de *crimina excepta* e *non excepta*, — *nominata* e *innominata*... não têm hoje importancia alguma.

modernas. E qualquer que fosse a sua procedência, o certo é que não merece as criticas, de que tem sido alvo.

Com effeito se o crime é uma obra da lei, no sentido de não se julgar tal, se não o facto que a mesma lei de antemão assim qualifica, ameaçando-o com penas, não ha melhor criterio de distincção entre os factos criminosos do que o *quantum* e o *quale* da punição comminada. A pena é uma especie de *expoente* da criminalidade; ella indica, por assim dizer, a *potencia*, o grau de responsabilidade juridica, a que o legislador elevou a pratica deste ou d'aquelle acto; o que fez von Ihering affirmar, e com bastante fundamento, que a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes; quanto mais alto é o bem, maior é a punição imposta ao seu violador.

E' pois evidente que regular a escala da criminalidade pela da penalidade não é uma operação tão exquisita e desponderada, como entenderam os penalistas metaphysicos. Se a incriminação é signal da maldade do acto, a pena é signal da incriminação, e por consequente, de accôrdo com a velha regra logica — *nota notæ est nota rei ipsius*, signal da maldade mesma.

Isto é clarissimo. Todavia o nosso legislador quiz tomar outro ponto de partida. Não o censuramos, nem o louvamos por isso. Mas julgamos injustificavel a sua incoherencia em desprezar a divisão capital do *Code* e admittir depois outra, cujos membros não representam categorias juridicas, nem mesmo formaes, do crime e da pena; reduzem-se a meras phrases.

Realmente, basta perguntar: que é um *crime publico*? Em face do nosso codigo, a resposta só pôde ser tautologica e banal; porquanto não ha outra se não esta: é aquelle que se acha mencionado sob a rubrica dos *crimes publicos*, ou que está comprehendido entre os arts. 67 e 178 do

mesmo código. Nada mais fútil, nem que mais produza a impressão da puerilidade.

Como é sabido, o conceito dos crimes públicos e particulares não surgiu pela primeira vez na cabeça do nosso legislador; já era uma velha idéa, herdada do direito romano. Mas aqui ella tinha um sentido determinado e distincto, sentido que aliás o código não conservou.

Se ao menos elle se tivesse firmado no proposito de assignalar as tres classes de delictos pelo lado processual, chamando públicos sómente aquelles que dêssem lugar á uma acção publica, isto é, a um processo intentado por parte e em nome da justiça, ainda havia uma razão de desculpa. Mas este pensamento, bebido na tradição romana, quando mesmo lhe tivesse servido ao principio como norma de classificação, não foi sempre respeitado com a precisa coherencia.

A importancia pratica da divisão tripartita, e a lei visa mais o pratico do que o theorico, desaparece quasi de todo, quando se considera que o legislador estabeleceu no Código do processo outra divisão dos crimes em *afiançaveis e inafiançaveis*, por força da qual grande numero de crimes *particulares* entram na categoria dos *públicos* no sentido de poderem e deverem ser perseguidos independentemente do offendido querelante. Deste modo a linha de separação entre os delictos da segunda e os da terceira parte do Código Criminal ficou extincta, reduzindo-se a classica divisão a uma simples theoria.

E talvez até menos do que isso, pois ainda concedendo que o legislador houvesse tomado como criterio distinctivo dos crimes públicos a idéa de terem estes por objecto de aggressão o interesse do Estado, ou como hoje se diria, as suas condições staticas e dynamicas, é mister reconhecer que essa mesma idéa falhou em mais de um ponto.



Com effeito, nós podemos affoutamente perguntar: em que é que o Estado recebe offensa mais directa com o delicto de *falsidade*, ou de *perjurio*, por exemplo, do que com o de *estellionato* ou de *roubo*? Por que razão aquelles entre os publicos, e estes entre os particulares? Não é facil allegar um motivo satisfactorio.

Quanto aos crimes *policiaes*, que formam o terceiro grupo, ha tambem a observar que a idéa directora do legislador em fazer delles uma classe especial não foi bem accentuada. Qual seja realmente em taes delictos o objecto da offensa, não salta aos olhos de todo. Nessa parte encontram-se disposições, de character tão pouco policial, que facilmente descambam para o terreno dos delictos de outro genero. Como prova, basta lembrar os arts. 301 e 302 sobre o uso de nomes suppostos e titulos indevidos.

Vê-se, pois, que ainda ahi faltou ao legislador um razoavel *argumentum divisionis*, em relação, não só á natureza dessa classe de acções criminosas, como tambem á respectiva penalidade. Porquanto, além de não irem ellas de encontro a esta ou aquella ordem particular de direitos, que lhes imprima um character proprio, as penas comminadas não são menos indistinctas e communs a outros delictos. Tão communs e indistinctas, que ainda hoje é problema irresoluto, nas altas regiões da sciencia juridica patria, mesmo depois da reforma judiciaria de 1871, determinar ao certo, pela bitola penal, quaes e quantos são os crimes policiaes. De tudo isto resulta que o nosso legislador criminal não foi muito feliz na sua innovação.

---

A segunda parte do artigo, attinente á necessidade de uma lei anterior, qualificativa do crime, não é mais do que

uma repetição das garantias estabelecidas nos §§ 1.º, 3.º e 11.º do art. 179 da Constituição.

Effectivamente: dizer, como diz o citado § 1.º, que o cidadão não pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da lei, é dizer que elle não tem responsabilidade pelas suas acções e omissões, desde que estas não vão de encontro a uma disposição legal.

Encarado de um ponto de vista mais comprehensivo, o crime é uma irregularidade. Irregular é aquillo que se afasta de uma regra, de uma norma de proceder; o irregular, portanto, subentende o regular. Mas esta regra não é a subjectiva da consciencia, porém a objectiva da sociedade, cuja mais alta expressão é a lei. E' claro, pois, que, quer se trate de acções, quer de omissões, a lei é o presupposto logico e chronologico do crime.

Os §§ 3.º e 11.º são variantes desta mesma idéa. Um preceitua que nenhuma disposição legal terá effeito retroactivo, o que vale dizer que a lei sempre se dirige para o futuro, nada tem que vêr com o passado, ou que a sua *autoridade* presuppõe necessariamente a *posterioridade* dos factos que ella regula. O outro, porém, determina que ninguem pôde ser sentenciado, senão por autoridade competente e em virtude de lei anterior, o que tambem importa dizer que não ha criminoso, que não ha crime, pois a idéa de *crime* e *criminoso* está contida na idéa de *sentenciado*, sem esse mesmo antecedente legal. E' o que se acha repetido no art. 1.º do codigo.

Mas isto não é bastante. A materia se presta a maior desenvolvimento, exige mesmo que a sujeitemos a uma analyse mais detalhada.

Vejamos, pois. Toda a lei tem um circulo de acção; a sua efficacia é limitada; estes limites constituem a sua relatividade.

A primeira relatividade da lei, sobretudo da lei penal, é determinada pelo *tempo*, a segunda pelo *espaço*, a terceira pela *condição das pessoas*. E tres são justamente os pontos de vista, sob os quaes se póde estabelecer que a acção da lei é relativa.

Em outros termos, ha tres ordens de condições, a que a lei está sujeita, e que bem poderiam chamar-se condições *chronologicas*, *geographicas* e *sociaes* ou *politicas*. Estas ultimas, que dizem respeito a consideração de pessoas, não seria desacertado que tivessem o nome de *personas*; mas havia risco de confundil-as com as condições *psychologicas* do crime ou presupostos da imputabilidade, que são exclusivamente de character pessoal. Apreciemos primeiro o que significa a relatividade quanto ao tempo. E' uma these geralmente accita que a efficacia da lei penal, como a de outra qualquer lei, começa no dia da sua publicação, caso não se determine, para ella vigorar como dá-se em alguns paizes, uma época posterior (*spatium vacationis*).

D'ahi resulta que as acções praticadas antes da lei ou da sua publicação não podem ser julgadas de conformidade com ella. Este principio é a regra, e como tal deve ser mantido. As excepções não têm força de alteral-o, nem de fazer da these contraria outro principio.

Mas a regra que é incontestavel, e sobre a qual estão de accôrdo legisladores e juristas, não daria, por si só, lugar a questão alguma. E' do conflicto em que ella ás vezes se põe com os factos, com o sentimento da justiça, com o proprio alvo supremo do direito, que surgem as excepções; e estas então abrem caminho á controversia.

Se as leis humanas fossem, como as naturaes, ao menos até onde chega o nosso conhecimento da natureza, sempre as mesmas, permanentes, irrevogaveis, a nossa

questão não teria senso. Porquanto, uma vez assentado que nenhum acto se julga criminoso, se não em virtude de uma lei, desde que esta começasse a vigorar, e na hypothese da sua irrevogabilidade, não se conceberiam casos de excepção. Qualquer excepção seria pôr fóra da acção da lei, isto é, seria um caso de *impunidade*, que aliás não se comprehende no ponto questionado.

Já se vê que a relatividade das leis penaes, quanto ao tempo, só tem interesse, sob o presupposto de duas ou mais leis que se succedem, e a cujos dominios distinctos correspondem diversos momentos, ou da pratica do crime mesmo, ou da marcha do processo e da applicação da pena.

Que as leis penaes são limitadas no tempo e como taes não regulam acções anteriores a ellas, é ponto lucido e evidente.

E' um dos corollarios, como já vimos, da these constitucional de que nenhuma lei terá effeito retroactivo.

O que ha, porém, de questionavel é saber, quando e como esse principio está sujeito a modificações na esphera do direito criminal. Para que taes modificações se dêem, é mister suppor uma collisão de leis successivas, dispondo diversamente sobre um mesmo assumpto. Como não basta allegar que a posterior deroga a anterior, pois é isso justamente o que faz o objecto da questão, importa averiguar, em que condições a regra permanece inalteravel, em que outras ella cede o lugar á excepção.

O que ha primeiro a estabelecer, é que, dada a existencia de uma lei penal, sob cujo dominio foi commettida uma acção criminosa, se antes de ser-lhe imposta a pena promettida apparece outra que impõe pena diversa, os effeitos desta ultima lei serão tambem differentes, a respeito do criminoso, conforme a quantidade e a qualidade da mesma pena.

Da hypothese de duas leis primitivas que vigoram numa época determinada, dentro de cujos limites dá-se o crime e o seu julgamento, gera-se a possibilidade dos quatro seguintes casos: 1.º, a nova lei punir um acto, que a velha não punia; 2.º, o inverso disto: a nova deixar impune o que a velha lei condemnava; 3.º, serem mais graves as penas da segunda do que as da primeira lei; 4.º, finalmente, o contrario: mais graves estas do que aquellas.

No 1.º e 3.º casos prevalece a regra da não retroactividade; no 2.º e 4.º, porém, a solução é excepcional.

Que a nova lei punindo aquillo que a velha não punia, não tem força retroactiva sobre acções praticadas no imperio da ultima, é o que está exarado no principio — *nulum crimen sine lege*, que é o mesmo aceito pelo art. 1.º do codigo.

Que as penas mais graves da lei nova não devam ser impostas por crimes commettidos no vigor da lei antiga, que aliás comminava punição menor, é ainda uma verdade contida no principio — *nulla pœna sine lege pœnali*, igualmente admittido pelo nosso direito (art. 33).

A exigencia de uma *lei anterior*, que qualifique o crime e estabeleça a pena, estende-se até ás modalidades de um e outro, não se limita a excluir, como diria um rhetorico antigo, o estado de *conjectura* a respeito de ambos; quer ainda vêr excluidos os estados de *definição* e *igualdade*. Não basta que a pena e o crime tenham a *nota* legal, que como taes os dê a conhecer; é preciso que todas as altas e baixas de valor juridico de um e de realidade pratica da outra estejam tambem legalmente firmadas.

Não ha pois distincção a fazer entre a hypothese de uma lei que sobrevem, na ausencia de toda e qualquer disposiçào legal anterior, e a de uma lei que estabelece, em relação a outra, mais grave penalidade. Este *plus*, esta differença para *mais*, que importa uma alteraçào da lei

antiga, está nas mesmas condições de uma lei totalmente nova, que não vem modificar, mas pela primeira vez crear o crime e a pena.

Os quatro casos figurados estão comprehendidos nos arts. 1, 33, 309 e 310 do código. Os dois ultimos são completamente restrictos aos dois primeiros e deviam como taes occupar lugar immediato ao art. 33.

Entretanto, devemos observar que as disposições complementares do código, nos arts. 309 e 310, não encerram a consagração de um principio geral, mas apenas um meio de resolver os conflictos, que por ventura apparecessem entre o mesmo código e as leis criminaes do antigo regimen.

Fóra da possibilidade de taes conflictos, que aliás só podiam dar-se dentro de um prazo posterior não muito longo, as questões attinentes á força retroactiva das leis penaes, nos pontos presuppuestos pelos dois citados artigos, são antes de character doutrinario do que de character legal. Dir-se-hia que o legislador julgou impossivel depois da sua *obra prima*, qualquer outra lei que viesse pôr-se em antagonismo com ella.

Mas isto é inaceitavel. A verdade portanto é que os principios estabelecidos nos mencionados artigos, se já passaram o tempo de ter applicação como lei, continuam não obstante a valer como theoria. O que o legislador disse das leis anteriores ao código, uma justa analogia faz applicavel ao mesmo código com relação a leis posteriores.

Alguns criminalistas dão-se ao trabalho de construir hypotheses imaginarias, figurando a possibilidade de tres e mais leis que successivamente vigoram, desde a data do crime até a do julgamento. Mas isto não passa de um jogo da phantasia.

A hypothese da pratica de um crime no dominio actual do código, mas antes de ser o criminoso pronunciado, o

apparecimento de uma nova disposição legal, impondo penas menores, e ainda antes de ser julgado, a promulgação de outra lei, menos rigorosa que a primeira, porém mais forte que a segunda; esta hypothese, e todas as mais que neste ponto se podem multiplicar á vontade, não constituem problemas sérios. Ellas partem do falso presupposto de que uma lei é cousa que se engendra com a mesma facilidade e rapidez, com que se fabrica um romance naturalista.

Dado porém de barato que o caso acontecesse, a solução não seria difficil. O principio da applicação da lei mais favoravel ao accusado, com o qual estão de accôrdo as mais modernas legislações dos povos cultos e os juristas em geral, permanece no mesmo pé. O que ha de notavel é sómente que, na hypothese referida, a applicação dessa lei mais branda revogada por outra mais aspera do que ella, posto que menos dura que a primeira, não seria uma regra, porém uma excepção, que se approxima dos dominios do soberano direito de *graça*.

E' preciso entretanto deixar bem accentuado o que se deve entender por uma lei mais propicia ao delinquente. As relações em que a nova e a velha lei podem desviar-se uma da outra, no modo de aquilatar um crime, são variadissimas. As divergencias podem dizer respeito ao facto em geral, como particularmente ás circumstancias aggravantes e attenuantes, e bem assim ao grau de penalidade, devendo-se igualmente tomar em consideração a differença qualitativa da mesma pena.

Não é admissivel escolher da antiga e da nova lei as determinações que dão um resultado mais benigno para o réo. Seria fazer applicação de uma lei, que não existe. Pelo contrario, o juiz tem de apreciar o caso em sua totalidade, tanto segundo a velha, como segundo a nova disposição, e comparar um com outro os dois resultados, para

applicar então o que fôr mais favoravel. Se porém depois desta comparação apparece duvida, sobre qual seja esse resultado, é a nova lei que deve ser applicada. (20).

Mas importa ainda observar que essa lei nova pôde vir antes, ou depois da *pronuncia*. No primeiro caso, o juiz formador da culpa tem de segui-la, sem attender a que seja mais ou menos rigorosa do que a antecedente. Só no acto do julgamento, só ao juiz a quem compete condemnar ou absolver, pertence tambem a faculdade superior de differenciar e integrar as duas leis, para obter o resultado de que acima falámos.

Outra hypothese: a lei nova pôde surgir, quando o processo se acha em grau de appellação. Ainda ahí é ella que deve prevalecer, dadas as condições de maior favorabilidade, como tambem no caso de que o feito seja annullado e devolvido á instancia inferior para proceder de novo, a sua applicação é incontestavel.

Outrosim: se a lei nova faz depender o processo da queixa do offendido, esta circumstancia deve ser ponderada a respeito mesmo dos crimes anteriormente commettidos. Já estando iniciado o procedimento por parte da justiça, o offendido tem de ser ouvido, e não querendo elle apresentar a queixa, o processo está acabado.

No caso, porém, de que a nova lei prescreva a iniciação do feito pela promotoria, onde a lei antiga exigia a queixa do offendido, esta ultima torna-se ainda necessaria, a respeito dos delictos anteriores, no dominio mesmo da lei recente, pois que em tal hypothese a lei antiga considerava a acção criminosa como menos importante; e não ha razão para tirar-se ao offendido o direito originado pelo proprio

---

(20) Schwarz, *Holtzendorff's Handbuch*, pag. 27. De opinião contraria no sentido de applicar-se a lei mais velha, Schulze, *Lehrbuch*, pag. 51.



crime de dar queixa ou de renunciar a ella, e fazer assim da sua vontade a norma de proceder.

Entram de igual modo no circulo do presente assumpto as questões de *prescripção e reincidencia*.

Com relação á primeira, deve-se ponderar que o maior ou menor prazo para a prescriptibilidade dos crimes indica tambem a maior ou menor significação que o legislador lhes attribue. Se a antiga lei estabelece um espaço mais longo, e antes que este seja concluido, sobrevem outra com mais breve espaço, é incontroverso que o delinquente pôde socorrer-se a esta ultima para prescrever o seu delicto. A diminuição do prazo importa uma diminuição de valor juridico do facto criminoso; seria portanto uma injustiça fazer o accusado supportar todo o rigor da velha lei, depois que o proprio legislador julgou-a demasiado rigorosa, e como tal substituiu-a por outra.

Quanto á reincidencia, o facto da nova lei descaracterisar uma especie de crime, tirando-lhe a *identidade de natureza* em relação a outros, não altera cousa alguma na punição anterior. Ella existe como facto consummado. Se posteriormente o crime que a determinou, toma outra feição, outro valor, outro nome legal, nem por isso aquelle que o pratica, deixa de revelar a mesma dóse de perversidade ou de espirito reaccionario contra as leis penaes, que revelaria na hypothese do crime ainda continuar a pertencer á classe do delicto ou delictos já uma vez punidos. O presupposto ethico-juridico da aggravação da pena pela reincidencia permanece inalterado. (21)

Relativamente ao chamado *delictum continuatum*, ha lugar para fazer a seguinte distincção. Se a acção con-

---

(21) O que se deve entender por *delicto da mesma natureza*, segundo o § 3.º do art. 16. — se *idem genus* ou *eadem species delicti*, e o mais que importa elucidar a tal respeito, veremos no commentario a esse paragrapho.

tinuada não era tida em conta de criminosa segundo o velho direito, só podem ser juridicamente ponderados os actos commettidos no dominio da nova lei, pois que o crime, como tal, só depois della começou a existir. Se, porém, a lei antiga impõe sómente uma pena mais branda, então o caso é diverso. Aquí todos os actos devem ser subsumidos no conceito de um crime unico, mas a pena tem de ser regulada segundo a nova lei, ainda que seja mais rigorosa; porquanto é só no dominio della que o mesmo crime, considerado como unidade, chega a attingir o seu momento final. (22)

A interpretação *authentica* não fórma tambem uma excepção ao principio da não-retroactividade. A interpretação limita-se a firmar o sentido da lei já existente, sem querer determinar cousa alguma de novo.

Igualmente o *caso julgado* fica fóra da acção benéfica da nova lei. Se esta impõe pena menor, o delinquente condemnado conforme a lei velha, para o qual não existe mais recurso, só por acto do poder moderador chegará a utilizar-se desse beneficio.

Os principios, até aqui expostos, sobre as leis penaes, encaradas pelo lado material, não se fazem extensivos ao processo. Admitte-se geralmente a applicação de uma nova lei a todas as indagações abertas depois do seu apparecimento, bem como ás que, por esse tempo, já se acham iniciadas.

As mudanças processuaes têm por alvo um julgamento mais rapido, mais fundamentado ou mais justo, pela simplificação ou multiplicação das fórmas, pelos limites traçados á liberdade judicial, principalmente no que diz respeito á admissão e apreciação das provas; nunca porém at-

---

(22) Sobre *delicto continuado*. vide commentario ao art. 61.

trahir para o delinquente um soffrimento maior do que elle mereceu.

Sem duvida podem essas mudanças conduzir ao ponto de tornar possivel uma decisão, que não era de esperar, segundo a velha lei. Mas a responsabilidade, em si mesma, não passa por alteração alguma; só se alteram os meios, com que se chega a um julgamento sobre ella.

A simples possibilidade ou esperança de ser absolvido ou condemnado mais suavemente, com outras fórmulas processuaes, não constitue direito para o accusado. Quaesquer mudanças na competencia, na organização do tribunal julgador, etc., não têm influencia real sobre a decisão da causa. (23).

E' mister todavia não esquecer que, em relação ao nosso direito, este ultimo ponto não é de todo incontravel. Com effeito, se a nova lei estabelece, por exemplo, que sejam processados pelos juizes municipaes e julgados pelos juizes de direito, crimes que eram da competencia do jury, por que motivo os delinquentes anteriores, ainda não submettidos a julgamento, devem perder a prerogativa de ser condemnados ou absolvidos por seus pares?

Bem sabemos que o processo em geral é um conjunto de meios, um aparelho de fórmulas, para chegar-se á descoberta da verdade, e contra esta, salvo casos rarissimos, não ha direito de quem quer que seja. Mas é igualmente sabido que a substituição de um juiz por outro não produz o maravilhoso effeito de esclarecer aqui o que alli se achava obscuro.

De ordinario essa mudança tem por fim arredar qualquer embaraço, até então opposto á regularidade formal do julgamento, e algumas vezes tambem, como na hypothese dos crimes indicados pelo Dec. n. 1090 de 1 de se-

---

(23) Schwarz — *Holtzendorff's*, etc., etc. pag., 30.

tembro de 1860, subtrahir o réo á parcialidade presumida dos juizes de facto; uma graça, por consequente, do legislador para com elle.

Mas se esta graça constitue no caso uma excepção isolada, e se a regra é que o *veredictum* dos jurados offerece ao delinquente maiores garantias de justiça e equidade, não deixa de ser uma *inconsequencia* sujeital-o a juizes singulares, que estavam de todo fóra das suas previsões, que só lhe são dados, accidental e inesperadamente, depois da pratica do crime.

Além de limitadas no tempo, as leis penaes também têm a sua limitação no espaço, também são geographicamente relativas. O código dá este ponto como evidente, deixando de traçar o circulo da sua efficacia, dentro e fóra dos dominios do Estado.

Deste modo as questões attinentes á relatividade geographica das nossas leis penaes são de character especulativo. Só a doutrina e o exemplo de outros codigos é que nos impõem a obrigação de discutil-as.

Para o direito criminal ha tres relações principaes do crime: o *lugar do commettimento* (interior ou exterior); o *sujeito agente* (nacional ou estrangeiro) e o *objecto offendido* (tambem nacional ou estrangeiro). Na figuração dos casos possiveis, pode-se partir de qualquer destas relações. Tomemos o sujeito agente como ponto de partida:

## I

*O nacional póde delinquir:*

- |    |         |        |                 |              |
|----|---------|--------|-----------------|--------------|
| A. | no paiz | contra | objecto do paiz |              |
| B. | "       | "      | "               | estrangeiro. |
| C. | "       | estr.  | "               | do paiz      |
| D. | "       | "      | "               | estrangeiro. |

## II

*O estrangeiro pôde delinquir:*

- A. no paiz contra objecto do paiz
- B. " " " " estrangeiro.
- C. " estr. " " do paiz
- D. " " " " estrangeiro. (24)

Ainda mais. Qualquer das tres relações mencionadas é um principio regulador na applicação da lei penal, conforme se lhe confere uma certa preponderancia, e subordinam-se-lhe as duas outras. Dahi tambem a existencia de tres principios diversos:

1.<sup>o</sup> O *principio territorial ou da territorialidade*. O lugar da perpetração do delicto determina o dominio da autoridade puniente. As acções criminosas praticadas no interior são violações da lei penal patria, quer o agente seja nacional, quer não; quer seja de dentro, quer de fóra do paiz o objecto offendido.

---

(24) *Prevenção em tempo* — Um amigo, a quem offereci o primeiro fasciculo do *Commentario* aoCodigo Criminal, ultimamente publicado, acaba de dirigir-me uma carta, na qual me pede permissão para expor as suas duvidas sobre certo ponto, que lhe pareceu menos exacto.

E' assim, diz elle, que tudo que se lê nas paginas 15 e 16 do fasciculo sobre a competencia do Brasil para punir crimes praticados no estrangeiro, lhe parece ir de encontro á lei 2615 de 4 de Agosto de 1875, onde o caso foi previsto e resolvido em sentido diverso. Achando que esta observação não era de todo infundada, entendi que devia dar uma resposta publica, para prevenir que outros venham repetil-a.

Antes de tudo importa reconhecer que é uma cousa perigosa atirar ao mundo o primeiro fasciculo de uma obra, sem prologo, sem introdução, sem explicação alguma do methodo e do plano do auctor. Eu me expuz a esse perigo. Mas, já que se me offerece a occasião, julgo bem aproveitall-a, por ex-

Dest'arte a punição só é cabível nos casos I A B e II a B. Em favor de tal doutrina falam o reconhecimento da territorialidade em outros dominios do direito material, principalmente do direito privado, e a visível coincidência dos limites de uma ordem politica com os de uma ordem juridico-penal.

Mas tambem a rigorosa execução deste principio daria resultados inaceitaveis. Assim o Estado deveria ficar isolado diante de outros Estados; deveria ter lugar a extradição, tanto de nacionaes, como de estrangeiros que tivessem violado leis estrangeiras, assim como não haveria para estes ultimos nenhum direito de asylo; e pela simples residencia fóra do seu paiz, o nacional ficaria tambem desobrigado de respeitar as suas leis criminaes.

2.º O *principio da personalidade activa* (nacionalidade). O character do sujeito agente, como subdito, determina o dominio do poder punitivo. As acções criminosas,

---

plicar-me, para esclarecer antecipadamente um pedaço do futuro prologo.

Como se depreheende do proprio titulo do meu trabalho — *Commentario theorico e critico*, — o meu intuito quasi exclusivo é expor e criticar a theoria do Codigo.

Para isso tenho como uma exigencia do methodo, que me impuz, consideral-o primeiramente em si mesmo, abstracção feita de todas as leis posteriores, exceptuando sómente as revogatorias e interpretativas. Este modo de proceder é sobretudo valioso na primeira parte, onde tambem mais largo campo se offerece á critica e á indicação de reformas necessarias.

Assim pois, tratando do principio da *personalidade* na applicação das leis penaes, entendi dizer me limitar á exposição da theoria, que se me afigura mais accetavel; e se o Codigo nada diz a respeito da punição dos delictos commettidos por brasileiros em paiz estrangeiro, eu só tinha de apreciar criticamente, de conformidade com o meu plano, o ponto de vista do mesmo Codigo. Quando, porém, affirmei que sobre a punição desses crimes o nosso direito penal não offerece meios de soluçã, quiz fazer uma critica tacita da lei de 4 de Agosto, a

perpetradas pelo nacional, onde quer que se perpetrem, e qualquer que seja o seu objecto, estão sujeitas ás leis penaes do paiz. Sómente ellas.

E' a realização dos casos I A B C D. O laço permanente, que liga Estado e subdito, parece falar em prol deste principio, como ainda a circumstancia de que, de accôrdo com elle, tambem os crimes commettidos por nacionaes, fóra dos limites de qualquer Estado, não ficariam impunes.

Mas esse principio tem, além de outros, o inconveniente de estabelecer a garantia da *exterritorialidade* para todo e qualquer estrangeiro, que demora neste ou naquelle paiz. O Estado, em cujos dominios elle se acha, não póde defender a sua soberania territorial das aggressões de um estranho, cuja punição lhe não compete. Se como privilegio de direito internacional, concedido a poucos, já isto se resente de algumas desvantagens, o que não seria de mau e desordenado, se por ventura a excepção se transformasse em regra, e o estrangeiro em geral só tivesse de obedecer ás leis do seu Estado ?

---

qual considero de natureza a ser sempre burlada, completamente incapaz de effectiva applicação.

E como essa lei se refere nomeadamente aos crimes, de falsidade, perjurio e estellionato, o commentario aos artigos que tratam desses crimes, foi o logar que achei mais proprio para a sua critica expressa e detalhada, que terá de discutir, além da grave questão do processo, mais de uma questão importante, esquecida pela lei ou por ella mal resolvida. E isto mesmo está de accôrdo com a observação feita na capa do fasciculo.

Creio ter dissipado as duvidas do meu amigo, a quem agradeço a delicadeza que teve para com o autor do *Commentario*, e peço que continue a fornecer-me ensejos de esclarecer o meu pensamento, e até de corrigir os meus erros, quando erros commetter; — do que felizmente não me julgo isento.

Tobías Barretto de Menezes.

(V. Jornal do Recife, n. 27, de 2 de Fevereiro de 1888).

3.º O *principio da personalidade passiva* (nacionalidade). Segundo elle, qualquer delicto commettido, seja por quem fôr, e onde quer que seja, cahe sob a alçada do direito penal da nação, a que pertence o objecto offendido (o Estado ou um dos seus subditos). São os casos I A C e II A C. O principio é tão parcial, que não necessita de uma refutação. Mas a legislação do futuro ainda póde utilizar-se delle, estabelecendo que para o nacional, que demora no estrangeiro, deve existir, ao lado da sujeição, tambem a protecção penal do seu paiz.

A historia do direito, no tocante a esta doutrina, offerece sómente mesquinhos dados. A lucta de principios sobre a relação do direito publico interno com o externo, e por conseguinte sobre os limites geographicos do poder punitivo, parece ser permanente.

No terreno do direito criminal positivo a questão tem seguido todas as correntes e mutações do tempo. Assim o direito romano vacillou entre *universalidade, personalidade e territorialidade*. O velho direito germanico repousou originariamente sobre a exclusiva base territorial, para mais tarde accomodar-se ao principio pessoal, e ainda depois voltar ao primeiro.

Posto que influenciado, já pelo ponto de vista universal do direito canonico, já pela formação crescente das relações internacionaes, o principio territorial ficou todavia considerado como regra de direito commum entre as nações modernas, sendo sempre excepcional a applicação dos dois outros.

Ha por ahi entre os criminalistas mais de um espirito phantasta, que se delicia em architectar nos ares uma serie de hypotheses de nenhum valor, já não diremos pratico, mas nem mesmo theoretico, em relação ao principio da *personalidade*. Nada temos que ver com esses sonhos.



Como e quando, por exemplo, incumbe ao Brasil punir o crime do brasileiro perpetrado no estrangeiro, é questão que está fóra do círculo do código, e para a qual o nosso direito penal não fornece meios de solução.

Se o crime foi dirigido contra o Brasil, isto é, contra a sua ordem de direito, contra a sua existencia e segurança politica e economica, a acção punitiva do Estado póde fazer-se valer além do seu territorio, mas sómente em virtude de tratados, que autorizem a *extradição*. Caso porém o delicto tenha tido por objecto de aggressão um brasileiro, não ha mister de gastar muito papel e muita tinta, como fazem alguns criminalistas italianos e allemães, para resolver uma futilidade.

Na presente hypothese, deve-se partir da consideração de que no Estado estrangeiro, onde o crime foi perpetrado, tambem predomina o principio territorial; o brasileiro criminoso deve alli portanto receber a sua punição. Se esta porém não se realiza, não é motivo para o Brasil tentar corrigir o desleixo do outro Estado. Um exemplo de impunidade no estrangeiro não nos dá nem se quer o direito de censura, attento que taes exemplos são muito communs entre nós mesmos.

Mas póde succeder que o nacional delinquente, para evitar a punição do lugar, em que delinquo, venha refugiar-se no Brasil. Ainda nesta hypothese a lei penal do paiz não póde ser applicada. Quando muito, e por excepção ao principio, segundo o qual os Estados não concedem a extradição dos seus proprios subditos, essa extradição poderia ser offerecida ao Estado, cuja territorialidade foi violada na pessoa do brasileiro; mas no caso de recusa, não haveria de certo meio legal de tornar a pena effectiva.

Para fazer comprehender esta asserção, basta lembrar que não ha julgamento sem a base de um processo; e como seria possível instaural-o ?

Quanto á hypothese de ser o offendido um subdito do Estado, em que o delicto se deu, ainda tornam-se mais salientes os motivos de negar ao Brasil o poder soberano de tomar conhecimento e punir esse delicto. O brasileiro no estrangeiro, da mesma fórma que este no Brasil, é um *subditus temporarius*, tão sujeito ás leis do lugar onde se acha, como qualquer nacional. A apreciação juridica do crime não se regula por uma especie de *estatuto pessoal* do criminoso. Para impedir a acção penal de qualquer paiz estrangeiro, não ha hoje quem possa pronunciar um *civis romanus sum*, peremptorio e decisivo.

No que diz respeito a diversas outras figurações gratuitas de duvidas e embaraços na applicação do principio *pessoal* ou *nacional*, activo e passivo, podemos affirmar que ellas são mais entretenedoras do que instructivas. O direito criminal dos tempos actuaes não tem a elasticidade necessaria para abranger todas as construcções hypotheticas dos criminalistas sonhadores.

Dest'arte, quando questionam, por exemplo, se o estrangeiro criminoso, que antes de ser punido, e sem que mesmo se tenha descoberto a sua criminalidade em seu paiz, se naturaliza, cidadão de outro, pôde ser chamado a contas por este ultimo, pelo crime praticado fóra dos seus dominios, que valor tem semelhante questão? Seriamente: nenhum. E' o mesmo problema do nacional, que delinque no estrangeiro, só com a differença de ser aqui de menor complicação e de muito mais facil solução negativa.

Como se deprehe de do que ahi fica exposto, somos um sectario decidido do principio *territorial*. Estamos de accôrdo com Schwarz em que os Estados civilisados são membros de um grande systema politico, e como taes têm a missão de guardar e proteger a paz geral do direito, que

envolve a todos elles. Mas daqui não se deduz o que pretende o notavel criminalista allemão. (25).

Com effeito: nem o instituto juridico da *extradição*, nem a celebração de tratados entre as nações provam o reconhecimento de uma transportabilidade do direito penal de um Estado para outro. Esses factos, pelo contrario, só dão testemunho do mutuo respeito que as nações se devem em relação á sua soberania. A identidade da missão cultural dos diversos Estados não autorisa a reciproca invasão dos seus dominios. Se essa missão já é penosissima para cada um delles, dentro do seu territorio, quão difficil não tornar-se-hia, ultrapassando esses limites ?

A lei natural da divisão do trabalho tambem regula a existencia e desenvolvimento dos Estados. O principio da *territorialidade* é o que mais se conforma com essa lei. Um direito penal universal, que é o presupposto de todas as conjecturas e phantasias dos criminalistas propugnadores de um alargamento do principio da *personalidade*, é uma cousa impossivel no estado actual do mundo culto. Além do character de uma *communis opinio* dos juristas e philosophos sobre o crime e suas causas, sobre a pena e seus effeitos, tal direito não tem outro valor, nem se concebe mesmo que possa jámais existir de um modo efficaz.

Ainda ha criminalistas que levam esta mania do universalismo juridico-penal ao ponto de perguntar com todo o serio, se a um paiz qualquer cabe o direito de punir crimes do estrangeiro, praticados em territorio estrangeiro; e não lhes tem faltado a coragem para darem resposta affirmativa.

Mas isto é tão desponderado, que não merece as honras de uma refutação em regra. E' verdade que até legislações positivas, como o código da Saxonia, não hesita-

---

(25) *Holtzendorff's Handbuch*, II pag. 45.

ram em conferir um valor pratico a esse dislate juridico. (26). Porém nada importa. Os legisladores não estão isentos de commetter os mesmos desatinos que os juristas.

Entre estes Carrara está tão convencido da seriedade da questão, que não duvidou crear, segundo o seu modo habitual de multiplicar palavras, sem multiplicar idéas, o neologismo juridico *extraterritorialidade do direito penal*. Expressão esta, que Tolomei, por sua vez, ainda achou impropria para significar a applicabilidade das leis criminaes a quem quer que as viole fóra do territorio da soberania que as decretou, e substituiu-a pela de *ultra-territorialidade*. (27).

Mas nem um, nem outro termo é aceitavel. O serviço que os seus autores julgaram prestar á sciencia com a criação de taes palavras, nos parece absolutamente nullo. Para exprimir a idéa de que as leis penaes de um paiz obrigam o nacional, ainda em paiz estrangeiro, o principio da personalidade, é muito sufficiente. Se porém ambas essas expressões só têm por fim designar a universalidade do direito penal, no sentido de ser licito ao Brasil, por exemplo, punir um homicidio praticado no Japão, isso então é uma tolice, que não vale a pena combater.

Infelizmente não é a unica, de que são culpados os criminalistas, principalmente os dois italianos citados. O illustre autor do *Programma del corso di diritto criminale*, sobretudo, é fertilissimo de novidades, que afinal, depois de algum exame, não passam de outras tantas frioleiras.

E' preciso que nos entendamos. O professor Carrara não é digno dos preitos que entre nós se lhe rendem. Pode-se dizer do celebre criminalista o que disse Daniel Spitzer do professor Lorenz Stein, isto é, que a força dos

---

(26) Berner — *Wirkungskreis des Strafrechts*, pag. 140.

(27) *Diritto e procedura penale*, — l'ns. 758 e 759.

seus livros, semelhante á de Sansão, consiste sómente no facto de ninguem ainda haver-se delles approximado com uma tesoura, ainda que muitos já tenham dormido sobre elles, como Sansão nos braços de Dalila. Não deixa, pois, de ser um grande beneficio feito á sciencia reduzir ás suas justas proporções esse sabio autor, cujo maior merecimento é o de tornar enigmaticas, obscuras, incompreensíveis, as mais simples, as mais velhas verdades do direito criminal.

Voltando ao assumpto: releva advertir que a hypothese que combatemos, não é a mesma do estrangeiro que no seu paiz, ou em outro, attenta contra a ordem deste ou daquelle Estado.

Ahi é admissivel a punição provocada pelo Estado offendido; mas já não se trata de um direito que elle possa exercer immediatamente, em virtude da sua soberania; é uma questão que só se resolve pelos meios communs de concordia e reciprocidade internacional.

O codigo brasileiro não tem uma disposição igual, por exemplo, á do § 4.º do *Strafgesetzbuch* do imperio allemão, pela qual pôde ser perseguido, segundo as leis penaes do paiz, o estrangeiro que em territorio estrangeiro commetteu delicto de alta traição contra o imperio, ou crime de moeda falsa; e, quando tivesse, a solução seria a mesma.

A propria disposição do codigo tedesco, para ser cumprida, presuppõe necessariamente a mediação juridica de outro Estado, em cujo solo e sobre cujos subditos o grande imperio, com toda a sua força, não poderia por si só fazer valer a sua autoridade penal.

---

Ainda que o nosso codigo não o tenha claramente estabelecido, todavia é o principio *territorial* que prevalece

e deve prevalecer como regra. O poder punitivo do Brasil abrange todas as acções criminosas perpetradas dentro da sua circumscripção geographica, sem embargo de que o delinquente seja um estrangeiro (*subditus temporarius*).

Exceptuam-se porém: 1.º, conforme o principio de direito constitucional, geralmente reconhecido, de que o portador da soberania, por ser inviolavel, não está sujeito ás leis penaes, o principe reinante, e por analogia o *regente*; 2.º, de accordo com a jurisprudencia internacional, aquelles a quem compete o direito de *exterritorialidade*; os soberanos estrangeiros, os ministros *caracterisados* juntamente com as suas familias e o pessoal das legações, as tropas e os vasos de guerra estrangeiros.

O dominio juridico-penal do Estado ainda se estende, em virtude de principios consagrados pelo direito das gentes, aos navios que viajam no mar livre, cobertos pela bandeira brasileira, os quaes se consideram uma continuação do territorio. Todos os que nelles se acham quer nacionaes, quer estrangeiros, tambem estão sujeitos ás leis criminaes do imperio.

O mesmo succede com os navios de guerra brasileiros, não sómente no mar livre, mas ainda nas proprias aguas de um paiz estranho. E assim como tropas estrangeiras no Brasil ficam fóra da acção das nossas leis penaes, assim tambem as tropas brasileiras em territorio estrangeiro permanecem dentro do circulo das leis penaes do Brasil.

A questão geral da territorialidade tem duas faces. A primeira consiste em saber até onde vai o dominio da autoridade penal do Estado; a segunda porém em saber que leis são applicaveis dentro desse dominio: se sómente as do paiz, ou tambem leis estrangeiras.

O primeiro ponto é o que tem sido até aqui mais ou menos elucidado. Quanto ao segundo, não o achamos de grande importancia. Pelo menos é certo que o codigo não

deixa vêr, nem se quer entre as linhas, a idéa de tal questão. No Brasil só se applica a lei brasileira; o legislador não cogitou de outra.

E' possível que appareçam casos, nos quaes a applicação da lei estrangeira se apresente como mais juridica ou mais humana se ella por ventura é menos rigorosa que a lei patria. Mas esses casos excepçionaes devem ser legalmente estabelecidos; e ha exemplos de legislações modernas a tal respeito. (28) Os tratados mesmos não têm força para conferir ao Estado, sem quebra da dignidade nacional, a obrigação de applicar aos crimes outras leis que não as suas proprias.

Art. 2.º — Julgar-se-ha crime ou delicto:

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

§ 2.º — A tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente.

Não será punida a tentativa de crime, ao qual não esteja imposta maior pena que a de dous mezes de prisão simples, ou desterro para fóra da comarca.

§ 3.º — O abuso do poder, que consiste no uso do poder (conferido por lei) contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija.

§ 4.º — A ameaça de fazer algum mal a alguém.

Perante a lei não ha outra definição do crime, senão aquella que a mesma lei estabelece. Considerado como facto humano, como phenomeno da vida social, o crime pôde ser medido pela bitola ethica ou religiosa, malsinado como uma infamia ou assignalado como um heroismo; mas ainda não é crime, não recebe esse character, emquanto lhe falta a base legal. E' o que exprime a conhecida poremia: *nullum crimen sine lege*.

---

(28) *Strafgesetzbuch des deutschen Reichs* § 4 n. 3.

Em outros termos: o que dá a este ou áquelle facto o valor juridico de um acto criminoso, é a autoridade legislativa. O momento da legalidade é pois especial ao conceito do delicto. Foi o que fez Carrara dizer que o crime é uma *entidade juridica*, expressão que tem quasi tanta graça, para não dizer tanto senso, como, por exemplo, se alguém dissesse que o beriberi, a tísica, a meningite, a hepatite e todas as mais doenças conhecidas e classificadas pela medicina, são *entidades medicas*. Mas posta de lado a casca metaphysica, o miolo é aproveitavel, o fundo da these é verdadeiro.

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

Mas é preciso notar: essa definição é de natureza *formal*; ella nos põe em estado de podermos classificar as acções humanas, segundo a medida de um direito positivo determinado, como criminosas ou não, porém nada nos diz sobre o que seja crime em geral, nem por que razão a lei o ameaça com penas. Dá-nos o caracteristico, mas não a essencia do crime.

A indagação deste elemento essencial não incumbe propriamente ao criminalista; porém não é superflua, nem deixa de contribuir para uma elevação de vistas na esphera do direito.



O alvo da lei penal não é diverso do de outra qualquer lei: assegurar as condições vitais da sociedade. Sómente o modo, como ella prosegue e realiza este alvo, tem um caracter especial: para isso ella serve-se da *pena*. Porque razão ?

Será porque qualquer desrespeito á lei encerra uma rebeldia contra a autoridade publica, e merece portanto ser punida? Se fosse assim, deveria tambem receber uma pena toda e qualquer offensa ao direito, por exemplo, a recusa do vendedor a cumprir o contracto, ou a do devedor a pagar o dinheiro emprestado, e muitos outros factos de igual genero. Seria pois consequente que só houvesse uma pena: a infligida pelo desprezo das prescripções legais, como sómente um crime, o da resistencia do subdito ao *imperium* preceptivo ou prohibitivo do poder do Estado.

Isto porém não se admite. Qual é então o motivo, porque a lei, ao passo que pune certas acções, que estão em antagonismo com ella, deixa outras sem punição? Tanto nestas, como naquellas, trata-se de um menospreço do direito, e pois que este é o conjuncto de condições vitais da sociedade, trata-se de uma violação dessas mesmas condições. Se os contractos de compra e venda não forem satisfeitos, se os debitos não forem pagos, a sociedade fica por isso tão ameaçada em sua existencia, como por effeito de mortes ou de roubos. Porque razão a pena aqui e não alli ?

Uma resposta satisfactoria está um pouco além do horizonte juridico. A applicação legislativa da penalidade é uma pura questão de politica social. Ella resume-se na seguinte maxima: impôr pena em todos os casos, em que a sociedade não pôde passar sem ella. Como isto porém é assumpto da experiencia individual, das circumstancias da vida e do estado moral dos diversos po-

vos e épocas, a extensão da penalidade em face do direito civil, ou, o que é o mesmo, a extensão do crime é historicamente mutavel.

Houve um tempo em Roma, no qual certas relações contractuaes, como a *fiducia*, o *mandato*, dispensavam completamente a protecção do direito e só contavam com a garantia dos costumes (*infamia*); veio depois a protecção juridico-civil (*actio*), e finalmente a criminal (*crimen stellionatus*). (29)

Entretanto, por mais mutavel que seja a extensão do delicto, o seu conceito é sempre identico. Por toda parte elle representa-nos de um lado, isto é, do lado do delinquente, uma aggressão contra as condições vitaes da sociedade, e, do lado desta, a convicção expressa em fórma de direito, de que ella não se póde defender do mesmo delinquente senão por meio da pena.

Este é o conceito material ou o aspecto philosophico, em harmonia com o conceito formal ou aspecto legal do crime, acima estabelecido.

Não se entenda porém que a philosophia criminal se exhaure com tão poucos dados. Conforme o espirito que a anima, a philosophia póde formar do crime uma idéa bem diversa daquella que serve de base aos codigos penaes.

Em rigor, o codigo não dá uma definição completa do delicto; limita-se a represental-o debaixo de quatro figuras, cuja somma abrange o conceito legal da criminalidade.

Como operação logica, o art. 2.<sup>o</sup> é defeituoso; pois que trata-se ahi de uma divisão, cujos membros não são reciprocamente exclusivos; pelo contrario, a mais ligeira leitura desse artigo deixa bem patente que a primeira fi-

---

(29) Ihering — *Der Zweck im Recht*, I, pag. 485.

gura, por si só tem amplitude bastante para conter todas as outras.

Mas importa não esquecer que um código não é um tratado de sciencias naturaes. Não se póde exigir para uma divisão e classificação das acções criminosas o mesmo rigor que se exige para uma divisão e classificação dos phenomenos de qualquer dos reinos da natureza.

O legislador, antes de tudo, quer ser obedecido; para isso tem necessidade de se fazer bem entender em seus preceitos e em suas prohibições. A clareza é pois um dos seus primeiros requisitos; e de tal arte, que, por amor della, não é muito que se torne ás vezes até redundante.

A disposição do art. 2.º é um desses casos de redundancia legal, que perante a logica e a estylistica não tem justificação alguma, porém é justificado pela necessidade pratica do exacto conhecimento e applicação da lei.

Se o código, neste ponto, merece alguma critica, não é, a nosso vêr, pelo que encerra de superfluo, mas pelo que encerra de lacunoso e incompleto. O legislador tinha o direito de dividir e classificar as infracções puniveis, como bem lhe parecesse; mas uma vez empregando este processo de extrema differenciação da idéa geral do crime, tinha tambem a obrigação de completar o quadro.

Com effeito; por que razão fazer da *ameaça* uma fórmula generica do delicto e não fazel-o igualmente da *injuria*? O que é verdade sobre uma, tambem vigora a respeito da outra.

Do mesmo modo que a *ameaça*, a *injuria* é uma actividade physio-psychologica, uma externação do pensamento offensiva do direito alheio. Se a primeira não se deixava facilmente incluir na classe das acções propriamente ditas, outro tanto succedia com a segunda; a coherencia reclamava por consequinte que se lhe abrisse tambem uma categoria especial.

Não se tome porém como *theoria* o que não passa de simples critica. Estamos longe de opinar que a divisão quaternaria do conceito do crime seja bem feita, e como tal, no caso mesmo de uma reforma do código, deva ser mantida. Apenas achamos que o legislador não é tão censuravel, quanto pudera sel-o, se por ventura não se tratasse de uma lei, mas de um livro de doutrina.

Encaremos agora mais de perto o conteúdo do artigo, apreciando cada uma das quatro fórmulas do delicto nelle prefiguradas.

---

I. O art. 1.º deixou assentado que não ha crime, sem uma lei anterior que o qualifique. Mas em que consiste essa qualificação? Como é que a lei confere a um facto da ordem social o caracter de criminoso?

De dois modos, unicamente de dois: ou prohibindo que se faça aquillo que vai de encontro ás condições existenciaes e evolucionaes da sociedade, ou mandando que se pratique aquillo que está de accôrdo com essas mesmas condições, comminando em ambos os casos a imposição de uma pena, pela violação do seu — *vêto*, ou pelo descumprimento do seu — *impero*.

Daqui já se depreheende que o conceito do crime é inseparavel do conceito da pena. Um crime sem pena e uma pena sem crime, theoricamente, são duas phrases vans, e, praticamente, duas iniquidades.

Mas o principio selector da penalidade não se applica, não pôde ser applicado a factos sociaes de qualquer ordem. Só a livre actividade humana é susceptivel da disciplina e selecção penal. Sómente as acções ou omissões voluntarias do homem, reagindo contra essa disciplina, dão lugar á existencia do crime.

A selecção penal é determinada por meio da lei. As leis em geral não são mais do que regras sobre o curso de certos acontecimentos. Quando o código preceitua, por exemplo, que o assassino seja punido com a morte, nesta proposição está sómente expressa a fórmula, segundo a qual os acontecimentos se dão, se o assassino cahe nas mãos do poder publico. (30).

O art. 2.º é pois uma fórmula das fórmulas, ou a somma de todas as outras, que exprimem o que deve succeder a quem viola taes e taes regras juridicas da vida social brasileira.

“Toda a acção ou omissão voluntaria, contraria ás leis penaes” diz o artigo. Mas esta acção ou omissão presuppõe um objecto, contra quem se dirige o seu effeito. Segundo a natureza desse objecto, immediatamente offendido (*objecto pratico*), no qual a acção se effectua, e que goza da protecção penal do Estado, é que o código especialisa e systematisa os delictos; operação esta, que bem merece o nome de *morphologia criminal*, ou estudo das diversas formas, que póde tomar, em relação a seu objecto, a vontade criminosa. (31).

---

(30) Stricker — *Physiologie des Rechts*, pag. 87.

(31) A expressão *morphologica criminal* é perfeitamente adequada, até porque, na esphera do crime, se observa o mesmo processo de *differenciação*, que se faz notar em outras ordens de phenomenos. Que o crime, philosophica e juridicamente apreciado, tambem está sujeito á lei do *polymorphismo*, para proval-o, basta lembrar que o numero das acções criminosas, reconhecidas e punidas pelos romanos, era insignificante, em comparação das que hoje reconhecem e punem as nações civilisadas. Actualmente o criterio de uma boa legislação penal consiste tambem no modo, por que ella dá conta de todas as nuances e variações da criminalidade. Se é um perigo levar a incriminação além do necessario, não é menos perigoso deixar-a aquem das necessidades sociaes. Por este lado, é innegavel, o nosso código se resente de muitos defeitos.

Não se trata do objecto mediato do crime (*objecto jurídico*), pois este é sempre e por toda parte o mesmo, isto é, a ordem de direito que deve ser mantida e respeitada. O que aqui nos interessa, é o primeiro mencionado.

A consideração desse objecto pratico dá lugar, como acabamos de ver, ás differentes categorias de acção criminosa, conforme ellas se dirigem immediatamente contra o Estado ou imediatamente contra os cidadãos, no que diz respeito á vida, á integridade corporea, á liberdade, á honra e á propriedade.

Assim tambem a consideração do sujeito do crime dá lugar á velha dicotomia dos *delicta communia* e *delicta propria*, que não está no caso de outras antigas divisões imprestaveis; ainda pôde ser admittida, porque corresponde a uma realidade.

Com effeito: entende-se por *delictum commune* aquelle que pôde ser commettido por qualquer individuo simplesmente como tal. Neste caso estão o homicídio, o estupro, o furto, a injuria, etc. Dá-se porém o nome de *delictum proprium* ao que sómente pôde ser perpetrado por certas e determinadas pessoas, investidas de um character especial, como, por exemplo, a concussão, a prevaricação, o peculato, etc.

A nossa legislação penal adoptou o conceito do crime commun. Quanto ao proprio, ella tambem o conhece, mas sob o estranho titulo de *crime de responsabilidade*, phrase pleonastica e insignificante, que pôde com vantagem ser substituida pela de *crime funccional* ou de *função*.

O *delictum proprium* é ainda susceptivel de uma divisão. A doutrina costuma differencal-o em duas fórmulas precipuas: a dos delictos funcionaes propriamente ditos e a dos que não se apresentam com a mesma propriedade. Os primeiros são aquelles que não envolvem um delicto

commum, nos quaes pelo contrario o predicado functional do autor não constitue sómente uma razão qualificativa, mas fórma por si só o momento essencial da criminalidade.

Os segundos porém são aquelles que, ainda sendo praticados por funcionarios, encerram todavia um crime commum, no qual o character publico do agente só de um ou de outro modo póde ter maior influencia.

Specimens dos primeiros: a prevaricação (art. 129 §§ 1 a 7), a peita passiva (art. 130), a irregularidade de conducta (art. 166), a recusa de *habeas-corpus* (art. 183), e outros.

Specimens dos segundos: ainda a prevaricação (art. 129 § 8), o peculato (arts. 170 e 172), a prisão em carcere privado (art. 189), etc.

Esta divisão não tem somente uma importancia theoretica; ella tambem se distingue pela applicação pratica. Dest'arte, nos crimes functionaes propriamente ditos, só é admissivel o correlato do *socius specialis*, nunca porém o do *socius generalis*.

Não se dá entretanto a mesma cousa com a outra classe. A parte commum desses delictos póde ser distribuida entre muitos co-delinquentes, sem attender-se a que sejam tambem, ou deixem de ser, empregados publicos.

Esta segunda classe ainda é por alguns penalistas subdividida em dous grupos: o daquelles crimes, para os quaes a actividade functional fornece uma occasião particular ou o poder autoritario um meio particularmente efficaz, e o daquelles outros, em que um empregado, abusando do seu poder ou da sua posição, commette um delicto commum. (32).

---

(32) Schutze, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, pags. 532 e 534.

A linha de separação não é muito perceptível; mas é certo que ella existe. Para proval-o, basta lembrar, como exemplo dos primeiros, o crime de peculato, no qual o papel de funcionario offerece a oportunidade e o meio particular de commetter-o; e como exemplo dos segundos, a acção prevista pelo art. 145 do codigo, que é um crime commum, de fórma variavel, conforme o grau da violencia, mas perpetrado com abuso de autoridade.

Similhante subdivisão não deixa de ter tambem um certo valor pratico. Em os crimes do primeiro grupo, não ha *concursum delictorum*, nem mesmo ideal. Assim, no exemplo do peculato, o peculatorio é um ladrão; mas o que vai além desse facto, o facto especial, que o caracteriza, a qualidade de funcionario, que tem sob sua guarda dinheiros publicos, não constitue um crime á parte.

O mesmo porém não se póde dizer dos delictos do segundo grupo, nos quaes se dá quasi sempre uma concurrencia real. Dest'arte, no caso do art. 145, o abuso de poder consistente em commetter violencia no exercicio das funcções do emprego, ou a pretexto de exercel-as, é visivel e facilmente separavel dos effeitos dessa violencia, que formam por si sós um crime commum, addicionado ao crime funcional.

Outra differença entre os dois membros desta subdivisão. Os crimes da primeira especie collocam a administração na dependencia da justiça, no sentido de que o principio do — *quandiu se bene gesserint* — ou da demissibilidade *ad nutum* dos funcionarios administrativos fica neutralizado pela intervenção do poder judiciario, em cuja esphera entra o delinquente desde a data do delicto, e a cujo conhecimento unico e exclusivo pertence o facto criminoso, tanto mais, se a pena comminada importa a inhabilidade perpetua ou temporaria para o exercicio de cargos publicos.



Mas não succede assim com os delictos da segunda especie. Aqui o poder administrativo é completamente livre em seu circulo de acção. A demissão, que elle possa dar ao funcionario accusado, não é um *præjudicium* da sentença judicial. Dos dois crimes que existem na hypothese, a apreciação de um compete ao direito disciplinar, que a administração exerce em *commum* com a judicatura, e a do outro ao direito penal propriamente dito, que só a esta ultima pertence.

Como diz Gneist, ha nos Estados modernos uma tendencia pronunciada para deixar de submeter á prova de um lento processo judicial aquillo que mais facil e expeditamente pôde ser resolvido pelo meio administrativo.

E' o caso dos crimes em questão. Se a parte functional, que elles envolvem, acarreta sómente a pena de suspensão ou de simples perda do emprego, é uma especie de circumloquio juridico, inoportuno e fastidioso, applicar todas as regras processuaes de *inquisição* e *accusação*, para obter um pequeno resultado, que aliás um acto autonomo da administração central ou provincial pôde produzir, com a concisão do estylo burocratico, e até com a rapidez do telegrapho. (33).

---

(33) Estas idéas não deixam de ter um certo ar de estranheza. Nos Estados modernos, de que fala Gneist, não se comprehende o Brasil. As relações da administração com a justiça são entre nós muito confusas e indistinctas; o que dá lugar a innumerados disparates commettidos, quer num, quer noutro dominio. Assim não é raro vêr o governo demittir funcionarios accusados de crimes da primeira categoria, antes e sem dependencia da decisão judicial, ao passo que por sua vez o poder judiciario arrega-se o direito de ainda processar, pronunciar e condemnar á perda do emprego empregados que já o perderam por força de uma demissão, e, o que mais espanta, sujeitando-os a juizes especiaes, como se ainda fossem aquillo que já não são, isto é, funcionarios publicos! E' o cumulo do contrasenso.

O principio da *continuidade* penal, consagrado por Ulpiano no *Dig. de panis* (48, 19), não tem applicação ao caso, pois

Voltando ao objecto pratico do crime, importa observar que a vontade criminosa só pôde ser effectuada, se esse objecto é *proprio*, isto é, realmente dotado das qualidades essenciaes, que a lei presuppõe para lhe conceder a protecção penal.

Um delicto querido, aparentemente consummado em um objecto *improprio*, não é esse delicto. (34). Quando muito, e conforme as circumstancias, pôde ser outro menor.

Costuma-se, ainda que sem razão, designar este caso como *delicto putativo* (*Wahmverbrechen*, dizem os allemães); expressão que technicamente tambem tem outro sentido. (35).

Se o objecto immediato do crime pertence á esphera de uma pessoa jurídica, ou de uma pessoa physica é um factio irrelevante. Quaes são porém as relações de direito, que podem ser consideradas como pertencentes a uma pessoa da primeira especie, deprehende-se da extensão sempre limitada da personalidade ideal. (36).

Aqui merecem tambem ser tomados em consideração *os meios do crime*. Como taes julgam-se aquellas cousas que em regra se acham fóra do sujeito agente e com

---

o emprego não é uma *conditio*, cuja mudança nada influa sobre a identidade da pena, desde que esta consiste justamente na perda do mesmo emprego.

(34) Ninguem pôde, por exemplo, matar um cadaver, uma boneca, uma sombra, nem commetter adulterio com uma supposta mulher casada ou furtar o que é proprio, tendo-o por alheio.

(35) E' o do *erro de direito*, pelo qual o agente pratica uma acção, pensando ser criminosa, ao passo que ella nada tem de offensiva á lei penal.

(36) Ainda hoje é questão aberta, se as pessoas jurídicas de direito privado, que se caracterizam pela aptitude a possuir um patrimonio, prestam-se a ser objecto de outros crimes que não affectam a propriedade. Neste sentido, alguns juristas allemães têm procurado elucidar, se contra ellas pôde ser commettido o crime de injuria. A questão não é ociosa; e tel-a-hemos de agitar e discutir no commentario, ao art. 236.

as quaes elle influe sobre o objecto, ou torna physicamente possivel essa influencia: os instrumentos e materiaes do facto. (37).

Só os instrumentos artificiaes, e não os inseparaveis da pessoa do criminoso, diz Schutze, devem ser tratados como *meios*. Mas isto é um erro. Esses meios em geral podem dividir-se em *physiologicos*, *mecanicos*, *physicos*, e *chimicos*. O meio de praticar, por exemplo, o crime de estupro, é simplesmente physiologico; e ninguem dirá que elle esteja fóra do sujeito.

Assim tambem aquelle que açula contra outrem o seu cão feroz, com o fim de feril-o, ou mesmo de matal-o, usa de um meio physiologico, que se acha fóra da pessoa physica do delinquente, mas fórmula, por assim dizer, uma parte da sua organização juridica.

A consideração dos meios tem importancia no processo criminal como *corpus delicti*, como signaes do facto; no direito criminal porém como qualificações do mesmo facto, e relativamente á sua *propriedade* para o conceito da tentativa.

Dos meios do crime se distingue a maneira de pratical-o. O direito hodierno não lhe confere, salvo raras excepções, uma significação fundamental, mas apenas accessoria. (38).

---

(37) *Instrumenta ceteris*: armas, chaves, escadas, cordas, veneno, falso metal, etc. Tambem podem ser admittidas na mesma categoria certas circumstancias exteriores, dependentes do sujeito, ou por elle utilizadas, ou que entraram nos seus calculos criminosos.

(38) Como fórmulas primitivas e essenciaes do crime, donde se diferenciaram todas as outras, os juristas designam a *fraus* e a *vis*. Era este pelo menos o pensamento romano. Cicero disse: *Quum autem duobus modis, id est, aut vi aut fraude fiat injuria, fraus quasi vulpeculae, vis leonis videtur* (de Off. I, 13). Os germanos tiveram a mesma idéa expressa pelas palavras *Tutke und Trotz* (*Trug und Gewalt*). No seu antigo direito a distincção era capital, mas de modo que o

Como influencia do sujeito sobre o objecto é necessária uma acção, isto é, um facto de percepção sensível, que entre nos dominios do mundo exterior, como phenomeno da vontade criminosa. Fóra dos conceitos de crime e pena está o reino dos pensamentos, sentimentos, disposições e simples deliberações.

O conceito da acção não se entende sómente no sentido stricto, significando um facto positivo, isto é, o phenomeno exterior de uma determinação voluntaria, que se affirma pela actividade; mas envolve tambem o conceito da omissão, até onde esta importa um facto manifestado sob fórmula negativa, repousando igualmente n'uma determinação da vontade, que se affirma pela inacção. Dahi duas ordens ou categorias de crimes, a que a doutrina dá o nome de *commissivos* e *omissivos*.

Tratando de apreciar e distinguir, pelos seus caracteres, estes dois grupos de acções criminosas, pode-se partir, ou do conteúdo da lei violada conforme a sua disposição é *preceptiva* ou *prohibitiva*, conforme commina penas a um *fazer* o que ella veda, ou *deixar de fazer* o que ella ordena; ou então partir da consideração do crime mesmo, que póde apparecer em fórmula de um acto *positivo* ou de um acto *negativo*.

No primeiro *argumentum divisionis* repousa a classe dos delictos *omissivos propriamente ditos*; sobre o ultimo porém a dos delictos *omissivos improprijs* ou delictos commissivos, omissivamente praticados.

Naquelles a omissão é o momento substancial, é o

---

crime secretamente commettido recebia maior pena; porém na idade média a fraude (*Trug*) começa a ter outra significação. Hoje, pois que até o furto perdeu o característico da *fraus*, ella só apparece raras vezes como momento de qualificação criminal, ou tambem, segundo o nosso direito, como circumstancia elevadora da penalidade.

proprio fundo do crime, ao passo que nestes ella constitue apenas uma modalidde da acção. (39).

O crime omissivo propriamente dito é a transgressão da lei penal, que ordena uma certa actividade. A lei impõe penas á omissão dessa actividade, ora á omissão proposital, ora tambem á simplesmente desleixosa; e em ambos os casos o seu fim é punir a desobediencia, que se manifesta em deixar de fazer o que ella prescreve.

Os preceitos de tal natureza trazem sempre o cunho policial, ou se dirijam a qualquer individuo, ou sómente a pessoas pertencentes a uma classe determinada. Casos desta especie, não estranhos ao direito commum das nações cultas, mas diversamente apreciados, conforme a intuição dos tempos, são entre outros: o não prestar um auxilio possível, reclamado por urgente necessidade, e o não denunciar crimes commettidos, ou que se tratam de commetter.

Destes dois casos o nosso código só conhece o primeiro, e isto mesmo sob a fórma especial e restricta do art. 188. Quanto ao segundo, nada temos de positivo. Nem o legislador achou-o digno de menção, nem o senso popular da justiça toleral-o-hia.

Entre nós aquelle que, por exemplo, tendo conhecimento do plano satânico de uma horda de malvados, que quizessem aniquilar uma cidade inteira por meio de dynamite ou de polvora subterranea, se apressasse em communcial-o á autoridade publica, seria tido na conta de um *infame*; mas aquelle que, sabendo da cousa, tratasse de

---

(39) Convém observar que, estabelecida a divisão geral dos delictos em *commissivos* e *omissivos*, é indifferente que a sub-divisão se dê, ou no primeiro membro, em *commissivos positivos* e *commissivos negativos*, isto é, perpetrados por meio de omissão, ou no segundo membro, em *omissivos proprios* e *omissivos improprios*. O resultado é o mesmo.

pôr-se bem longe do theatro do crime, guardando sobre tudo completo segredo, só teria direito a ser qualificado de *heroe* !...

E' este infelizmente em taes assumptos o modo de vêr brasileiro. O romantismo humanitario, que sympathisa mais com o criminoso do que com a sua victima, é tambem um dos defeitos do nosso character nacional.

Dizemos — *tambem*, — para significar que não estamos sós: esse defeito é hoje commum ás nações latinas, cuja sciencia juridico-penal se acha mais ou menos influenciada por um liberalismo romantico, que quizera vêr extinctas todas as cadeias, quebradas todas as jaulas da ferocidade humana; influencia que aliás vai se reforçando de dia em dia com as crescentes pretenções da chamada *criminologia* ou *anthropologia criminal*.

Os delictos omissivos improprijs ou commissivos praticados por omissão não se acham nas mesmas condições dos omissivos propriamente ditos. Estes constituem questões de direito; estão taxados na lei. Aquelles porém são casos de facto, e como taes não se prestam a uma enumeração; dão sómente lugar a exemplificações de toda a especie. (40).

Objectivamente apreciado, o crime é um effeito, que se prende a uma causa, como qualquer outro phenomeno da natureza. Mas esta causalidade philosophica não é a

---

(40) Fontes e litteratura da questão; Feuerbach — *Lehrbuch* — § 24; Spangenberg — *Neues Archiv des Criminalrechts* — IV pag. 527; Luden — *Abhandlungen* I pag. 300; Glaser — *Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht* pag. 301; von Bar *Die Lehre von Causalzusammenhange* pag. 90; von Buri — *Ueber Causalität und deren Gerantwortung*, pag. 93; Ortmann — *Gerichtssaal*, (1875) pag. 209; e assim muitos outros criminalistas allemães. O assumpto comporta ainda maior desenvolvimento, que ser-lhe-ha dado no commentario aos arts. 4 e 5, a proposito de autoria e cumplicidade negativa.

mesma causalidade jurídica. Para o direito não basta causar um phenomeno criminoso; é preciso que elle provenha da vontade de um agente livre; razão porque o nexo causal que existe entre o delicto e o delinquente toma o nome particular de *responsabilidade*.

Schopenhauer pôde ter razão quando affirma que todas as causas são voluntarias, que a vontade é o denominador commum de todas as forças da natureza. Porém o direito não precisa entregar-se a estas especulações. No seu circulo de acção, a unica força que lhe incumbe disciplinar e dirigir, é a livre vontade humana, nos limites da liberdade empirica. O que se dá além dessa esphera, é o fatal, o involuntario, o extra-juridico por conseguinte.

Assim pois uma vez admittido o nexo de causalidade entre o crime e a vontade consciente do sujeito criminoso, o modo de *causar* é indifferente. Nada importa que os meios empregados sejam positivos ou negativos. O direito só quer saber se o phenomeno, que elle qualifica de delicto, é um effeito deliberado da actividade voluntaria deste ou daquelle individuo. E tanto basta para legitimar o conceito dos crimes commissivos, omissivamente praticados. (41).

O que por ventura ainda nos resta a observar sobre outras antitheses inherentes ao conceito do delicto, como as de delicto *momentaneo* e delicto *duradouro*, *delictum facti transeuntis* e *delictum facti permanentis*, veremos adiante em lugar mais apropriado.

2. Passamos agora a uma das materias mais arduas do direito criminal. Realmente a tentativa tem sido e continúa a ser o tormento dos criminalistas. A razão é obvia. A tentativa occupa um lugar intermedio e facil-

---

(41) De caracter preceptivo, com relação aos cidadãos em geral, o código só tem as disposições dos arts. 188, 260, 205, 303, 304 e 307, podendo ainda incluir-se nessa classe a do art. 128 (*desobediencia*).

mente variavel entre o dominio ethico e o dominio juridico. Ao envez do que succede com o crime consummado, a sua punição não se dá tanto pelo que ella vale, como pelo que significa.

“Os limites da punibilidade da tentativa, diz Kraewel, têm se estreitado cada vez mais no correr dos tempos. Ao passo que segundo a opinião dos antigos juristas, Boehmer, Quistorp e Klein, até os simples actos preparatorios deviam ser punidos como tentativa, modernamente foi sustentado, entre outros por Kitka, Mittermaier, como velho direito allemão, já contido na *Constitutio criminalis carolina*, o principio expresso no art. 2 do *Code pénal* de que ella só é punivel, quando a acção exterior encerra um principio de execução.” (42).

Mas esta opinião não é de todo inatacavel. A theoria do *conatus*, como ella é hoje commungada por juristas e legisladores, tem uma historia, que remonta a tempos muito anteriores a Boehmer, e um pouco diversa da que refere Kraewel.

Antes do direito criminal tornar-se objecto de um estudo e cultivo particular, estudo e cultivo que começou immediatamente depois da época dos glossadores, na praxe forense da Italia e da França predominava a idéa de que a tentativa não devia ser punida. Assim o attestam as seguintes palavras de Gandinus: Imo de generali consuetudine Italiæ nunquam actus vel conatus punitur, nisi sequatur effectus. (43).

A influencia do direito romano provocou a controversia, servindo de motivo a distincção que esse direito faz entre *delicta majora* e *leviora*, conforme se deprehende

(42) Citado por John — *Entwurf mit Motiven*, pag. 205.

(43) Boehmer attribue a Bartholus, a quem chama *acerimus consuetudinis propugnator*, a introdução dessa idéa na França, d'onde depois passou tambem á Allemanha.



de certas passagens, como a L. 5 § ult, D. *de penis* (48, 19), e L. 6 do mesmo D. *de acusat. et inscript.* (48,2).

Desta consideração do direito romano foi pouco a pouco se formando entre os praticos italianos a opinião de que a doutrina da impunidade da tentativa soffria excepções relativamente aos *delicta atrocissima*; e a consequencia mais natural dessa opinião foi impor-se ao *conatus* de taes delictos a mesma pena do crime consummado.

Julius Clarus diz que na praxe do seu tempo este era ainda o modo de vêr predominante; mas tambem accrescenta que a esse modo de vêr já se contrapunha uma especie de *communis opinio*, segundo a qual a pena da tentativa não devia ser a mesma, porém uma menor que a do delicto completo.

Nota-se ahi uma divergencia, que só póde ser explicada pela maneira por que se explicam algumas outras que apparecem em varios institutos juridicos, onde o direito romano e o germanico se puzeram em luta.

Certamente o direito germanico cedeu muito do seu terreno ao direito romano, levantado sobre principios mais cultos; mas não raras vezes tambem, por meio de justas restricções, tratou de affirmar a sua propriedade. Foi o que se deu com a questão da tentativa, que elle não equiparou em caso algum ao delicto consummado. (44).

Como se vê, ahi está a fonte de duas correntes diversas, que seguiram as legislações modernas em relação ao presente assumpto. O nosso codigo aceitou, não sei se consciente ou inconscientemente, o ponto de vista germanico.

---

(44) Rossirt — *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts* — pag. 320 e 321. Entretanto, alguns codigos modernos, como o de Brunswick, o de Baden, o de Wurtemberg, desprezando as tradições germanicas, e cedendo á estranha influencia, impuzeram a mesma pena do crime consummado á chamada tentativa perfeita (*conatus perfectus* — *beendigter Versuch*).

Em rigor esta ordem de considerações tinha mais cabimento no commentario ao art. 34; mas dei-me pressa em fazel-as, para que, uma vez reconhecida a origem historica da differença penal da tentativa, ficasse tambem logo assentado que o codigo, tendo acceito a intuição germanica pelo lado da penalidade, não está longe de poder amoldar-se ás exigencias dessa mesma intuição, pelo que toca ao lado criminal. Vel-o-hemos adiante.

As determinações do *Code pénal* sobre a tentativa que na propria França deram lugar a viva censura, e por meio da revisão de 28 de abril de 1832 experimentaram uma modificação consideravel, que entretanto não affectou o principio mesmo; essas determinações serviram de modelo a todas as codificações penaes dos paizes cultos, posteriormente apparecidas.

Neste numero figura o nosso e um grande numero de codigos dos Estados allemães. Mas o codigo brasileiro, que foi publicado em 1831, não poude aproveitar-se da revisão franceza de 1832, pela qual as ambiguas expressões — manifestée par des actes extérieurs et suivie — do *Codé pénal* foram riscadas, ficando assim melhor accentuado o conceito da tentativa. (45).

Dahi resultou que, quando o *Code* fechava a porta a esteril discussão dos *actos preparatorios*, cuja idéa a doutrina dos penalistas francezes tinha deduzido das palavras supprimidas, o nosso codigo abria de novo o campo da futil contenda, pela conservação dos termos — *quando*

---

(45) A redacção primitiva do *Code*, art. 2, era esta: — "Toute tentative de crime qui aura été manifestée par (des actes extérieurs et suivie) d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendentes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même" — As palavras entre parenthesis foram as subtrahidas.

fôr *manifestada por actos exteriores*, — que o legislador brasileiro nunca se lembrou de riscar também.

E' verdade que alguns dos outros codigos, modelados pelo francez, e que foram publicados depois daquella revisão, mantiveram as referidas palavras ou suas equivalentes; razão por que os respectivos commentadores levantaram e continuam a levantar muita poeira no interminavel combate para assentar o verdadeiro sentido dos chamados *actos preparatorios*.

Mas esta communhão do erro não attenua a responsabilidade perante a critica; tanto menos, quanto é certo que os alludidos codigos, laborando no mesmo defeito, se distinguem todavia por alguma cousa de melhor que o nosso.

E' assim que o codigo da Prussia, art. 31, diz: "A tentativa só é punivel, quando foi *manifestada* por actos, que encerram um principio de execução, e sómente por circumstancias *exteriores*, independentes da vontade do agente, foi impedida a consummação, ou a mesma tentativa ficou sem resultado."

O codigo de Oldenburgo repete esta disposição com duas ligeirissimas alterações. O de Lubeck, art. 29, também diz: "A tentativa só é punivel, quando *manifestada* por meio de *uma* acção, que encerra o principio da execução de *um* crime, e sómente por circumstancias *exteriores* independentes da vontade do agente, ou a consummação foi obstada, ou a tentativa ficou sem resultado."

Não ha duvida que estas formulas conceituaes são mais ou menos defeituosas, mas todas têm sobre a do codigo brasileiro a vantagem de maior especificação dos diversos momentos da tentativa. A idéa dos actos preparatorios, esta infeliz criação da doutrina, não lhes é de certo estranha; mas em compensação ellas exprimem com mais clareza o momento final e caracteristico, pela exigencia, não de quaesquer circumstancias, independentes da vontade

do criminoso, mas sómente de circumstancias *exteriores*; o que merece ser bem ponderado.

E neste ponto estão de accôrdo com os mencionados ainda outros codigos allemães. Por exemplo, o da Baviera, art. 47, que assim se exprime: "Existe a tentativa de um crime, quando alguém, no intuito de pratical-o, emprehendeu uma acção, que já em si contém o principio de execução do mesmo crime, cuja consummação porém só deixou de dar-se por causa de circumstancias *exteriores*, independentes da vontade do agente."

Da mesma fórma o codigo de Thüringen, que determina o seguinte: "Actos, por meio dos quaes começou-se a execução de um crime intencional, mas este não chegou a consummar-se, devem ser punidos como tentativa do mesmo crime: 1.º, se o delinquente foi obstado na conclusão da acção criminosa começada por meio de circumstancias *exteriores*, que não tiveram na vontade d'elle a sua razão de ser; 2.º, se o delinquente fez de certo de sua parte tudo que era necessario para a consummação do crime projectado, mas o resultado inseparavel do conceito do crime consummado foi arredado por circumstancias *exteriores*; 3.º, se o delinquente, para commetter o crime, escolheu um meio proprio, mas empregou-o de um modo insufficiente ou irregular, tanto que por isso mesmo o resultado querido deixou de ser alcançado; 4.º, se para a execução do crime que tinha em vista, o criminoso suppoz applicar um meio proprio, mas em lugar d'elle, por erro, confusão, ou por qualquer outra casualidade, applicou um meio improprio."

Ao meu intuito servem sómente o primeiro e segundo paragraphos; os dois ultimos porém serão mais tarde aproveitados na questão da tentativa impossivel pela impropriedade dos meios.

Todos esses codigos, como acabamos de vêr, exigem que sejam *exteriores* as causas que embaraçam a execução do crime. Mas o nosso não faz essa exigencia, que entretanto é muito significativa.

Com effeito: se as circumstancias impeditivas da consummação do delicto, uma vez que não dependam da vontade do criminoso, é indifferente que sejam externas ou internas, a consequencia será que tanto é réo de tentativa, por exemplo, aquelle que descarregando sobre outrem uma arma de fogo, não consegue alcançar a sua victima, porque no momento de romper o tiro, mão estranha e inesperada desvia a bocca da arma da linha do projectil, como aquelle que, querendo furtar uma ovelha do vizinho, que se acha no meio do seu rebanho, em virtude de uma tal ou qual curteza de vista, confunde coisa com coisa, e em vez de objecto alheio, carrega o proprio objecto.

Mas em geral os penalistas concordam que nesta segunda hypothese não ha crime, nem consummado, nem tentado. Por que razão nem se quer tentado? Pela impropriedade do objecto, é a resposta. Mas essa impropriedade resultou da troca de uma cousa por outra; resultou do factio psychologico da confusão, por sua vez motivada pelo factio physiologico da myopia; tudo isto, causas ou circumstancias internas, independentes da vontade do pretenseo criminoso.

E' incontestavel por conseguinte a deficiencia do nosso codigo em relação aos codigos citados, no ponto de que nos occupamos; deficiencia esta porém que a doutrina, auxiliada pelo estudo das legislações estrangeiras, tem obrigação de supprir no sentido mais razoavel e mais geralmente aceito.

Mas pondo de lado essa e outras pequenas differenças, que possam apparecer de codigo a codigo, fica fóra

de duvida que o conceito da tentativa, com os seus tres momentos essenciaes — o *começo de execução de um crime intencional, a sua interrupção*, e esta por effeito de *circumstancias estranhas á vontade do réo*, constitue direito *commum* entre as nações modernas.

E' de proposito que digo *direito commum*, e não *theoria commum*; por quanto, na presente questão, os legisladores em geral têm procedido com mais acerto do que os criminalistas, cujos trabalhos se resentem, pela mór parte, da mania da innovação e da originalidade em assumptos, que já não se prestam a inventivas e descobertas.

---

Antes de proseguir, devo observar que me julgo dispensado de entrar em pretendidas considerações philosophicas sobre a punibilidade da tentativa, bem como sobre a indifferença do direito perante os actos, que manifestam a *simples intenção criminosa*, sem um ensaio qualquer de realização pratica.

Ainda seria preciso avivar as côres de uma verdade tão sedicã? E para que? Para dizer, por exemplo, como Chauveau e Hélie, que "emquanto o pensamento repousa no seio do homem, só Deus tem o direito de lhe pedir contas"? ou como Haus, autor mais moderno e por isso mesmo ainda menos desculpavel, que "sómente a Deus pertence sondar as consciências e escrutar o pensamento"? Obrigado pela novidade.

Fóra das sciencias exactas, onde os axiomas prestam algum serviço, estas verdades evidentes por si mesmas, repetidas com todo o serio, dão apenas testemunho de uma tal ou qual pobreza de espirito.

Considero tambem de pouco alcance uma definição da tentativa. A construcção *synthetica* dos elementos *analyti-*

cos estabelecidos pelo código importa sempre um sacrificio da clareza ao gosto architectonico da doutrina.

Quando, porém, deixando de parte os dados fornecidos pela lei, pretende-se construir *a priori* um conceito scientifico da tentativa, o resultado é cair n'uma tautologia amphigurica, inextricavel, qual a que, por exemplo, commetteu o professor Carrara.

Este criminalista, que é maniaco por novidades, e que parece convencido de que a sciencia não deve falar a linguagem de todos, mas sómente empregar, como mais nobre, a divina algaravia do incomprehensivel, definiu a tentativa do seguinte modo: "Todo acto exterior conduzindo univocamente por sua natureza e dirigido pela vontade explicita do agente para um resultado, criminoso, mas não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito superior ou equivalente áquelle que se queria violar." (46)

E digam lá, se isto não é multiplicar palavras, sem multiplicar idéas! Definir é explicar; e isto não é uma explicação, mas uma confusão. Definir é esclarecer; e isto não é um esclarecimento, mas um completo embrulho.

O illustre professor de Pisa não quiz proceder como o seu não menos illustre collega de Napoles, o clarissimo professor Pessina, que limitou-se a analysar o conceito legal da tentativa, decompondo e enumerando os seus diversos elementos, sem aventurar-se a uma superflua construcção philosophica; methodo este que é na hypothese o unico fecundo e verdadeiro.

Mas o autor do *Programma* não se conforma com isto. Embriagado do seu proprio vinho, e como quem acha defeituosas e inadmissiveis todas as velhas definições, elle

---

(46) *Programme du Cours de Droit criminel* (traducção de Baret § 356).

diz triumphantemente: "Eu defino a tentativa: — *todo acto exterior, etc., etc.*"

Não era o caso de se lhe responder que ninguém precisava da sua definição? Para que mais uma definição da tentativa, no meio de tantas outras que satisfazem plenamente ás exigencias do ensino ?

Porém não é mesmo o facto de definir de novo o que já está bem definido, que tem direito a uma critica severa ; o mais censuravel consiste em que o autor, no empenho de ser original, não só deu uma definição obscura, como tambem, a despeito da redundancia de termos, uma definição incompleta.

Apreciemo-la de mais perto: "*Todo acto exterior conduzindo univocamente por sua natureza e dirigido pela vontade explicita do agente para um resultado criminoso...*" Estas vinte palavras querem dizer simplesmente: "*Todo principio de execução de um crime intencional...*" Qual a maior vantagem do seu emprego? Por ventura a concisão é uma qualidade anti-cientifica ?

Vejamos o complemento: ... "*mas não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito superior ou equivalente áquelle que se queria violar.*" Esta outra abundancia esteril de palavras corresponderia perfeitamente ao... *que não teve effeito ou que foi interrompido por circumstancias independentes da vontade do agente,* repetido por diversos codigos e adoptado por todos os criminalistas, se o autor, além de esquecer esse momento capital da tentativa, não tivesse incluído no seu conceito a idéa exotica da lesão de um direito superior ou equivalente ao que formava o objecto da offensa.

Com effeito: como entender semelhante lesão, figurando por sua falta entre as condições da tentativa ? Não é facil atinar com o pensamento de Carrara. Se porém

•



bem o comprehendendo, e comprehendel-o é um problema, a idéa dessa lesão se refere a certos actos, que ainda não sendo levados ao término final da intenção do delinquente, constituem todavia crimes perfectos.

E' o caso do *perjurio*, da *peita*, da *moeda falsa* e outros delictos, que são completos em si mesmos, posto que não tenham attingido o alvo ulterior, que serviu de motivo á sua perpetração. Assim, por exemplo, o moedeiro falso, que apenas se limitou a fabricar a moeda, é um criminoso perfeito, ainda quando não tenha auferido a vantagem que teve em mira.

Mas onde está o serio da questão? O professor Carrara, segundo o seu costume, quiz crear uma dificuldade onde ella não existe. A tentativa do fabrico de moeda falsa fica tão bem caracterisada pela falta de consecução do resultado criminoso, que é o facto mesmo de fabrical-a, como a tentativa de qualquer outro crime.

Desde que a lei elevou esse facto, por si só á categoria de um delicto, e nelle se concebe uma phase inicial e outra phase terminal, pode-se falar de um *principio de execução*, que foi *interrompida*, com o mesmo direito com que se usa de taes expressões a respeito do homicidio.

Já se vê que a distincção entre não ser seguido do resultado criminoso, ao qual conduzia *univocamente* (o adverbio é caracteristico) o acto exterior dirigido pela vontade explicita do agente, e não seguido da lesão de um direito superior ou equivalente ao que se queria violar, semelhante distincção é caprichosa e futil.

Ouçamos entretanto o autor do *Programma*, que é interessante. Justificando a sua invocação, elle diz (§ 372): "Póde muitas vezes succeder que o criminoso tenha dirigido a sua acção para um fim ulterior, que elle não attingio; não lhe é sempre dado por isso invocar a escusa

da tentativa, ainda que prove ter ficado illudido em suas esperanças.”

Nenhuma duvida; havendo sómente a notar que o perjurio, por exemplo, a quem não coube a sorte de obter, por força do seu juramento, a condemnação ou absolvição de alguém, nunca se lembrou de dizer que apenas *tentára* perjurar; pois elle sabe, tão bem como qualquer jurista, que a lei considera crime o facto geral de jurar falso, independente de qualquer resultado. Se em materia civil ou criminal, se para absolver ou condemnar, se esta absolvição ou condemnação se deu, são circumstancias que podem alterar a penalidade; nada têm que vêr com o crime mesmo.

Porém não sei o que dahi se possa deduzir, para justificar a modificação feita por Carrara no conceito da tentativa.

Além disto, a idéa da lesão de um direito superior ou equivalente ao que se pretendia violar, tem o defeito de não ser *univoca*, para servir-me do termo favorito; por quanto ella póde conduzir a um ponto muito diverso do que parece que o autor teve em vista.

Realmente: se a tentativa se caracteriza, não só por não ser seguido do *resultado criminoso*, para o qual se encaminhava, o acto externo dirigido pela vontade explicita do agente, mas tambem por não ser esse mesmo acto seguido da *lesão* de um direito superior ou equivalente ao direito violando, é facil figurar um caso, em que essa *lesão* se effectua, e onde por tanto não deve haver tentativa; mas tambem o erro é evidente.

Assim, aquelle que disparando a sua arma, no intuito de assassinar A. ou B., não lograsse nem se quer feril-o, porém matasse, por uma *aberratio ictus*, a mulher do assassinando que se achava á pequena distancia, não seria réo de tentativa contra o primeiro, mas sómente de homi-

cidio culposo em relação á segunda; visto que ahí se trata da *lesão* de um direito equivalente ao que se queria offender.

Não assim porém aquelle que, nas mesmas condições em vez da mulher, matasse um cão. Seria a offensa de um direito inferior, e como tal poderia dar lugar á tentativa.

No paragrapho seguinte (373) para melhor explicar-se, o autor continúa: "Quando o acto praticado pelo delinquente consummou a offensa de um direito *universal*, ou mesmo de um direito *particular*, mas igual ou superior ao que elle queria offender, tem-se um delicto perfeito em sua *objectividade juridica*; e, bem que o criminoso não haja attingido á *objectividade ideologica*, a que elle se dirige, não se póde falar de tentativa."

"O meu reino por um cavallo!" Uma corôa de rosas a quem me decifrar este enigma! "Bem que o criminoso não haja attingido a *objectividade ideologica*, a que elle se dirige..." Que diabo é isto?... Que vem aqui fazer a *ideologia*? Pois entende o professor Carrara que póde tomar de emprestimo á velha *tecnologia philosophica* uma série de expressões usadas, que já se retiraram da circulação, casual-as com outras, que não existem para se unir a ellas, formando assim conceitos extravagantes, e offerecer-nos esse *imbroglio* como a quintessencia da sabedoria juridica? (47)

Henrique von Treitschke, falando uma vez do padre Passaglia, disse que dos escriptos deste nobre italiano, a

---

(47) E' uma singularidade bem notavel que entre nós alguns juristas, sectarios do positivismo e por consequente inimigos ligadaes da *metaphysica*, sejam entretanto entusiastas fanaticos do professor de Pisa, que ainda faz as despezas da sua sciencia com visões *ideologicas*, *ontologicas*, e quejandas expressões de um sabor archaico e impertinente. Não ha maior *testimonium paupertatis*.

despito de toda apparencia de liberalismo, reçumava sempre um como halito dos tumulos: escolastica a expressão, escolasticas as idéas.

E' quasi o mesmo que se pôde dizer do professor Carrara. Os seus livros exhalam pela môr parte um bafo medieval; escolasticos na fórmula, como não raro tambem escolasticos no fundo da doutrina e no mecanismo da argumentação.

D'est'arte elle fala da *objectividade ideologica*, da *subjectividade ontologica*, da *subjectividade psychologica* e outras estranhas phrases, de obscurissimo conceito, que elle mesmo engendra, para ajudarem-no a levantar o seu edificio, com aquelle grau de segurança, com que um scotista da idade média poderia falar da *hæccitas*.

Sempre é um criminalista, que ainda lança mão da *Providencia*, do *Creador*, do *Omnipotente*, como uma especie de ingrediente metachimico, para amollecere o brônze de certas questões insolúveis. A sua intuição philosophica é immensamente atrazada.

O paragrapho citado, sendo lido isoladamente, separado do anterior e do posterior, produz a impressão de uma inscripção etrusca: ninguem o entende. E ainda depois de entendido, não deixa de abrir espaço a uma justa critica.

Effectivamente: quando o autor trata da *objectividade juridica* do delicto, estamos todos de accordo com a idéa que essa expressão representa. A objectividade juridica ou juristica do homicidio, por exemplo, é a lei, que o prohibe e pune, é a ordem, a segurança, o interesse do Estado e da sociedade.

Que aquillo porém, a que outros dão o nome de *objectividade pratica*, o professor de Pisa julgue-se autorizado a chamar *objectividade ideologica*, é o que mal se pôde, já não digo admittir, mas mesmo comprehender.

O meu corpo, a minha vida, a minha liberdade, contra os quaes pôde-se dirigir uma acção criminosa, considerados como entidades ideologicas ou pedaços de ideologia... lá isso não, professor... O disparate é palpavel.

Um dos vicios capitaes de Carrara é o gosto exagerado por umas longas periphrases, que velam o seu pensamento, que o envolvem n'uma certa nuvem, com o intuito talvez de roubal-o ás vistas do profano vulgo.

Já houve quem dissesse dos allemães, e com alguma razão, que costumavam armar-se de uma alavanca para arrancar um *pé de couve*, o que em todo caso é menos insensato do que munir-se de um canivete para partir, de um só golpe, o tronco de um carvalho, como fazem os francezes. Mas tudo tem seu tempo. Em rigor os allemães já não merecem tal censura. O mau habito não desapareceu do mundo scientifico, porém grassa por outras partes. O criminalista italiano é uma prova disto.

Eu sou do numero daquelles, para quem a pretendida popularisação da sciencia não tem o minimo attractivo. Nem gosto mesmo de vêr addicionada ao fino metal do saber theoretico a liga, de que ha mister a pequena moeda da praxe, segundo a expressão de Jacob Grimm.

Escrever sciencia para o povo é um trabalho ocioso, que nem aproveita ao povo, nem nobilita a sciencia. Mas o extremo opposto não é menos anomalo e indesculpavel. Fazer de qualquer ramo scientifico uma *sciencia occulta*, como outr'ora a sciencia dos brahmines, ou mesmo como a *algebra*, que ainda hoje sómente poucos, relativamente poucos, estão no caso de comprehender e cultivar, é um acto de pedanteria revoltante.

Tal se me afigura o procedimento de Carrara. Nas suas mãos o direito criminal toma um character especulativo, que difficulta enormemente a solução das respectivas questões. O direito criminal é uma sciencia de factos,

uma sciencia, que presuppõe e opéra com factos; Carrara substitue os factos por conceitos, largos e categoricos, mas vasio de realidade; o que é o mesmo que substituir a mão pela luva, ou a cabeça pelo chapéu. Eis o motivo, por que a autoridade deste criminalista não me parece das mais respeitaveis.

---

Voltando ao nosso código: os termos em que elle explana a idéa da tentativa, podem-se dividir em tres momentos: 1.º, *a intenção de praticar o crime, manifestada por actos exteriores com principio de execução*; 2.º, *a inefficacia desta mesma execução começada*; 3.º, *por circunstancias independentes da vontade do delinquente*

O primeiro momento não é caracteristico; pertence tanto ao *conatus*, como ao crime consummado, pois que este tambem tem uma phase inicial, um principio de execução. A differença está em que, alli, esse principio é interrompido, aquí, porém, elle surte todo o seu effeito.

Já se vê que, quando houvesse mistér de construir em todo caso uma definição da tentativa, aquelle primeiro momento poderia ser eliminado, sem alterar a noção do objecto definido. Dest'arte, quem por ventura dissesse que a tentativa... é o *crime começado, mas não acabado, pela interposição de uma causa externa antagonica e superior á vontade do criminoso*, daria uma completa, uma perfeita definição, se em geral pudesse haver definições completas e perfectas.

Mas uma coisa é fóra de duvida: perfeita ou imperfecta, ella teria pelo menos a vantagem de ser clara e comprehensivel, independente de qualquer esforço intellectual, qualidade que aliás fallece a todas as outras definições conhecidas.

A de Carrara, por exemplo, como acabamos de notar, só se assignala pela obscura prolixidade. Dir-se-hia que o velho professor italiano era de uma organização cerebral tão complicada, que a luz da precisão e da clareza lhe fazia mal aos olhos; tinha pois necessidade de retirá-la para melhor penetrar no intimo das coisas.

Imaginemos um espirito, se tal espirito é possível, tão excepcionalmente constituido, que ache mais facil representar na mente, por exemplo, um hectogono ou polygono de cem lados, do que um quadrilatero, ou mais facil o valor da fracção  $\frac{1510}{2265}$ , do que a fracção  $\frac{2}{3}$  á que ella é reductivel, e ahi temos a figura do illustre criminalista, para quem é mais comprehensivel que a tentativa seja: *todo acto exterior conduzindo univocamente por sua natureza e dirigido pela vontade explicita do agente para um resultado criminoso, mas não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito superior ou equivalente áquelle que se queria violar*, do que simplesmente: *todo crime começado, mas não acabado, por circumstancias independentes da vontade do delinquente*.

Esta ultima fórmula é accommodada ás intelligencias communs; a primeira porém, só cabeças privilegiadas estão no caso de apoderar-se della. (48).

Tal é o pernicioso effeito da mania de definir. E não duvido affirmar, com Albert Lange, Socrates, a quem se deve o *phantasma das definições*, que presuppõem uma imaginaria congruencia entre a *palavra e a coisa*, fez á philosophia e ao espirito philosophico em geral maior mal do que se pensa.

---

(48) O dogmatismo de Carrara, cuja morte recente importa sem duvida para a Italia uma perda consideravel, levou-o muitas vezes a extravagancias e dislates, que provocam a veia comica, e são realmente indignos de um homem superior.

Hoje mesmo, que o decurso de longos tempos já tem acabado mais de uma velha illusão querida, ainda ha quem se delicie com a *esgrima* socratica e ache que tudo pôde ser definido, quando aliás é certo que quasi todas as grandes questões scientificas são reductiveis a outros tantos juizos, para cujos sujeitos se procuram os attributos mais adequados; o que importa dizer que são reductiveis a outras tantas definições, que, se pudessem dar conta da riqueza total do objecto definiendo, trariam logo consigo mesmas a solução dos problemas; não havia mister de mais arrazoados.

---

O modo porque em geral costumam definir a tentativa, foi que deu lugar á ociosissima questão dos *actos preparatorios*, sobre a qual os criminalistas se estendem tão larga, quão inutilmente, com o fim de passar um traço vermelho, uma linha de separação bem vizivel entre esses actos e o principio de execução propriamente dito.

Com effeito: o que são actos preparatorios; quando existe uma tentativa; se houve ou não houve principio de execução, é coisa que só pôde ser resolvida no terreno dos factos; em theoria nada se adianta.

Para proval-o, basta vêr a resposta, que a sciencia do direito costuma dar ao jurista pratico, quando este lhe pergunta: quaes são os principios, segundo os quaes se devem separar uns dos outros os actos de *tentativa* e os actos *preparatorios*?

E' assim que, entre outros, diz Berner: "Actos que constituem o fundo do crime mesmo, são actos de execução. Aquelles porém, pelos quaes se procuram, ou pre-



dispõem-se os meios para commetter o crime, são actos preparatorios." (49).

Mas a este pretendido achado oppõe com razão Richard John que o jurista pratico pôde responder: isto sei eu tambem, que actos que constituem o fundo do crime mesmo, são actos de execução, como tambem sei que actos, com os quaes não se faz se não procurar ou predispor os meios para o commettimento do crime, são actos preparatorios. Para saber disto, não precisava pedir informações á sciencia do direito. O que eu queria que ella me fornecesse, era o principio, com cujo auxilio posso distinguir a tentativa do simples preparo do delicto, nos casos em que nem já vejo diante de mim o fundo, a nota característica do crime mesmo, nem observo sómente o arranjo, a predisposição dos meios para perpetral-o; e em lugar do *principio scientifico* da-se-me *casuistica*. (50).

Tambem Zachariæ é de opinião que tanto no que diz respeito á direcção que deve ser dada aos jurados, como no que pertence ás decisões da justiça, não se pôde negar ao conceito do *principio de execução* uma significação juridica. O que porém se deve entender por tal *principio*, este enigma da esphyngé, como diz John, elle pretende resolver desta maneira:

"Como regra geral, que convém ter sempre em mira, consideremos a these seguinte: dá-se principio de execução, quando se começou por um acto, que merece ser tido em conta de elemento real da infracção ameaçada na lei, podendo como tal, nos crimes *complexos*, isto é, naquelles que se fórmam pelo accrescimo de uma qualificação de facto á idéa do crime simples, ser tambem considerada

(49) *Grundsætze des Preussischen Strafrechts*, pag. 8.

(50) *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch*, pag. 214 e 215.

essa propriedade qualificativa, se ella consiste em uma acção que precede o mesmo crime, como no furto, por exemplo, a irrupção ou um escalamento.

“Pelo contrario, não constituem em si mesmas principio de execução: 1.º, as acções, que têm por fim obstar a descoberta do crime projectado; 2.º, as acções que o delinquente emprehendeu para certificar-se da possibilidade e segurança da execução, ou para obter uma occasião conveniente de perpetrar o delicto; 3.º, as acções consistentes na aquisição ou preparação das forças, meios e instrumentos necessarios á pratica do crime; 4.º, finalmente as acções emprehendidas pelo agente, para collocar-se no estado physico que determina o começo do facto criminoso.” (51).

O criterio de Zachariæ não é de certo tão vago, como o de Berner; mas nem por isso é menos contestavel. Bem apreciado, todo o seu esforço, chega, quando muito, a deixar estabelecido o que são actos preparatorios; porém este não é o problema. O que nos importa saber, é o que seja *principio de execução*; e o sabio criminalista não nos offerece um meio seguro de determiná-lo.

Isto mesmo foi reconhecido por John, que entretanto não desanimou com o exemplo dos seus collegas e aventurou-se tambem a apresentar um criterio de distincção entre as duas ordens de factos.

Dest’arte, diz elle por sua vez, respondendo ao jurista pratico: “Reparai bem no que aconteceu. Se dos factos reconhecidamente dados, podeis tirar a conclusão de que se quiz perpetrar um *crime determinado*, então puni o acontecido com a tentativa desse crime; se ao contrario os factos não vos obrigam á esta conclusão, deixae impune o que succedeu.

---

(51) *Goltdammer's Archiv* — V. pag. 579 e seguintes.

“Mas é mister que os factos se expliquem a si mesmos; limitai-vos exclusivamente ao que elles vos dizem, e não tomeis em nenhuma consideração o que por ventura o accusado vos communica para explicação do acontecimento. Imaginai o criminoso como não existente, ou como inteiramente mudo.”

Esta indicação de John não deixa de ter seu merito, mas elle mesmo confessa que ella ainda abre caminho a algumas duvidas. Pelo menos é certo que o conselho final de não ouvir o criminoso não poderia ser seguido nos paizes em que, segundo as leis do processo, o mesmo criminoso não é uma figura inerte, mas um importante meio de descobrir a verdade. (52).

De tudo isto resulta que não é facil a doutrina determinar em termos claros e precisos o que seja este principio de execução, de que falam todos os codigos. E' um ponto em que só a pratica, sómente ella, pôde elucidar nos casos concretos. Segundo o modo commum de dizer, não é uma questão de direito, mas uma questão de facto, que só aos respectivos juizes incumbe decidir.

Entretanto, por mais indeterminada que seja a idéa de um principio de execução d'este ou daquelle crime, ella accentua-se com muito maior clareza do que a frivola *univocidade* que Carrara creou para substituil-a.

Nem pôde haver duvida sobre isto. Quem não sabe se este ou aquelle acto encerra o *principio de execução* de

---

(52) Supponhamos que um individuo descarregue sobre outrem uma cacetada, que o deixa gravemente incommodado nas condições presuppostas pelo art. 205 do nosso codigo. Apreciado em sua objectividade, o facto parece ter ido além da intenção do delinquente; mas eis que este apparece e diz categoricamente: — “não, — eu quiz matar; se não consegui, foi por motivos estranhos á minha vontade”. Não ha ahí uma confissão tão aceitavel a respeito da tentativa, como se fosse sobre qualquer delicto consummado? E' innegavel.

um certo crime, muito menos está no caso de saber, se entre esse acto e o mesmo crime existe *univocidade*.

A substituição de actos *equivocos* e *univocos* por *actos preparatorios* e *princípio de execução* se reduz, em ultima analyse, a uma feia e ridícula tautologia. Tão ridícula talvez, como a de quem manda riscar — *beijo*, e escrever — *osculo*; por quanto aqui é o pedante da moral, que quer falar em termos mais decentes; alli é o pedante da sciencia, que quer falar em termos mais elevados.

E se não, seja-me licito perguntar: que é e em que consiste essa *univocidade*? Quando se pôde dizer que um acto é *univoco* em relação a certo resultado criminoso? A resposta não é duvidosa: sómente quando esse acto encerra um *princípio de execução* do crime projectado. Mas onde está então a novidade de Carrara? Unicamente nas palavras, com a differença porém de serem ainda mais obscuras do que as velhas substituidas.

---

A actividade criminosa, que se designa por tentativa, apparece em seu desenvolvimento dirigido para o resultado que se projectou, como um processo ascencional cujo ponto extremo é o ultimo acto, que pretende attingir esse resultado.

Dahi vem que, conforme a actividade criminosa aproxima-se mais ou menos daquelle ponto extremo, os criminalistas costumam falar de tentativa *proxima* e *remota*, *perfeita* e *imperfeita*, estabelecendo assim divisões e graus quantitativamente diversos da mesma tentativa.

Dá-se tentativa *perfeita* ou *acabada* (*conatus proximus*) que alguns juristas designam por *delictum perfectum*, quando o agente fez de sua parte tudo que na occasião lhe era possível, ou tudo que elle julgou necessario

fazer para executar o crime, mas não obstante deixou de apparecer o resultado exigido para a sua consummação.

A tentativa *imperfeita* ou *inacabada* (*conatus remotus*) dá-se, porém, quando o *principio de execução* é de tal natureza, que entre elle e o delicto consummado ainda se concebem momentos intermedios de maior gravidade objectiva, antes mesmo de alcançar a phase final do crime planejado.

Esta doutrina foi consagrada por alguns codigos, como o de Thuringen e o de Brunswick. A jurisprudencia franceza distingue *les actes internes* (que se subtrahe á qualquer acção do direito penal), *les actes extérieurs simplement préparatoires*, *les actes d'exécution* (tentativa propriamente dita), e *l'exécution elle même, quand elle est suspendue ou manquée*. Este ultimo caso é o do *delit manqué* ou delicto falhado, que vem assim a corresponder, por uma singular inversão das palavras, ao *delictum perfectum*, a tentativa acabada ou *conatus proximus* da velha doutrina.

Releva entretanto notar que nem a dupla divisão do *conatus*, nem a idéia do *delit manqué* foram admittidas pelo nosso codigo. Para elle todo principio de execução do crime, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente, considera-se tentativa, qualquer que seja o resultado obtido, uma vez que não seja igual ao delicto consummado.

Afigurando-nos a acção criminosa em sua plenitude, como um circulo, podemos dizer que os actos preparatorios são tangentes á periphéria, ao passo que os actos de tentativa são segmentos do crime, nada importando o numero de graus que comprehenda o respectivo arco.

As consequencias praticas, que daqui resultam, não se mostram sempre conformes aos rigorosos principios da justiça.

Com effeito: se o legislador criminal brasileiro quiz realmente que o individuo, por exemplo, que atirando contra um seu inimigo com proposito homicida não o attinge em parte alguma do organismo, pois que a bala passa-lhe roçando pela roupa, ou apenas vara-lhe o chapéu; se o legislador, repito, quiz realmente que tal criminoso, *cæteris paribus*, tivesse punição igual á daquelle que, nas mesmas condições, chegasse pelo menos a arrancar uma orelha, ou esphacelar um braço da sua victima, é ponto ainda hoje questionavel, posto que em geral os julgados dos tribunaes estejam pela affirmativa. (53).

Para dar uma intuição mathematica da coisa, supponhamos que o valor juridico do crime consummado seja = 8. Será pois o minimo acto de tentativa = 1, como o seu grau mais elevado = 7, representando os numeros intermediarios 2, 3, 4, 5 e 6 as differenciações quantitativas, que se manifestam na parte criminal executada. E' portanto bem difficil comprehender, como as cifras 1 e 7, ou 2 e 7, ou 2 e 6, ou 3 e 5, etc., etc., podem ter o mesmo valor diante do direito.

Mais tarde, e em lugar que julgo mais adaptado, tratarei de averiguar se effectivamente o codigo encerra, e de um modo irremediavel, similhante anomalia.

Passarei agora a apreciar os ultimos pontos da theoria do *conatus*.

---

A. *O dolo é essencial á tentativa*. Só se concebe o *conatus criminis* em relação a um fim determinado, que o agente teve em vista. Em qualquer acção negligenciosa,

---

(53) Quando apparece alguma divergencia, é só no sentido de qualificarem de tentativa a primeira, e de ferimento a segunda hypothese.

donde resulta um mal objectivo, existe de certo tambem um alvo e uma intenção para elle dirigida, mas o resultado apparecido não repousava nessa intenção, nem havia entrado nos calculos do agente. O mesmo resultado é o pre-supposto ou a condição logica da negligencia.

A consequencia disto é que não ha uma tentativa culposa, nem a tentativa de um crime culposo. Se conforme o schema arithmetico, ha pouco estabelecido, o crime consummado, que é a realização da vontade do delinquente, é igual a 8, a tentativa, que é representada por um dos numeros inferiores, qualquer que seja o quantum de materia criminal realizada, fica sempre aquem, mediata ou immediatamente aquem daquillo que se quiz.

Mas na culpa dá-se o contrario. Ou a vontade se dirija a um alvo criminoso, ou a um alvo simplesmente irregular, o acontecido vai sempre além do querido. A fórmula do crime não é  $a-b$ , isto é, o que se quiz, menos alguma coisa, como no caso da tentativa, porém  $a+b$ , isto é, o que se quiz, mais alguma coisa.

Já se vê que é inconcebivel a tentativa culposa, como não o é menos a tentativa de um crime culposo. Nesta ultima hypothese trata-se de um factio, que se houvesse succedido, teria ultrapassado as raias da vontade: por exemplo, um individuo que limpando uma pistola, não vê que está carregada; de repente a arma dispara e pouco falta que a bala se empregue na cabeça do vizinho. Admittir um *conatus* em similhante caso seria o mesmo que fazer alguém responsavel por ter querido o que não tinha querido; proposição insensata e chocantemente contradictoria.

O dolo é pois essencial á tentativa. Mas isto não diz tudo. Porquanto ha diversas especies de dolo; todas ellas serão cabiveis? Não de certo. Sómente o *dolus determinatus*, *alternativus* e *eventualis* podem caracterisar o co-

*natus*. Quanto ao dolo indeterminado, se por este comprehende-se aquella direcção da vontade, que sem se esclarecer bem sobre o seu alvo, só em geral e vagamente procura realizar a offensa projectada, não póde servir de base á punição da tentativa a mera possibilidade do resultado mais grave. (54).

Esse *dolus indeterminatus* apparece de preferencia nos ferimentos e offensas physicas. Aquí é licito responsabilisar o agente, não obstante o seu indeterminado *animus lædendi*, pelo resultado, que sobrevém, da aggravação da offensa corporea, como no caso do art. 205 do codigo, porém de um tal resultado não se póde construir a tentativa de um homicidio.

---

B. *Applicabilidade do conceito da tentativa a todos os crimes*. Em regra geral a tentativa é applicavel a todos os delictos, até onde a lei e a natureza do crime mesmo não exigem excepções.

As leis costumam distinguir em particular e ameaçar com pena algumas acções, que se apresentam como actos de tentativa. O mais importante caso desta especie é o do art. 68. Estas acções não perdem por isso a sua natureza de facto e uma tentativa dellas não é admissivel.

Nos delictos omissivos propriamente ditos, que só podem ser perpetrados por se deixar de fazer aquillo que a lei ordena, é bem difficil, quando não impossivel, conceber a tentativa, pois que com a omissão já se tem manifestado a desobediencia, cuja punição se tem em vista, e o querer um certo effeito da mesma desobediencia ou o apparecimento desse effeito não é parte elementar do facto criminoso.

---

(54) Vide commentario ao art. 3.



O mesmo não succede com os delictos commissivos, praticados por omissão, como, entre outros, a morte do recém-nascido por não se lhe prestar o necessario soccorro. O *não fazer* constitue nestes casos a offensa de um dever particular de actividade, e póde dar-se no intuito de produzir um certo resultado offensivo do direito. A tentativa do delicto commissivo, omissivamente perpetrado, existe pois, logo que começa a omissão consciente e intencional.

Mas isto não é verdade sómente quando ha da parte do sujeito do crime uma *obligatio ad faciendum*. Todas as vezes que o individuo exime-se de praticar um acto, com o proposito de causar pela sua inacção um phenomeno criminoso, e este realmente se verifica, existe o delicto commissivo por meio de omissão. Se o phenomeno porém não se realiza por circumstancias independentes da vontade do delinquente, a tentativa é ahi tão concebivel, como em qualquer dos outros crimes, onde ella é geralmente admittida.

A idéa do *conatus* não tem cabimento naquelles delictos (*delictos formaes*), que se completam pela acção do agente mesmo, sem que haja mistér de um resultado particular. E' o caso com a calumnia, a injuria verbal, as ameaças, em geral com os crimes que se commettem por meio de extirpações oraes. (55).

Assim tambem, no que diz respeito ao *complot*, a tentativa é inconcebivel. O codigo estabeleceu quatro figuras criminaes do *complot*: — *conspiração, rebellião, sedição e insurreição*. Ponhamos de parte esta ultima, que deixou de ser um delicto, para constituir um direito, e sobre a qual já não é licito ao criminalista brasileiro fazer gasto de palavras, as outras tres fórmulas não comportam

---

(55) Na parte especial, quando tratarmos destes e outros crimes, cuja tentabilidade é contestada, entraremos em mais largas apreciações.

uma phase inicial do *conatus*, pois que, consideradas em si mesmas, ellas não passam de tentativas, que pela propria natureza dos actos projectados, o legislador só podia e devia punir como crimes especiaes.

C. *A tentativa por meios improprios*. A tentativa punivel apresenta-se sempre como principio de execução de um crime determinado. Um principio de execução pre-suppõe conceitualmente uma acção de tal natureza, que por si só, não apparecendo qualquer factor antagonico, seja capaz de levar á consummação do delicto.

Em outros termos: a tentativa punivel só existe, quando a respectiva acção é apropriada a produzir realmente aquelle crime, como tentativa do qual ella deve ser considerada. A razão da impossibilidade de produzir um certo crime pôde ser dupla. Ou o meio, com que o agente quiz levar a effeito, a sua intenção, não era adaptado ao fim querido, ou o objecto, no qual elle pretendeu realizar o acto criminoso, era tal, que tornava impossivel essa realização. Tratemos por ora sómente do meio.

A questão não é ociosa. Já uma vez eu a discuti, podendo vangloriar-me de ter sido o primeiro, que se lembrou de agital-a entre nós. (56).

E posto que já muito se tenha contribuido para a solução do problema, todavia a controversia ainda existe. As duas theorias, que se formaram sobre o assumpto, *objectiva* e *subjectiva*, continuam a se debellar. A theoria objectiva, que faz preponderar o momento exterior, reclama em todo caso a aptitude do meio empregado, para que se possa falar de um começo de execução do crime, ao passo que a subjectiva attende mais para o momento psycholo-

---

(56) *Estudos allemães* — pag. 167 e seguintes da 1.<sup>a</sup> edição. (E' o estudo intitulado *Delictos por omissão*, que se encontra mais adiante n'este livro. (Nota de Sylvio Romero).

gico, julgando irrelevante a consideração dos mesmos meios e instrumentos do delicto.

A theoria subjectiva é inaceitavel, além do mais, porque ella vê-se em fim obrigada a ser inconsequente, como adiante mostrarei. A logica e o direito me parecem estarem do lado da theoria objectiva.

A questão do meio proprio ou improprio só se resolve quando se chega a estabelecer, se com o emprego delle, na hypothese occorrente, a intenção criminosa pôde ou não ser realizada. Se esta realização é possível, o meio é *proprio*; no caso contrario, elle é *improprio*.

Já se vê que isto é questão, que sómente pôde ser elucidada, apreciando todas as circumstancias que acompanham o facto particular de que se trata; donde resulta ser possível o mesmo meio, em um caso, mostrar-se adaptado, em outro porém inadaptado á execução do delicto.

A distincção, pela primeira vez feita por Mittermaier em 1816 e de então para cá reconhecida como exacta, entre meios *absolutamente* improprios e *relativamente* improprios, não conduz a um resultado diverso. Porquanto, de accôrdo com essa distincção, consideram-se meios absolutamente improprios aquellas acções, das quaes nunca pôde sahir, em hypothese nenhuma, o crime delineado, ao passo que se designam como meios relativamente improprios aquellas outras acções, que são em si certamente aptas, mas para o caso presente incapazes de produzir o effeito desejado.

A inaptitude do meio é ahi exclusivamente apreciada com relação ao facto questionado. Se além disto, alguma coisa se examina, é sómente a questão de saber, se em outros casos a impropriedade continúa, ou deixa de existir. Mas é claro que o resultado desse exame não tem a minima influencia modificadora sobre o que ficou estabelecido, quanto á impropriedade para o caso dado.

Um meio improprio, em relação a um facto determinado, póde ser proprio em relação a outros; mas nada importa. No caso de que se trata, falta sempre o principio de execução; a tentativa é impossivel. Uma exigua dóse de veneno, propinada a um adulto, e como tal julgada insufficiente para attingir o alvo final do intuito criminoso, não se presta á construcção de uma tentativa, só porque, se fosse ministrada a uma criança, teria produzido todo o seu effeito.

Da mesma fórmula: um tiro dado com uma espingarda commum na direcção de alguém que se acha a um kilometro de distancia, não póde construir tentativa de homicidio, nem mesmo de ferimentos, sómente pela consideração do que, se a pessoa estivesse mais perto, ou se por ventura a arma fôsse um *chassepot*, provavelmente essa pessoa teria sido attingida.

E' claro por consequente que, quaesquer que sejam os meios applicados, sem distinguir, se absoluta ou relativamente improprios, desde que elles na occasião eram incapazes de causar o mal, que se pretendia, a tentativa desaparece. (57).

Eu disse que a theoria subjectiva vê-se em fim obrigada a ser inconsequente. Não ha duvida sobre isto. Em

---

(57) Confesso que já houve tempo, em que me parecia aceitavel a distincção dos meios absolutos e relativos; hoje porém estou convencido que ella não tem nenhuma importancia. Bem entendido: no que toca á impossibilidade da tentativa, pois que ambos os meios, absoluta e relativamente improprios, produzem o mesmo effeito juridico. Não assim porém pelo lado processual. Tratando-se de uma tentativa absolutamente impossivel, de um envenenamento, por exemplo, apprehendido por meio de uma dóse de *gomma*, o juiz formador da culpa tem competencia para julgar logo dessa impropriedade absoluta, despronunciando o accusado. Mas o mesmo não se póde dar com os meios improprios relativos. Aquí a questão é toda de facto, e como tal deve ser exclusivamente decidida pelos respectivos juizes.

geral os mais decididos subjectivistas acabam sempre por fazer concessões á doutrina contraria, que são outros tantos desmentidos á propria theoria.

Assim, por exemplo, Schwarz, que combate a pé firme a influencia da impropriedade dos meios, não duvida admittir a impunidade da tentativa, quando esta consiste em acções, a que se attribue por *superstição* um effeito sobrenatural, allegando que em tal hypothese a acção é inefficaz, no estado mesmo em que ella se representa ao espirito do agente e repousa na sua intenção; que sómente ahi se póde falar de um *dolus facto contrarius*, ou de um *factum dolo contrarium*.

Não descubro a linha differencial que o illustre criminalista allemão julgou assim ter traçado entre essas e as outras acções improprias. A disposição psychologica, a attitude moral do individuo, que por erro, *exempli gratia*, ministra assucar, em vez de arsenico, é identica, perfeitamente identica á daquelle que por superstição fornece a outrem uma substancia inoffensiva, crendo ser uma substancia mortifera. (58).

Se alli o agente só tem a idéa do veneno, que vai produzir o effeito por elle desejado, o mesmo succede aqui, onde o supersticioso só cogita da malefencia da substancia empregada, ainda que esta seja innocente, como um copo de leite, ou um calix de vinho, mas leite ou vinho *benzido* por um feiticeiro e transformado de repente, segundo a crença do simplorio, no mais terrivel dos toxicos.

Dir-se-ha que aqui se trata de um caso de ignorancia, alli porém de um caso de erro. Sim, senhor; mas que im-

---

(58) Se o *error facti*, pelo qual emprega-se *arsenico por assucar*, tem força de extinguir a criminalidade, por que razão o *error facti* pelo qual emprega-se *assucar por arsenico*, não seria capaz de arredar a idéa da tentativa?

porta? Por ventura a ignorancia goza, perante o direito, de algum privilegio, que ao erro não é concedido? Ninguém o conhece. Já se vê que neste ponto é innegavel o illogismo da theoria subjectiva.

Esta questão da impropriedade dos meios em materia de tentativa abriu caminho a outra hypothese, que não só tem preocupado os criminalistas, como tambem achado em mais de um codigo a sua consagração legal. E' a hypothese do *crime preparado por meios proprios, mas tentado por improprios*.

Segundo o testemunho de Pessina, a questão foi resolvida na Italia pelo codigo sardo de 1859, art. 536, que considerou o facto como um crime *sui generis*, no caso de tentativa de homicidio. Mas o decreto de 17 de fevereiro de 1861, aboliu esse artigo para as provincias meridionaes. (59).

Entretanto, haveria erro em suppor que semelhante doutrina recebeu então pela primeira vez a consagração da lei. Já o codigo de Thüringen (1850) art. 23 n.º 4, tinha sujeitado o mesmo facto á disciplina juridica, não o punindo de certo como um delicto *sui generis*, mas como uma das fórmãs do *conatus*; praticando porém a theoria subjectiva, de exceptuar em qualquer hypothese os crimes tentados por meios supersticiosos; ponto este em que elle associou-se ao codigo do Hannover (1840), art. 34, ao de Hessen (1842), art. 67, e ao de Nassau (1849), art. 63, todos os quaes encerram disposição identica.

Mas isto não altera o meu modo de vêr. Quer como lei, quer como julgado, quer como doutrina, a idéa de uma tentativa, nas condições presuppostas pelo mencionado codigo, é de todo inaceitavel. E nem mesmo como um crime especial pôde ser considerado o facto em questão.

---

(59) *Elementi di diritto penale* — I — pag. 254 e 255.

A tal respeito disse bem Pessina que a regra geral é a impunidade dos actos preparatorios; e não ha razão alguma que possa justificar a excepção, quando os meios sufficientes foram sómente preparados... O impedimento fortuito, que torna punivel o *conatus*, deve dar-se entre a execução começada e a *consummatio delicti*, mas nunca preceder a execução mesma. (60).

Sobrevem-me aqui uma ponderação, que me parece importante. O código penal da Allemanha (*Reichsstrafgesetzbuch*), de 1871, que absorveu e assimilou, por assim dizer, no que tinham de melhor, os códigos particulares dos diversos Estados allemães, deixou inteiramente despercebida a questão que nos occupa.

Tratando da tentativa, (art. 43), elle limitou-se a determinar o seu conceito, de accôrdo com os principios correntes, que são os mesmos até aqui expostos; mas nada estabeleceu sobre o ponto questionado. Por que razão? Será crível que os legisladores e juristas, autores desse código, um dos mais perfectos, até por ser um dos mais modernos, tivessem achado a coisa tão simples, tão evidente por si mesma, que se julgassem dispensados de dar-lhe o cunho legal?

---

(60) *Elementi*, etc. — pags. 225 e 256. A esta sabia opinião de Pessina opõe-se de certo modo a opinião de Carrara, que vale a pena aqui referir e confrontar. O professor de Pisa, acreditando na força magica das palavras *equivocidade e univocidade*, com que pretendeu resolver diversas questões da tentativa, chegou a querer justificar um arresto, pelo qual fôra condemnado um pai, que tentou matar seu filho, servindo-se de uma arma descarregada, que entretanto elle havia anteriormente preparado para executar essa morte mesma.

Eis o que diz o celebre discípulo de Carmignani: “A tentativa punivel não consistia no facto de apertar o gatilho de uma arma absolutamente incapaz de offender; ella consistia no facto precedente de *tê-la carregado!*...” Mas isto é serio? O facto de haver carregado uma arma — constituindo tentativa

Certamente, não. O silencio que guardaram sobre o assumpto, só revela que para elles não havia controversia. Os termos, em que o referido artigo explana a idéa da tentativa, excluem qualquer possibilidade de ser ella punida, como *tal*, ou como *qual*, ainda não se verificando, pela impropriedade dos meios, um principio de execução do crime.

Este principio de execução, que o nosso codigo tambem exige como parte elementar do *conatus*, torna igualmente impossivel entre nós a tentativa por meios improprios.

---

D. *A tentativa em objecto improprio*. As razões, que vigoram a respeito dos meios, são as mesmas a vigorar a respeito do objecto do delicto. A theoria subjectiva não leva a sua incoherencia a ponto de admittir aqui o que allí rejeita. Ella sustenta pois que a disposição do objecto nada influe sobre a tentativa, mas os seus argumentos ainda se mostram, se é possivel, mais fracos e desarrazoados.

Dest'arte Schwarz, o campeão dos subjectivistas, insiste com tanto empenho na defeza da sua doutrina, que

---

punivel!?!... O professor Carrara, apreciado bem de perto, produz as vezes a impressão de uma especie de archimimo do direito criminal.

Porém vejamos as razões, que são soberbas: "Este acto (o de *ter carregado*), posto que proprio para o fim proposto, teria sido puramente preparatorio, *porque é equívoco*..." Este *porque* é estupendamente bestial; poder-se-hia dizer com igual razão que é *equívoco*, por que é *preparatorio*; e nada se resolvia com isto. Adiante: "o acto seguinte, bem que improprio para esse fim, deu ao primeiro a *univocidade* (milagrosa *univocidade!*) e tornou punivel como tentativa". (*Programma* — pag. 192 — nota)...

O leitor está vendo: é uma serie de paralogismos e contradicções, que entretanto ficam escondidos na sombra do *equívoco* e do *univoco*, termos adrede forjados para deslumbrar e embair.



vai mesmo além dos limites do erro, chega até ao desatino.

Assim diz elle: “Segundo a theoria objectiva, aquelle que, na sombra da noite, atira n'uma arvore, pensando atirar n'um homem, passa impune; mas aquelle, cujo tiro não acerta o alvo, em consequencia de um máo manejo da arma, ou mesmo de um movimento casual do individuo, contra quem era dirigido, é punido como tentador...”

Estamos de accôrdo. Mas onde está a contradicção, que Schwarz crê descobrir neste factó? A ser assim, poderia até exigir dos adversarios que não admittissem tentativa em caso algum, pois que em ultima analyse qualquer principio de execução de um crime, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do agente, deixou de tel-o em virtude de uma outra inaptitude momentanea e casual, quer no objecto, quer nos meios do delicto. Mas a isto ninguem ainda chegou.

Outro despropósito. “Se o agente crê, diz o nosso autor, praticar um acto criminoso, mas a sua fé repousa sobre uma falsa vista juridica, não existe acção punivel, trata-se ahí de um *erro de direito*; por exemplo: A concumbe com B, sua parenta em grau tal, que exclue o *incesto* (onde este por si só constitue crime), porém A tem o contrario por uma determinação legal. Já não é assim entretanto no caso de A concumbir com B e consideral-a erroneamente mulher de C; aqui existe tentativa de adulterio...”

Não, senhor; mil vezes não. Tentativa de adulterio... como? Tentativa de adulterio... por que? Tanto valera dizer que A dando um beijo no retrato de B, pratica uma injuria, pela qual póde ser criminalmente accusado por C. São dislates do mesmo genero.

Fique portanto assentado que a impropriedade do objecto, não menos que a dos meios, impossibilita o *conatus*.

Assim não ha tentativa de furto, se alguém penetra em um celeiro, para furtar milho ou feijão, ao passo que o celeiro está vasio. Não ha tentativa de furto, se alguém subtrae uma coisa, que não sabe já lhe pertencer por herança. Não ha tentativa de furto, se alguém leva consigo uma *res nullius*, que julga ser alheia. Não é possível uma tentativa de aborto, onde não ha gravidez. Não ha tentativa de homicidio, desfechando-se um tiro para dentro de uma alcova deserta. Não ha tentativa de bigamia, se o pretendido bigamo considerou falsamente como legitimo casamento a primeira alliança, contra a qual a offensa foi dirigida.

O crime inexequivel, ou pelo objecto ou pelos meios, póde justificar medidas policiaes. Mas desde que o legislador exige um principio de execução elle exprime com esta exigência a impunidade dos crimes irrealisaveis. Qualquer principio de execução é uma parte delle; desde que não é possível a execução do todo, impossível tambem é a execução da parte.

Um velho criminalista italiano, Albertus Gandinus, que floresceu no seculo XV, apreciando a posição jurídica do criminoso, estabeleceu as quatro seguintes figuras: 1.<sup>a</sup>, *qui cogitat et agit et perficit*; 2.<sup>a</sup>, *qui cogitat nec agit nec perficit*; 3.<sup>a</sup>, *qui cogitat et agit, sed non perficit*; 4.<sup>a</sup>, *qui agit et perficit, sed non cogitat*.

Isto é um prodigio de simplificação e de clareza. A primeira figura é o *crime consummado*; a segunda a *acção interior*, que só pertence ao fôro da consciencia; a terceira é a *tentativa*; a quarta finalmente o *crime culposo*, crime sem dolo.

Ora, a este *crime sem dolo* oppõe-se, como antithese, o conceito do *dolo sem crime*, que fórma a segunda figura. Quando se diz que a *acção interior* só pertence ao fôro da

consciencia, não se quer com isso significar que ella deixe de poder manifestar-se de qualquer modo. E' uma revelação de malvadeza, que á moral e á religião incumbe aquilatar, com a qual porém o direito propriamente nada tem que vêr .

O individuo, por exemplo, que dá uma punhalada n'um cadaver, pensando ser esta ou aquella pessoa viva, não faz mais do que tornar patente a sua cogitação criminosa. Mas... *cogitationis pœnam nemo patitur*. E tal é o verdadeiro sentido deste velho apophthegma juridico, pois que seria uma tollice por excesso de verdade dizer que o pensamento, emquanto guardado no intimo, não pôde ser punido. Já se vê que só se trata da cogitação revelada, uma vez que essa revelação não contenha, em grau nenhum, offensa a quem quer que seja.

O individuo da nossa hypothese está de perfeito accordo com a figura: *qui cogitat nec agit nec perficit*. Cravar o punhal no peito de um cadaver, suppondo craval-o no peito de um homem que dorme, não é agir homicidamente; é apenas manifestar, por um acto exterior, um intuito de homicidio, sem que porém esse acto exterior seja ligado a qualquer principio de execução.

---

E. *A desistencia voluntaria e livre da tentativa e o arredamento do resultado complementar do crime pela propria actividade do criminoso*. Estas palavras envolvem uma questão importante: a de saber, se o não proseguimento no crime começado, se o recuar da tentativa determina a sua impunidade.

Os glossadores e juristas italianos sustentaram essa impunidade, no caso da livre desistencia (*qui noluit perficere*) Na doutrina e legislação do seculo passado e do

começo do presente seculo, o recuar da tentativa foi tratado sómente como circumstancia attenuante, até que a theoria moderna, em geral considerou-o de novo como razão dirimente da penalidade.

Sobre qual seja o motivo deste favor concedido ao abandono da continuação do *conatus*, os penalistas não estão de accôrdo. Uns querem que elle seja de perfeito character juridico, ao passo que outros o julgam de natureza politica, e ainda outros, de natureza puramente equitativa

Dest'arte diz Schütze: "Se o direito penal positivo, depois de muitas vacillações, estabelece enfim o principio de que a livre desistencia da prosecução do delicto começado, *respective* o livre obstar do effeito, depois de encerrada a acção criminosa, que visava produzi-lo, deve tornar impune a tentativa já realizada, isto não tem fundamento juridico, nem mesmo o fundamento politico-penal, que costumam allegar, mas repousa unicamente sobre a equidade, a qual, em lugar do recurso extraordinario de *graça*, admite um motivo ordinario de arredar a applicação da pena." (61).

Não concordo com a opinião de Schütze, como tambem não aceito o fundamento politico-criminal, em que se pretende firmar a impunidade da desistencia da tentativa.

Posto me pareça plausivel a doutrina de Julio Froebel, para quem não existe uma ordem politica distincta da ordem juridica, mas ao contrario o direito deve ser subordinado aos alvos da politica mesma (62), todavia, pelo menos emquanto essa theoria não se impuzer aos espiritos como unica verdadeira, quero crêr que poder-se-ha falar

---

(61) *Lehrbuch* — pags. 140 e 141.

(62) *Gesichtspunkte und Aufgaben der Politik* — pag. 344.

de razões politico-criminaes, explicando leis e doutrinas, que não se deixam explicar por motivos estrictamente juridicos.

Mas essas razões não têm cabimento no caso em questão, que ainda menos admite a base da equidade. O fundamento juridico é mais que muito sufficiente. A impunidade do *conatus* retrotrahido é logicamente deductivel dos proprios termos, nos quaes em geral a legislação e a doutrina dão a fórmula do seu conceito. Para chegar a esse resultado não ha mistér de uma nova *glossa*, que tire do texto da lei o que elle não encerra.

Schütze ainda se engana, quando em nota ás palavras citadas, depois de referir que já a maioria dos praticos italianos não admittia a punição da tentativa abandonada, menciona o *Strafgesetzbuch* da Prussia, ao lado do *Code pénal*, como um dos codigos modernos, que a querem vêr punida.

Isto é inexacto. O codigo prussiano, art. 31, contém uma disposição analogá á do nosso e delle se deduz tão naturalmente, como deste ultimo, a idéa da tentativa, que se torna impune pela desistencia.

O *Code pénal* mesmo não repelle esta doutrina. As palavras... "si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par circonstances indépendantes de la volonté de son auteur" dão claramente a entender que, verificando-se essas duas hypotheses, mediante a vontade do agente, a tentativa deixa de existir.

Assim não foi a propria disposição do *Code*, mas a jurisprudencia e os commentadores francezes que excluiram a idéa do retrocedimento do *conatus*.

O codigo brasileiro, que teve o *Code* por principal modelo, admittiu a mesma doutrina, posto que, como antes já fiz notar, não differenciasse as duas fórmulas especiaes da tentativa, a da *suspensão* da actividade crimi-

nosa e a da *inefficacia* do crime começado, mas reunisse ambas na synthese da expressão *que não teve effeito*, adicionando-lhe então o momento característico das *circumstancias independentes*, etc.

Ora, se o que assignala o *conatus* como tal, é o começo de execução de um crime, que não poude ser consummado, mau grado o criminoso, é indubitavel que, interpondo-se como obstaculo da continuação e conclusão do mesmo crime a propria vontade do delinquente, a tentativa desapparece.

O que em geral difficulta a comprehensão deste modo de ver, é o erro em que muitos laboram, concebendo a tentativa, não como um todo complexo, que abrange em si uma serie de actos possiveis para a consummação de um delicto, que todavia não se consumma, porém como alguma coisa de concreto e limitado, que se esgota logo com o primeiro acto frustrado.

E' um erro altamente condemnavel. O *principio de execução*, necessario á construcção legal da tentativa, póde dar-se por meio de um acto, ou de muitos actos; por meio de um quando, praticado este, interpõe-se logo a causa estranha e antagonica, que prohibe levar avante o delicto projectado; por meio de muitos, quando e em quanto essa causa não apparece; pois que o ambito da tentativa se estende até ao ponto, em que começa a impossibilidade da parte do delinquente de ajustar o *facto* com a *vontade*, de igualar o *acontecido* ao *querido*.

Todas as vezes, por conseguinte, que essa impossibilidade ainda não tem começado, e todavia o delinquente exime-se de proseguir, o *conatus* está desfigurado; póde haver outro crime, nunca porém o de tentativa.

Para chegar a este resultado, não é preciso que a lei expressamente o declare. Uma declaração especial sobre tal ponto não faz mais do que substituir o conhecimento

mediato, adquirido por meio de logica, pelo conhecimento immediato da simples leitura da mesma lei.

E' a differença que existe entre o nosso codigo, o *Code pénal* (art. 2), o codigo da Prussia (art. 31), o de Lübeck (art. 29), o da Baviera (art. 47), o de Thüringen (art. 23 ns. 1 e 2), e o *Strafgesetzbuch* do imperio allemão, no qual se acham positivamente estabelecidos, art. 46, os dois casos da livre desistencia da tentativa e do afastamento do resultado complementar do crime pela propria actividade do criminoso.

Vale a pena repetir o texto desse artigo. Diz elle: "A tentativa como tal fica impune, se o agente: 1.º, abandonou a execução da acção intentada, sem que fosse obstado em tal execução por circumstancias independentes da sua vontade; ou 2.º, se em tempo em que a acção ainda não tinha sido descoberta, elle arredou de motu proprio o effeito preciso para completar o crime ou delicto."

A disposição do art. 43, que determina o conceito da tentativa, é a seguinte: "Aquelle que affirmou a deliberação de praticar um crime ou delicto por meio de acções, que encerram um principio de execução deste mesmo crime ou delicto, se elle não chegou a consummar-se, é punivel por causa da tentativa."

Aqui ha alguma coisa a apreciar. O que sobretudo dá nas vistas é o facto de não ter o *Strafgesetzbuch* allemão incluído na idéa do *conatus*, como fizeram todos os outros codigos, a *interrupção* da actividade criminosa por circumstancias alheias á vontade do agente.

Isto seria um defeito, semelhante ao que notei na definição de Carrara, se o art. 47 não viesse supprir a falta. O legislador tedesco não julgou dispensavel o momento da interrupção, limitou-se apenas a dar-lhe uma diversa posição juridica.

Assim, conforme os outros codigos, para que se fale de tentativa, é mister que a acção criminosa não chegue ao seu termo por circumstancias superiores á vontade do réo; consequentemente e *a contrario sensu*, se o effeito não se deu pelo proprio querer do delinquente, deixa de haver tentativa.

De accôrdo porém com o *Reichsstrafgesetzbuch* para que não haja tentativa punivel é preciso que o agente desista da execução intentada, sem ser obstado nessa mesma execução por circumstancias independentes da sua vontade; pôr consequinte e *a contrario sensu* tambem, se a desistencia se opéra em virtude de taes circumstancias, permanece a tentativa. Não soffre pois duvida alguma que são duas expressões da mesma idéa, duas fórmulas do mesmo principio.

Os commentadores do codigo penal da Allemanha, quando tratam do art. 46, costumam fazer uma distincção essencial entre as hypotheses ahi figuradas, isto é, entre o caso da desistencia propriamente dita (*Ruecktritt*) e o caso do arrependimento (*Thaetige Reue*). O primeiro presuppõe a chamada tentativa imperfeita (*conatus imperfectus*), na qual é possivel o retrocedimento voluntario da actividade criminosa iniciada; o segundo porém se refere á tentativa perfeita, á tentativa acabada (*conatus perfectus, conatus proximus*), onde o retroceder é inconcebivel, pois que em tal caso, quer o delinquente tenha esgotado tudo que na sua opinião era necessario para consummar o delicto, segundo a doutrina consagrada pelo codigo de Saxonia, quer tudo mesmo que *in abstracto* exige a propria natureza de crime, segundo os codigos de Thüringen e Brunswick, a verdade é que não ha possibilidade de uma supressão do *acontecido* pela desistencia voluntaria do agente. *Quod factum est, infectum fueri nequit.*



Mas não vejo motivo para essa distincção. A questão é mais pratica do que theorica. Desde que, ou se trate do simples recuar da execução intentada, ou do arredamento do effeito final do delicto, incompletamente executado, a impunidade é a mesma, não vejo interesse algum em buscar com tanto empenho extremar um caso do outro.

O que porém aqui mais nos importa, é indagar e saber, se o disposto no art. 46 do codigo penal da Allemanha, que como lei nos é inteiramente estranho, pôde entretanto valer como doutrina scientifica, que deva ser admitida nos paizes de menor cultura juridica, onde a questão agora é que começa a ser agitada.

A sciencia do direito criminal não está sujeita, como as respectivas leis, ao principio da *territorialidade*. A sciencia, qualquer que ella seja, tem um character universal e humano.

Se depois de longo desenvolvimento, uma das mais serias questões da theoria do *conatus* teve enfim solução legal no codigo do povo mais culto da actualidade, seria uma exquiritice ridicula, um desproposito inqualificavel, rejeitar a boa doutrina sob pretexto de ser bebida em uma lei estrangeira.

Por toda a parte, na esphera do direito, a lei é a doutrina assentada, como a doutrina é a lei que se vai assentando; a lei é a doutrina *fixa*, como a doutrina é a lei, por assim dizer, em estado de fluidez. Não ha pois razão plausivel para não aceitar de uma, o que aliás se recebe da outra. Os criminalistas theoreticos não são mais dignos de respeito do que os legisladores.

E' certo que a impunidade da tentativa, nos mesmos casos indicados pelo codigo allemão, resalta logicamente da letra do nosso codigo; mas ali o mais importante não é a rigorosa exactidão da consequencia; o melhor está em que essa deducção logica tem a vantagem pratica de pôr

o mesmo código em harmonia com o *Reichsstrafgesetzbuch*, que é uma das mais completas codificações penaes dos novos tempos.

O código brasileiro, bem como o allemão, não admite graus na tentativa; mas a analyse scientifica póde distinguir tres momentos diversos da actividade criminosa, como tal designada. O primeiro é o da tentativa *simples*, por exemplo: A desfecha contra B um tiro, que apenas queima-lhe a roupa. O segundo é o da tentativa *qualificada*: B recebeu um ferimento, que póde ser mais ou menos grave, comtanto que não seja mortal. O terceiro emfim é o da tentativa *perfeita*: B ficou mortalmente ferido; sendo abandonado ao causalismo da natureza, só difficil e excepcionalmente escapará da morte.

Em todos estes momentos é possível o recuar do agente com o effeito juridico da impunidade. No primeiro e no segundo caso, tentativa *simples e qualificada*, se A porventura, tendo ainda B ao alcance de seu revolver, e podendo corrigir com outra bala o erro da primeira, todavia deixa de proseguir, por um livre movimento do seu espirito, o *conatus* está nullificado. Ha sómente a differença de que, na hypothese do ferimento, não é de certo punida a tentativa de homicidio, mas pune-se a offensa physica realizada.

No terceiro caso porém, no qual a attitude do criminoso deve ser, não simplesmente negativa, limitando-se a abandonar a execução começada, mas positiva, no sentido de impedir que se verifique o resultado final indispensavel para a consummação e qualificação do delicto, a tentativa tambem fica neutralizada, e resta sómente o crime de ferimentos graves, se realmente a morte não sobreveio.

Mas é preciso que essa attitude positiva do delinquente seja tomada a tempo, em que a acção criminosa ainda não

tenha sido descoberta. Ao contrario não poder-se-ha falar de um livre arrependimento.

Aqui apresenta-se a questão dos *motivos*. Alguns criminalistas são de parecer que o motivo da abstenção do criminoso, em qualquer dos momentos da tentativa, não tem influencia sobre ella. Mas eu discordo deste modo de vêr; e noto mesmo uma certa contradicção naquelles que, assim opinando, não deixam todavia de apoiar, como perfeitamente justa e conforme com a melhor doutrina, a exigencia do codigo allemão de que o arrependimento se dê, antes do crime ser descoberto.

A razão de tal exigencia não pôde ser outra senão a consideração do motivo. A descoberta do facto criminoso lança naturalmente no espirito do seu autor, a quem convinha occultal-o, o receio da acção penal. Se na psychologia do crime o medo é sentimento capaz de tirar a liberdade de acção, e como tal extinguir a responsabilidade, não é muito que tambem tenha força para tornar improficua a abstenção determinada por elle.

E' requisito indispensavel que a desistencia e o arrependimento não sejam occasionados por circumstancias externas; por conseguinte, todo e qualquer facto, em que o agente tenha visto um obstaculo á continuação de sua actividade, e por meio do qual se tenha abtido de ir até ao fim, deve excluir a hypothese do livre retrocedimento, ainda quando a idéa do mesmo agente em relação a essa circumstancia seja de todo erronea, ou difficilmente comprehensivel para outros; basta que elle se haja subordinado a um real ou pretendido constrangimento.

Deste modo, se o autor acreditou por erro que as suas forças ou a sua habilidade não eram sufficientes para arredar o obstaculo ou mesmo para concluir a acção projectada, não existe a desistencia voluntaria. O pretenso *não poder* não é equiparavel ao *não querer*.

Em geral os motivos, que não são livres, que não se prendem á autonomia da vontade, são outras tantas *circumstancias externas*, que tiram o valor juridico da abstenção e do arrependimento. Assim o medo, considerado em si mesmo, é um facto interno; mas não ha medo senão de alguma coisa, que está ou se suppõe fóra de nós a cima do nosso querer.

O epileptico, por exemplo, que tentando praticar um estupro, sente approximar-se o accesso da molestia, e amedrontado abandona a sua empreza, não é a isto levado por um motivo voluntario, mas por uma circumstancia exterior, qual é em relação ao individuo o *accommettimento* de uma doença, que elle não póde evitar.

Em condições analogas se acha aquelle, que é sorprendido por um terceiro no acto de delinquir. A interrupção da actividade criminosa não annulla a tentativa. Mas aqui costumam os penalistas fazer uma distincção, que me parece aceitavel; e é que, se o terceiro sorprendente, por si só, no caso do delinquente insistir, fosse capaz de obstar a realização do crime, o recuar do agente não teria merito juridico. Não assim porém na *hypothese* contraria; de modo que, se um ladrão se abstem de proseguir no furto, collocando immediatamente em seu lugar o objecto alheio, que acabara de subtrahir, pela unica razão de ter sido visto por um menino, o retrocedimento é livre e efficaz.

A prova da abstenção voluntaria não se póde sujeitar a regras abstractas. Em muitos casos, será mister dal-as a conhecer por meio de uma acção determinada, ao passo que em outros, bastará o simples facto da desistencia mesma. Nos delictos omissivos será precisa, as mais das vezes, uma actividade positiva, que vá de encontro á intenção até ahi manifestada.

O arrependimento propriamente dito (*thaetige Reue* dos allemães) exige sempre um acto positivo, praticado só no intuito de afastar o resultado final, que deixou de ser logo attingido. A actividade de outra pessoa não aproveita ao criminoso. Mas o mesmo não se diz da cooperação de terceiro.

O crime consummado não pôde ser abolido; o momento que o completa e caracteriza, uma vez realizado, não pôde mais deixar de existir; mas pôde dar-se uma neutralização desse momento e prevenir-se o damno ulterior. E' assim que o ladrão restitue ou substitue a coisa furtada, e o perjuro se retracta do que falsamente depoz. Haverá tambem nestes casos o arrependimento *activo*, de que acabamos de falar? E' ponto que melhor será elucidado no commentario aos artigos que tratam do furto e do perjurio.

F. *Consummação. Imputação do resultado.* A antithese do crime *tentado* e *consummado* faz surgir naturalmente a questão de saber, até onde é imputavel a consequencia de um acto criminoso. Alguns codigos encerram disposições particulares sobre essa imputação, no que diz respeito ao homicidio, com allusão á theoria, outr'ora muito debatida, da lethalidade absoluta e relativa das feridas.

Mas o nosso é escasso nesse sentido. Além do art. 194, que presuppõe o caso da morte resultante de um ferimento não mortal, por desleixo do proprio offendido, que deste modo interrompe o *nexo de causalidade* entre o criminoso e o resultado do seu crime, e faz descer a medida da pena, em virtude do chamado principio da *compensação da culpa*, além dessa disposição, não existe outra sobre o assumpto.

Entretanto, a questão é de algum valor. Esse mesmo escasso artigo do codigo abre caminho á disputa. Realmente, pôde-se perguntar: o ferimento, de que ahí se trata, é o ferimento como tal, a *violatio corporis*, o cri-

*men læsæ sanitatis*, em qualquer das fórmulas estatuidas nos arts. 201 a 205, ou é tambem o ferimento que caracteriza a tentativa *qualificada*? E nesta ultima hypothese, dá-se concurso real de tentativa e crime consummado, ou a culpa do offendido chega até a extinguir o *conatus* e deixar sómente a responsabilidade do effeito sobrevindo?

São questões, que adiante serão devidamente explanadas, bem como tudo o mais que se refere á *imputação do resultado*, sobretudo na parte da *biothanatologia* e *traumatologia criminal*, por ser justamente nos crimes de homicidio e ferimento que taes questões apparecem com mais frequencia.

No final do § 2.º o código declara impunevel “a tentativa do crime, ao qual não esteja imposta maior pena que a de dois mezes de prisão simples, ou desterro para fóra da comarca.”

E’ uma disposição facilmente justificavel. Limitar a punição da tentativa a acções criminosas de uma certa importancia repousa sobre o principio — *minima non curat prætor*. Se a tarifa da pena é o gradimetro do valor dos bens sociaes, um crime que se pune com dois ou menos mezes de prisão, sómente por isto indica não ter violado um direito de alta monta; e se o crime consummado já é tão pouco importante, como não sel-a-ha a sua tentativa?

Segundo a opinião de Kræwel, dá-se conta de uma velha idéa juridica allemã, pela qual não é só a intenção manifestada, mas tambem e sobretudo o mau resultado do acto criminoso, que termina a applicação da pena, quando não se pune toda e qualquer tentativa, porém sómente a daquelles crimes, que têm uma certa consequencia malefica.

De accôrdo com a theoria subjectiva, que attende principal e quasi exclusivamente para o lado interior, para a *alma do delicto*, e como tal quer ver punida toda especie

de *conatus*, indifferente, se em objecto e com meios proprios ou improprios, a disposição do código seria censuravel.

Mas o nosso legislador não era subjectivista. Impondo penas ao commettimento do crime, não tomou sómente em consideração a sua face interna, mas tambem, e podemos dizer ainda em maior escala, a sua face exterior. Era justo por conseguinte que, onde e á medida que esta diminuisse de significação, decrescesse tambem a penalidade.

Foi o que se deu com a tentativa dos crimes indicados na ultima parte do § 2.º. Taes crimes, por si sós, bem pouco significam, desde que tão pequenino e quasi nullo é o reactivo penal que se lhes applica. A punição da sua tentativa seria pois cair n'uma feia inconsequencia pratica, por excessivo rigor theorico. (63).

Além disto, é digno de nota que os delictos especificados no código, aos quaes foi imposta pena não maior que a de dois mezes de prisão, ou são de tão exiguo valor objectivo como, por exemplo, o crime indicado pelo art. 276, que não havia razão de punir o respectivo *conatus*, ou excluem por sua natureza a possibilidade de ser tratados, como os factos de que tratam os arts. 282 e 285. (64).

---

(63) A questão que aqui se pôde suscitar, sobre ser ou não ser punivel a cumplicidade desses crimes, visto como a cumplicidade tem a mesma pena de tentativa, será mais tarde apreciada.

(64) Aproveito a occasião para prevenir um *malentendu*. Eu disse em uma das paginas anteriores que o código estabeleceu quatro figuras criminaes do *complot*, conspiração, rebellião, sedição e insurreição. Bem pôde parecer á primeira vista que a *sociedade secreta* e o *ajuntamento illicito*, deviam entrar na mesma categoria; mas é um erro. Em tempo oppor-

Já se vê que o legislador mostrou-se de uma louvável coherencia, desprezando como coisa minima a punição dos delictos de tal indole. (65).

---

tuno mostrarei, como a esses crimes faltam completamente os presupostos juridicos do *complot*. Devo observar que quanto ao *ajuntamento illicito*, refiro-me á pena imposta pelo codigo e não á que lhe impoz a lei de 6 de junho de 1831.

(65) Finda aqui o manuscrito. (Nota de Sylvio Romero).





### III

#### Delictos por omissão

##### I

O código criminal brasileiro, estatuinto como crime (art. 2 § 1) “toda acção ou omissão voluntaria, contrarias ás leis penaes” parece ter presupposto duas unicas categorias de factos criminosos, sujeitos ao seu dominio: a dos delictos *commissivos*, os quaes consistem na pratica de um acto, que a lei tem prohibido, e a dos delictos *omissivos*, consistentes, pelo contrario, em deixar de fazer uma coisa, que a lei tem preceituado. Destas duas ordens de factos é a primeira que occupa mais largo espaço no terreno dos casos previstos pela legislação penal. As disposições do código são em sua maioria disposições prohibitivas. Das tres especies ou classes precipuas de crimes — *publicos, particulares e policiaes*, em que elle dividiu o conceito geral do delicto, é a classe dos crimes publicos, a que ainda deixa ver não raras hypotheses de caracter preceptivo; o que aliás se explica pela natureza do sujeito desses delictos, o qual é, em regra, um orgão da autoridade publica, um empregado ou funcionario, a quem a lei indica de ante mão certas normas do proceder, que elle não pôde impunemente postergar. Nas outras classes, porém, e em relação ao cidadão, unicamente como tal, além

dos preceitos legais dos arts. 188, 260, 295, 303, 304 e 307, julgamos não existirem mais disposições, que correspondam perfeitamente ao verdadeiro conceito do delicto omissivo.

Como se vê, os delictos omissivos se caracterizam pela postergação de um mandamento da lei, cuja omissão é ameaçada com penas. O facto esgota-se e completa-se com a mesma omissão, sem se attender aos resultados do não cumprimento punido. Estes podem sómente ser levados em consideração nas gradações da penalidade. Pelo dolo ou a má fé, é aqui tomada a consciencia, que tem o agente, de existirem as presupposições, sob as quaes a ordem legal deve ser cumprida. Os motivos de escusa, as razões justificativas do delicto são neste caso as mesmas que nos outros crimes. Nada obsta, por exemplo, que o delinquente, por força ou medo irresistiveis, tenha sido constringido á inacção, a não cumprir o dever prescripto; como podem ainda outras circumstancias, superiores á vontade do agente, impedil-o de obedecer á norma da lei.

Tudo isto é claro e liquido; e mal se comprehende que se possa, a tal respeito, suscitar a menor duvida. Mas o assumpto muda de figura. Além dos delictos *commisivos* e *omissivos*, segundo a divisão *commum*, que acabámos de apreciar, e que é sem contestação, a doutrina scientifica admite outra ordem de factos puniveis, a saber, a dos delictos *commisivos*, que entretanto se commettem por meio de *omissão*.

O caso é bem diverso; e a questão, que de facto é uma, consiste em elucidar até que ponto, quando uma acção, segundo o seu conteúdo positivo, é designada pela lei como crime, e comminada com a sancção penal, é possível dar-se por um *deixar de fazer* a responsabilidade de qualquer individuo, como autor, co-autor, ou cumplice de tal delicto.

Não é de certo uma questão ociosa. "Um dos mais graves problemas do direito criminal, diz L. von Bar, é sem duvida a indagação de como alguém, em virtude da sua inacção, pôde tornar-se causa de um successo positivo e determinado." (66). A par deste, novissimos outros criminalistas allemães têm dado entrada no quadro de seus estudos e pesquisas á questão que nos occupa. Mas a crêr-se no que diz um delles, Oscar Schwarz, todos têm-na discutido no sentido unico de saber, até que gráu alguém pôde ser *participante* do crime alheio, por meio de omissão, e sob este ponto de vista, tomado particularmente em linha de conta o caso do *intencional* ou *negligencioso* no impedimento de um crime perpetrado por outrem, ao passo que, a seu vêr, o problema apresenta uma face mais geral e tem maior significação. (67).

Não sei se o sabio jurista, um dos melhores commentadores do codigo penal do imperio allemão, é inteiramente razoavel neste seu modo de julgar o estado da questão; nem isto me interessa. Porém sei, e tanto me basta, que ella ainda existe no dominio da sciencia respectiva, para ser debatida e estudada. As soluções de Schwarz mesmo, como de muitos outros, não são decisivas, para não dizer, satisfactorias. Não é, portanto, fóra de proposito discutir entre nós uma materia, que no mundo superior não teve ainda a ultima palavra; motivo geral, que por outro lado se addiciona a um motivo particular de complicação dada ao assumpto pelas deficiencias do nosso codigo.

Deficiencias do nosso código! E' muito arrojo de minha parte! Esta expressão, por si só, é capaz de arredar o interesse de algumas duzias de leitores. E, todavia,

---

(66) *Die Lehre von Cauzalzusammenhange*, pag. 90.

(67) *Commentar zum Strafgesetzbuch*, 3 Auf. 1873, pag. 45.

não cedo á necessidade de riscar *deficiencias*, e escrever *excellencias*.

O codigo criminal brasileiro, respeitavel como lei, é acanhado e mesquinho, como producto intellectual. Não basta dizer que elle não satisfaz, é mister reconhecer, que nunca satisfez nem podia satisfazer ás exigencias da época, bem como da sociedade, para a qual foi legislado.

Com os 49 annos de existencia, que actualmente conta, é singular que essa obra lacunosa e incompleta ainda não tivesse suscitado a idéa da urgencia de uma revisão e de uma reforma pelas bases. Sem falar do facto, já em si estranho, de um codigo penal, que não foi feito para um pequeno ducado, ou *cidade livre*, mas para um grande Estado, onde ambientes diversos, climatericos e sociaes, *provocam costumes diversos, e a diversidade dos costumes* produz necessariamente a diversidade e variedade das perturbações da ordem publica, conter apenas o numero de 313 artigos, um terço dos quaes, pouco mais ou menos, é consagrado á exposição dos principios regulares, quando não é de conteúdo meramente doutrinario, ou processual, de maneira que o polymorphismo do crime se reduz a pouco mais de duzentas *modalidades ou fórmulas distinctas*; sem falar deste facto, que entretanto é de peso, eu tenho para meu uso outras razões e documentos da pobreza do nosso codigo.

Não é aqui o lugar de entrar em detalhes sobre este assumpto; aguardarei melhor occasião. Comtudo, não posso vencer o desejo de citar um ou dois exemplos da radical imperfeição da nossa lei penal.

Ainda ha pouco, e ao correr a noticia da ultima tentativa de morte praticada contra o imperador Guilherme, perguntava-me um pobre homem do povo, honrado sapa-teiro, monarchista e liberal: Esse tal dr. Nobiling, que quiz matar o seu soberano, em que pena incorreu, segundo as

leis do seu paiz? Na pena de morte, disse-lhe eu. E como neste caso a associação das idéas, não sei se por effeito do contraste, ou da analogia, era muitissimo natural, replicou o velho: se alguém entre nós commettesse um crime igual contra o imperador, que pena teria? A mesma que pudera ter, tentando matar, *verbi gratia*, qualquer desses trapentos *retirantes*, mediante alguma paga. Como assim? acudiu o homem, pois não é certo dizer a Constituição que a pessoa do monarcha é *inviolavel e sagrada*, isto é, superior a todas as mais pessoas, e entretanto o codigo, pelo que diz respeito á vida, o pôz ao nivel de qualquer pobre diabo?...

E' duro! O meu interlocutor sahiu espantado.

E realmente a coisa é de causar espanto; porém é verdade. Dado que o facto acontecesse, *quod Deus avertat*, se não é que a exegése dos aulicos chegasse a fazer o respectivo delinquente cair em conflicto com a lei de 10 de Junho de 1835, seria elle julgado pela bitola commum.

Bem se póde dizer que o legislador, assim procedendo, quiz fazer acto de *democratismo*. Mas isso é inadmissivel, em quem taxou penas especiaes para as calumnias e injurias ao monarcha, em quem estabeleceu a não vulgar bagatella de 12 annos de prisão com trabalho para o ousado, que tivesse a infeliz lembrança de tentar provar que o imperador, por exemplo, esteja soffrendo de uma ophthalmia incuravel, ou de alguma grave psychose.

Hypotheses estas, para dizel-o de passagem, soffrivelmente estupidas, sem base razoavel na ordem normal das possibilidades, e contra as quaes parece que de proposito se apresenta a maravilhosa saude de S. M. I.

Para tornar esse ponto ainda mais frisante, façamos uma supposição: imagine-se, por exemplo, que algum argyrocrata brasileiro, algum Peabody da nossa terra, tivesse um accesso febril de patriotismo, e, como Ricardo III, of-

ferecendo o seu reino por um cavallo, gritasse ao publico por todas as boccas da imprensa: a metade da minha fortuna, das minhas centenas de milhares de contos, a quem livrar-nos da fatal figura do pantosopho senhor professor de Alcantara!...

Que crime commetteria? Em face do codigo, nenhum; nem mesmo o de ameaça, pois o facto figurado envolve uma condição, a de encontrar o rato, que ponha o guizo no pescoço do gato, e não existe ameaça condicional. Mas isto é justo? Felizmente a hypothese não passa de hypothese. Todos os nossos patriotas são pobres; não porque o patriotismo produza a pobreza, mas, ao contrario, porque a pobreza é que gera o patriotismo...

Tambem podera-se allegar, por outro lado, que ao nosso legislador, nos pontos em questão, occorreu a mesma idéa, que ao antigo legislador grego, a respeito do *parricidio*: deixou de os mencionar, por consideral-os impossiveis. Muito boa escapatoria. Porém em todo o caso, e pelo que me toca, na qualidade de brasileiro, confesso que mais honrar-me-hia de que o legislador me julgasse incapaz de furtar, ou de roubar, do que podera lisongear-me da presumpção de incapacidade para o regicidio.

Não é que me sinta, apresso-me em declarar-o, com vocação para o mister, ou tenha algum interesse que a coisa se realize; porém acho que o facto é possivel e como tal, o legislador não tem desculpa, ou de havel-o considerado de importancia commum, o que é assás dubitavel, ou de havel-o de todo despercebido, o que para mim é o certo.

Ainda outra prova e esta de maior peso. O codigo desconhece o conceito da *concurrência idéal* e da *concurrência real* dos delictos, como tambem parece que não entrou nos seus calculos a idéa do delicto *continuado*, do delicto *momentaneo* ou *duradouro*, *transitorio* ou *perma-*

nente. Destas lacunas, ainda mais agravadas pela ausencia de uma verdadeira doutrina scientifica e uma praxe regular, que as possam supprir, resulta o espectáculo de um sem numero de disparates observados na decisão do governo, que se arvora em criminalista *ex-cathedra*, e nos julgados dos tribunaes, sempre incertos, vacillantes, e taciteando as trevas da sua propria incerteza.

Assim, ha coisa alguma de mais divertido do que vêr sobre a hypothese do art. 222 do codigo criminal, levantar-se a questão: sendo virgem a mulher violentada, e menor de 17 annos, deve o réo responder não só pelo crime daquelle, como pelo do art. 219? Só conheço de mais ridiculo o serio imperturbavel, com que o governo responde ao *jurista*, que o consulta, que o planeta attrae o satellite, e que os dedos de cada mão são justamente cinco.

Mas voltemos ao assumpto. A digressão foi demasiado longa, ainda que não de todo improficua. Estabelecido, como deixei, o conceito do delicto, *commissivo*, que se commette por omissão, releva saber se de facto, e em que medida, o nosso codigo comporta a realização desse conceito.

## II

O habito gerado pelo contacto dos criminalistas da *tabella*, cuja chimica juridica decompõe o acto criminoso em dois elementos, nem mais, nem menos, de modo que se fala continuamente do elemento moral e do elemento material do delicto com o mesmo grau de segurança, com que se póde falar do oxygeno e hydrogeneo, de que se compõe a agua; esse habito, digo, infelizmente radicado nos espiritos, é a primeira, se não a unica, difficuldade a vencer para tornar commum a idéa em discussão. Com effeito, a quem não occorre logo objectar: onde se acha, em similhantes crimes, o elemento material? O que vale

dizer em outros termos: qual é o facto exterior, objectivo, que entra na construcção do conceito do crime? Mas esta arguição é infundada. Porquanto a primeira exigencia conceitual do delicto, não é que elle tenha as duas metades, de que na escola se faz tanta questão, porém outra, um pouco mais ampla. Para que um individuo seja responsavel por um phenomeno violador do direito, é necessario, antes de tudo, que entre uma acção d'elle e o phenomeno referido exista um nexu causal, isto é, que uma acção desse individuo seja causa mediata ou immediata do mesmo facto. Creio que isto é inquestionavel. Quando e como a acção de um homem deve ser considerada como causa responsavel de um phenomeno dado, já é outro ponto, que influe no valor daquella primeira verdade. Sendo assim, a questão, que nos detem, se reduz aos seguintes termos: é possivel que uma omissão do homem, do mesmo modo que a sua acção seja causal? Póde haver um nexu de causalidade entre um acontecimento, offensivo do direito, e uma omissão, ou um *deixar de praticar* da parte do individuo? E mais restrictamente á materia discutida: póde dar-se nexu causal entre uma omissão e uma violação das leis penaes? Eis o *punctum saliens*; e a affirmativa é irrecusavel.

Compreende-se por si mesmo que não se trata aqui de uma pesquisa metaphysica da causalidade, e tão pouco de saber, se a vontade humana é realmente uma causa. São cousas estas, que nada interessam ao direito, o qual suppõe como certo, por um lado, que o homem póde ser causa de um phenomeno exterior, e por outro, que podem apparecer phenomenos exteriores, que não são dominados pela vontade humana, e pelos quaes ninguem responde.

Deste modo o que nos importa indagar, é sómente, como, e sob que presupposições, uma omissão voluntaria póde causar, por si só, ou co-operativamente, um facto



qualquer, com todas as qualidades características do crime; e isto quer logo deixar subentendido que a questão não é encarada, sob o ponto de vista do direito civil, como por ventura se acha resumidamente accentuada pelo *L. 31 D. ad leg. Aqu. . . culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*. Encaro unicamente a face criminal.

Alguns criminalistas, Feuerbach na frente, ensinam que a omissão, em regra, não é punível, mas sómente recebe este character, quando motivos particulares impõem o dever de obrar; e este só existe, determinado por lei ou por um contracto, ou mesmo por effeito de certas relações, quaes, por exemplo, as relações de parentesco ou de familia, etc. E' facil, porém, comprehender que essa doutrina se resente de uma estreiteza de ambito, que não abrange todos os casos possiveis de omissões criminosas, além de, por um rodeio, cair, em ultima analyse, na consideração unica dos delictos omissivos propriamente ditos.

Assim, dado um infanticidio por effeito de hemorragia resultante de não se atar o cordão umbilical, seria criminosa a mãe desalmada, que de proposito tivesse escolhido esse meio de livrar-se do fructo de sua deshonra; não assim, porém, a parteira ou assistente, que entrasse no plano da execução da obra; porque aquella, como mãe, tinha uma obrigação positiva de agir, obrigação, que aliás a esta não cumpria. Outrosim: o encarregado de policia, por exemplo, que, podendo, não prendesse um desordeiro publico, um homicida, em flagrante delicto de assassinato, seria culpado de omissão criminosa; porém, ao envez disto, praticaria um acto licito o cidadão, como tal, que, tendo o criminoso a seu alcance, deixasse, entretanto, de captural-o por meras considerações de ganho e interesse pessoal. Mais claro ainda: o pai austero e cruel, que emparedasse uma filha para punil-a de um erro, e, fingin-

do-se esquecido, deixasse de mandar ministrar-lhe a alimentação, resultando dahi a morte da emparedada, commetteria uma infracção punivel, porém não commettel-a-hia por ventura a pessoa, estranha á familia, mas conhecedora da cousa, que annuisse em silencio á pratica de tal barbaridade.

Entretanto, salta aos olhos o lacunoso e inaceitavel desta maneira de ver. Ella não escapou á critica de Luden, que foi o primeiro a denuncial-a como erronea. (68).

O delicto commissivo não pôde consistir sómente no não cumprimento de uma *obligatio ad faciendum*; e tão pouco pôde uma simples relação contractual tornar-se o fundamento de direito da criminalidade desses actos. O principio capital de Luden é o seguinte: "Como a omissão não se exclue do conceito da acção, pôde qualquer phenomeno dessa natureza, que tiver uma direcção activa, constituir delicto, sem se attender a que exista ou não um dever de actividade positiva."

Porém a theoria deste criminalista ainda é acanhada e pouco satisfactoria. Com quanto elle reduzisse com justeza a doutrina dos delictos commissivos por meio de omissão á theoria do nexu casual, todavia não poude chegar a conclusões inteiramente admissiveis, ou porque, como diz von Bar, lhe faltasse a base segura de uma verdadeira theoria da causalidade em materia criminal, ou por outro qualquer motivo, que não releva aquí indagar. E dest'arte foi possivel a Glaser envolvel-o tambem na sua critica de todas as opiniões relativas a similhante assumpto, sem que aliás coubesse ao mesmo Glaser a ultima palavra sobre elle (69). Porquanto este autor, em mais de um ponto,

---

(68) *Abhandlungen...* II. pag. 232.

(69) *Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht*. I. 300. 1858.

identifica as relações de causalidade com as de condicionalidade; e assim demonstra não se achar para elle bem determinado o verdadeiro conceito dos delictos em questão. Verdade é que elle estabelece um principio fecundo, cuja applicação pôde ser um meio seguro de chegar ao termo desconhecido do problema. Tal me parece esta synthese: "Se se busca abstrair, diz elle, o pretendido autor de um crime dado da somma dos factos, que o constituem, e mostra-se que, não obstante, o resultado apparece, que, não obstante, a seriação das causas intermedias permanece a mesma, então é claro que o acto criminoso ou a sua immediata consequencia, não pôde ser posta á conta desse individuo". Mas importa reconhecer que tal prova ainda não é sufficiente; e o mesmo Glaser confessou que não são raros os casos, em que ella encontra sérias difficuldades.

Entretanto é fóra de duvida que todos estes achados e opiniões de homens competentes não ficaram perdidos para a sciencia respectiva; e é justamente com o apoio de semelhantes dados, que terei do sondar o intimo da questão proposta, em relação ao nosso direito penal.

O delicto commissivo, omissivamente perpetrado, faz parte do systema do direito criminal brasileiro? Eis o problema, do qual não posso assegurar que alguém entre nós já o tenha resolvido deste ou daquelle modo; mas é certo que ao menos na pratica, onde aliás elle tem uma grande importancia, nunca foi conscientemente agitado. E para tornar evidente, quão pouco os nossos criminalistas se têm occupado de tal materia, bastaria lembrar que o dr. Mendes da Cunha, especie de patriarcha dos juristas brasileiros, cujo distincto character funcionou como talento distincto, cujo merito real, sotoposto á fama que o illustra, nos traz a idéa de alguma cousa de semelhante ao celebre symbolo da cosmogonia indiana: o mundo inteiro em cima

de uma tartaruga, o Dr. Mendes da Cunha, digo eu, na sua analyse do codigo criminal, não se julgou obrigado a consagrar aos delictos, de que se trata, mais de tres paginas, e estas mesmas vasias de idéas, revelando pelo modo, por que encarou a questão, não ter della nem se quer um leve presentimento; o que se põe fóra de qualquer objecção, se se attende que o honrado jurisconsulto, de quem diz a legenda, que seria capaz de competir com Triboniano na systematisação do *jus civile*, deixou então passar o melhor ensejo de mostrar-se, qual o julgavam, um romanista de força. Porquanto o assumpto dos crimes por omissão pudera bem leval-o a utilizar-se da abundante casuistica, offerta a tal respeito pelo direito romano, e não o faria limitar-se, como limitou-se, a um ou dois textos este-reis e quasi estranhos á materia, se de facto elle fosse um perfeito conhecedor desse direito.

E' pois facillimo conceber que, se um jurista da tempera do mencionado não contribuiu, nem com um traço de penna, para suscitar e esclarecer o ponto, que ora discuto, nada havia a esperar dos seus epigonos, aos quaes esta questão com todo o seu alcance, eu creio, nunca, sequer appareceu em sonho.

Isto na esphera simplesmente theorica. No mundo pratico, porém, se o defeito não é igual, é ainda maior. Eu me recordo de já ter assistido ao julgamento de um processo celebre, no qual os defensores do accusado, quasi todos tidos em conta de juristas abalisados, allegavam seriamente que a melhor prova da innocencia do réo era que, no momento do facto arguido, elle nada praticára de positivo, mas ao contrario se distinguira pela inacção; e quando se lhes oppunha que nesta mesma inacção, que nesta mesma falta de um acto positivo, que no caso teria servido para obstar o morticinio (tratava-se de tal delicto), consistia o crime questionado, os bons juristas riam-se com

emphase, como diante de uma extravagancia. Elles não comprehendiam a solução do problema, senão envolto nesta velha casca: A mandou por B, C, D, E, matar a F? E assim, quando o juiz, presidente do tribunal, que se dignara de ouvir préviamente o escriptor destas linhas, juntou ao quesito esperado mais dois inesperados que diziam: Caso não tenha A mandado matar a F., todavia concorreu directamente, por outro qualquer modo, para a pratica do crime, fazendo isto ou deixando de fazer aquillo?... Não tendo assim concorrido, houve comtudo da parte de A um acto de imprudencia, quer positiva, quer negativamente, que foi a causa, ainda que involuntaria, do homicidio? — quando se leram taes quesitos, que eram outras tantas torturas para a consciencia dos julgadores, visto que ao primeiro sosinho era possivel responder negando, e sem expôr-se ao minimo remorso, os juristas da defesa cairam das nuvens, chegando até um delles a fazer ponderações ao juiz sobre a inconveniencia das perguntas, que entretanto foram mantidas; e ainda hoje é crível que todos estejam convencidos do exotico e disparatado dellas!...

Tudo isto dirige-se a um fim: provar que a idéa dos delictos omissivos não é *commum* entre nós, e, como tal, necessita de abrir caminho através das verdades feitas na academia, como pilulas na botica. (70). Mas o que importa, sobre tudo, é mostrar que essa idéa não repugna

---

(70) Não são poucos os exemplos de impunidade, resultantes deste acanhamento de vistas. Ha juizes, que não comprehendem a cumplicidade de uma mulher, por meio da *maquerillage*, nos crimes contra a honra pela simples razão de que a mulher não pôde exercer funcções viris; e de mais, isto nunca foi explicado na Faculdade. Conheço mesmo uns certos, para quem o procedimento de pais corruptos, que vendessem ao prostibulo filhas menores de 17 annos, seria, como elles chamam, uma *especie nova*, que deve ficar impune, por não ser prevista pela lei. E de tal gente é composta, em sua maioria, a magistratura brasileira!

ao espirito do codigo, sem o que bastaria, em muitos casos, um grau superior de habilidade da parte do criminoso para se pôr fóra do alcance das leis penaes; e deste modo a vida social complicar-se-hia de mais um embaraço, por falta de garantia.

## III

Para attingir o nosso desideratum construamos algumas hypotheses, começando, como parece natural, pela auctoria propriamente dita. E figuremos logo um factó de character ordinario. A deposita no seu porta-licor uma garrafa de bebida especialmente preparada para provocar vomitos em B, velho borracho, que não dispensa occasião alguma de saborear a santa *pinga*. Eis chega porém C, cuja natureza é mui diversa, mas que hoje cedendo a um estranho desejo dirige-se ao porta-licor, e lança mão justamente do frasco predestinado. A não tem a menor duvida de que a bebida pôde ser fatal a C, entretanto cala-se de proposito, ainda que de um proposito occasional, *dolus eventualis*, e deixa que C haura o pernicioso licor. Momentos depois apparecem os resultados; os vomitos em excesso, o mal estar geral, a febre, a doença e após isto, por qualquer complicação possivel, a propria morte; o que de certo A não tivera em mira, porém devera presuppor e evitar. Uma verdadeira *culpa dolo determinata*, e por conseguinte a cima da categoria traçada pelo art. 19 da lei de 20 de setembro de 1871. E qual é o *momento causal* do delicto? Precisamente a omissão de A em prevenir e prohibir que C, tomasse a fatal bebida.

Outra hypothese: M, em viagem para um certo lugar, tem de passar necessariamente pela porta da casa de N. que demora á margem de um rio, sobre o qual ha uma ponte de transito geral e quotidiano. Succede porém que

nesse dia a ponte se acha deteriorada e não é transitavel sem perigo. M ignora, mas N conhece este estado; e não só deixa de advertir o transeunte da catastrophe imminente, como ainda se compraz em assistir ao espectáculo, dizendo cynicamente: vejamos a queda daquelle demonio. Dito e feito: M cáe da ponte arruinada e quebra uma perna. Não haverá imputabilidade criminosa no proceder de N? Eu acho na verdade justo o que diz von Buri, que seria ir muito longe com o principio de direito, que faz a qualquer responsavel pelo resultado de um acto, que elle pudera, querendo, ter evitado, se se transportasse esse principio, sem limitação alguma, do dominio da ethica para o do direito penal. (71). Mas tambem me parece inquestionavel que seria difficil de conservar-se n'um certo pé de ordem e tranquillidade uma sociedade, onde factos de similhante natureza tivessem por unico obice, ou por correctivo unico a voz da consciencia moral, que é relativa ás individualidades, segundo a educação, o seu temperamento e suas paixões habituaes.

Mais outro exemplo: J e L andam a caçar nas florestas, e não sabem que, á pequena distancia delles, acha-se tambem P entregue ao mesmo entretenimento. Acontece entretanto que J, assestando e disparando a sua arma contra um veado, ou outro animal bravio, ouve um grito de pessoa estranha, que acaba de ser ferida. J e L correm ao lugar, e lá encontram P banhado em sangue, mas não mortalmente ferido, ainda que impossibilitado de caminhar. L reconhece em P seu velho inimigo, e não só deixa de prestar qualquer auxilio, como veda que J o preste, ficando assim P abandonado por horas do dia e da noite ás influencias do ar, que lhe aggravam o mal, e tra-

---

(71) *Der Gerichtssaal*, 1875, pag. 26.

zem-lhe a morte. Não ha aqui um nexo causal entre a omissão de L e o fallecimento de P? Sem duvida; e por conseguinte uma responsabilidade criminal, caracterisada pelo *dolus subsequens*, com que elle, aproveitando o ferimento de seu inimigo, fel-o chegar a um resultado, que não estava contido na natureza do proprio factio original. Este caso, que aliás não se adapta á hypothese do art. 194 do nosso codigo, e tão pouco á do já citado art. 19 da lei da reforma, seria uma offensa aos sentimentos do direito, se fosse considerado impunivel; nem haverá quem seriamente assim o considere.

De mais facil concepção do que a autoria, porque tambem mais facil de realizar-se, é a cumplicidade por omissão. Em geral definem a cumplicidade, de que trata o art. 5 do codigo, "a concurrencia directa para se commetterem crimes". Mas esta definição, posto que autorizada pelo uso, envolve um erro, por faltar-lhe o que se chama na logica vulgar a *differença especifica*. Ella não convém a todo o definido e a elle sómente. Tambem se concorre directamente para a pratica de um delicto, por meio do mandato, ou do constrangimento; e ambos, entretanto, constituem autoria. Assim a verdadeira definição de cumplicidade, segundo o nosso direito, é a seguinte: a concurrencia directa para se commetterem crimes, por outro qualquer modo que não seja mandando ou constrangendo. Isto é evidente, e tão evidente, que não reclamo para mim a gloria da descoberta.

Outro tanto não direi da maneira de interpretar a expressão — *directamente*, que se lê no mencionado artigo. O erro, que se commette, é muito grave; e eu não rejeito a honra de apontal-o e tornal-o bem sensivel. O desacerto geral, a tal respeito, consiste em que aquelle adverbio não é tomado como exprimindo um factio subjectivo, mas como significando uma modalidade objectiva da



acção que constitue cumplicidade. Julga-se dest'arte que a concurrencia para o crime ha mister de meios directos, que conduzam regularmente ao fim desejado; quando aliás a palavra — *directamente* — não tem outra funcção, senão a de marcar o *momento subjectivo* do delicto, sem attenção ao modo de preparal-o e á natureza dos meios empregados. Nem se diga, em apoio da opinião contraria, que esse momento caracteristico da concurrencia criminosa, *das Schuldmoment*, como chamam os juristas allemães, já se acha presupposto, em virtude do art. 3, que estabelece a exigencia psychologica da má fé, e que por tanto a repetição desta idéa no art. 5, seria uma especie de pleonasmio juridico. Antes de tudo, se responderia que a lei, principalmente em materia criminal, nunca é pleonastica, não corre o risco de offuscar por excesso de luz. Depois, sobrevem a justa e decisiva advertencia que é impossivel determinar *a priori*, quaes são os meios directos de auxilio prestado á pratica de um delicto; e se por taes se devessem entender aquelles que já são conhecidos pela observação e experiencia communs, então a lei desapareceria diante do sophysma, e a habilidade do criminoso rir-se-hia triumphante da estolidez do juiz. Por exemplo: F, que agarra G para ser este mais facilmente apunhalado por H, é um cumplice em regra, por usar de um meio, de que a estatistica criminal offerece varios *specimina*; não assim porém C, que machinando a perda de dois individuos, entre os quaes sabe existir uma velha intriga, afim de leval-os á explosão, escrevesse cartas anonymas e empregasse outros iguaes manejos sordidos, até que um dos dois illudidos fosse impellido a assassinar o outro. Porém isto seria absurdo e visivelmente attentatorio do senso juridico, não só da parte culta, como da parte inculta mesma de qualquer sociedade legalmente constituida.

Admittido, pois, como não póde deixar de sel-o, que a concurrencia para o commettimento de crimes é possível realizar-se por um modo indirecto, mais claramente se comprehende que essa concurrencia seja tambem realizavel por meio de omissão. Exemplifiquemos: Q sorprehende S no acto de lançar veneno na comida, de que vai servir-se R, patrão do segundo. Este não recua diante d'aquella testemunha, mas antes trata de induzil-a a que guarde o segredo; Q accede ao seu pedido. Uma palavra delle teria bastado para frustrar o plano de S; mas tal palavra não se faz ouvir, R não é avisado do mal que o aguarda, e o drama projectado tem o seu natural desfecho; S envenena seu amo. Não tem Q em semelhante crime a parte do auxilio, correspondente á sua omissão, isto é, ao seu silencio? Sem duvida.

E pouco importa que o facto se dê, como o figuramos entendendo-se préviamente o autor com o cumplice omittente, ou que não haja tal intelligencia. Se em casos taes deve haver não um só designio commum a ambos, mas tambem a consciencia commum dessa communhão, é uma questão diversa, que aqui nada interessa. Da mesma fórma nada importa a allegação da difficuldade da prova, quer nos casos de concurrencia *positiva* por meios indirectos, quer nos delictos omissivos, onde o auxilio dado ao crime costuma-se designar pelo epitheto de *negativo*. (72). A difficuldade da prova não altera a natureza do facto.

Construámos outra hypothese. Pelo art. 226 do codigo é punivel o rapto, que consiste no acto positivo da tirada violenta de qualquer mulher da casa ou lugar, em que estiver, para fim libidinoso. A cumplicidade positiva

---

(72) *Die Nothwendige Theilnahme am Verbrechen von Schütze* 50, pag. 350.

póde apparecer por varios e sabidos modos: um adjutorio immediato, prestado ao raptor, no momento da execução, já animando-o, já segurando nos braços da bella sabina resistente, ou abafando-lhe a voz, já enfim empregando doces palavras, que lhe abrandem o pudor enfurecido.

Mas póde igualmente, em taes emergencias, dar-se uma cumplicidade negativa. Imaginemos que no lugar, onde uma scena destas se representa, com ares de quem nada vê e nada ouve, se acha um esperta e madura *gouvernante*, uma dessas mulheres da estatura moral da senhora Dobson no *Fromont & Risler*, de Daudet, a qual de certo ignorava tudo, e como tal passeava descuidosa com a sua alumna, porém que, ao approximar-se o autor do crime, recebe deste o signal de *pôr-se immovel*, por intermedio de uma brilhante somma... Na presupposição de que, se ella gritasse, ou dêsse qualquer subita providencia, o delicto não se executaria, salta aos olhos que nelle tem o seu quinhão de responsabilidade.

Até aqui tenho exemplificado a cumplicidade por omissão, realizada aliás nos proprios delictos commissivos. Entretanto, ella tambem é concebivel nos crimes, que se perpetram omissivamente. Assim no infanticidio já figurado, pela perda de sangue provinda de não se atar o cordão umbilical, a mãe que deu o plano do fingido descuido, é autora do crime, e, segundo as circumstancias, é co-autora, ou cúmplice a parteira que annuiu.

O mandato, segundo o nosso direito, constitue autorria, mas não deixa de ser um facto de concurrencia, de synergia criminal; por isso no que lhe diz especial respeito, a questão não offerece maior difficuldade, emquanto se figura o caso de alguém mandar outro abster-se de um acto, que serviria de obstaculo á pratica de um crime, e dessa abstenção intencional resultar o mesmo crime. Aqui

a omissão é do mandatario, inspirada pelo mandante. Mas não é possível dar-se também a omissão do mandante, causando o acto positivo do mandatario, não é possível, em uma palavra, o mandato por omissão ?

Se se toma o mandato no sentido restricto de um contracto entre o mandante e o mandatario, por um dos *quinque modis*, que ensina o direito romano (*I de mandato — pr... 3,26*), ou mesmo no sentido de uma ordem directa e imperiosa, ainda que sem constrangimento moral, não ha duvida que o mandato por omissão, é uma *contradictio in adjecto*. Porém não é crível, nem possível que este seja o sentido do codigo, ao contrario, estaria aberto o caminho á toda a casta de sorrelfas na apreciação de uma das mais graves manifestações da criminalidade.

No mandato, o que importa ponderar não é a sua fórmula, quer seja a simples *commissão*, quer a *ordem*, quer a *vis compulsiva*, quer a *supplica* mesma, porém o seu conteúdo, que é um só: suscitar no agente physico a idéa do crime a commetter, ou seja que o mandante figure no primeiro momento dessa idéa, fazendo-a nascer, ou que elle appareça em qualquer momento posterior, fazendo que ella se realize. E' sempre o *nexo causal*, que decide, e pelo qual o mandante deve ser sempre o *architectus, dux atque princeps sceleris*.

No thesouro do direito romano já se encontra, em larga escala, a consagração desta doutrina. As expressões que servem para designar o mandante, assim concebido, são as seguintes: — *qui dolo malo fecerit, ut...* (L. 4 § 4 D. 47. 8, L. 11 pr. D. 47,10); — *qui auctor fuerit...* (L. 3 § 4 D. 48,8, L. 38, § 2 D. 48, 19); — *si quis curaverit* ou *procuraverit* (L. 11 pr. D. 47, 10, L. 15, § 10 D. 47, 10); — *is cujus instinctu* (L. 5 D. 47, 11); — *cujus opera dolo malo* (L. 1. pr. D. 48, 8). Para designar a provocação, os maus conselhos, a seducção... en-

contra-se ainda: — *consilium dare* (L. 36 pr. D. 47, 2); — *sollicitare* (L. 1 § 1 D. 48, 4); — *concitare* (L. 1 § 1 D. 48, 4, L. 3 *ibid.*, L. 16 D. 49, 1); — *suadere, persuadere* (L. 12 D. 48, 5, L. 51 § 3 D. 47, 2). Para a *ordem* propriamente dita acha-se: *imperare* (L. 7 § 4 D.

Considero também de pouco alcance uma definição da 47, 7); (*jubere* L. 7. D. 48, 6); para a *commissão* — *mandare* (L. 11 § 3 e 5 D. 47, 10, L. 5 C. 9, 2); para a oferta e promessa de paga — *conducere, commodare* (L. 11 § 4 D. 47, 10, L. 4 D. 48, 6). A expressão *causam præbere*, que também é frequente, se adapta em geral aos diferentes casos de mandato; e neste sentido é que se lê: — *Nihil interest, occidat quis, an causam mortis præbeat* (L. 15 ad. leg. Corn. de sic. et venef. D. 48, 8). *O causam mortis præbere* não se sujeita a uma definição, e tão pouco a uma enumeração. O mandato é uma das fórmulas, e de certo a mais importante, da participação, no crime; e, como diz Benoit Champy, a pretensão de prever, de apreciar as modalidades infinitas de participação, que se podem apresentar na prática, é uma pretensão chimerica. (73). Isto assentado, parece incontestável que não repugna á essência do mandato, realizá-lo por meio de omissão. Nem ha mister de ir muito longe, para attestar com factos, e factos da vida ordinaria, a realidade da coisa.

Uma ou duas hypotheses bastarão. Z acaba de ser publicamente insultado por X e voltando á casa, depois de referir á sua familia o que lhe aconteceu, ouve a voz de um seu fiel escravo, que diz lá no meio dos parceiros: se meu senhor não se zanga, eu vou vingal-o hoje mesmo; e a isto Z nada responde. Poucas horas depois X é assassi-

---

(73) *Essai sur la complicité*, pag. 75.

nado por esse escravo. Não houve ali um mandato tacito? Simples questão de facto, simples questão de provas: se os precedentes do executor davam direito a suppor que elle, não encontrando obstaculo, cumpriria a sua promessa; se o silencio de Z foi um acto de má fé, *dolo malo fecerit*, está fóra de contestação que Z é um mandante.

Ainda mais: supponhamos alguma cousa de analogo ao que se lê nos seguintes versos, que são de certo uma pintura poetica, mas uma pintura *d'après nature*. São palavras postas na bocca de um espirito barbaro e intransigente:

“Lembra-me que a meu pai, contando um dia  
Ter visto minha irmã, com os pés descalços.  
Desgrenhada, ella só, falando a um homem,  
Meu pai me perguntou: onde a enterraste?...”

Supponhamos com effeito que alguém, collocado em semelhante collisão, recebendo de seu pai uma tal pergunta, que importa ao mesmo tempo uma censura e uma provocação, fosse logo depois realizar a idéa, que essa pergunta insinúa; presuppondo-se que o pai nada oppuzesse ao manifesto intuito do filho, o mandato de fratricidio, começado por um meio positivo indirecto e acabado por omissão, seria evidente.

Outrosim: um caso igual ao de Tarquinio com o mensageiro de seu filho Sexto (Liv. 1. 54) não seria de todo um mandato do genero; — o *summa papaverum capita... baculo decussisse* — é um signal positivo; mas dado que o mensageiro comprehendendo o symbolo, mostrasse logo attribuir-lhe maior alcance do que elle por ventura comportava, e não fosse obstado por Tarquinio, é claro que este far-se-hia culpado de uma omissão criminosa.

Não é mister multiplicar os exemplos. Estes illustram, mas não augmentam o valor da theoria, que aliás defende-se por si mesma. A questão se resolve, com todas as suas particularidades e nuances infinitas, n'uma simples questão de causa e effeito. Quer entenda-se por causa segundo Stuart Mill, um facto que se isola da cadeia de antecedentes de um phenomeno dado, (74) quer por tal se comprehenda, segundo Thendelenburg; a mais activa das multiplas condições de um acontecimento (75); ou tal seja segundo Herbart e von Buri, a somma de todas as forças productivas de um phenomeno (76); o certo é, que, nos chamados delictos por omissão, como nos proprios delictos commissiveis, o crime é um effeito que se prende á causa voluntaria, obrando ou deixando de obrar. E seria singularissimo, que entre nós, *v. g.* sendo punivel o homicidio involuntario, resultante de uma imprudencia, não o fosse, porém, o *homicidium dolosum*, proveniente de uma omissão proposital e calculada. Uma tal maneira de ver só tem de notavel a sua extravagancia, nem eu duvido que haja quem seriamente esteja por ella. Em mais de um ponto, a nossa sciencia do direito, principalmente na esphera criminal, é a ignorancia ensinada com methodo e ainda mais methodicamente aprendida. Mas eu é que não estou pelos 15 *padre-nossos* e 150 *ave-marias* da patria jurispericia. O meu rosario tem muito maior numero de contas, que augmenta de dia em dia. Creio com isto não fazer mal a ninguem; e, pois, descanço nesta doce crença.

Ha um ponto final, sobre o qual não me estenderei, mas é mister dizer sempre alguma cousa: é saber, se tam-

---

(74) *System der Logik* — traducção de Schiel — 1887.

(75) *Logische Untersuchungen*. II, 184.

(76) *Ueber Causalitat und deren Verantwortung*, pag. 1, 1873.

bem seria concebível a *omissão constrangente*. Em relação ao constrangimento moral, a questão não é sem propósito. E para formulal-a, eu me limito á exhibição de um documento, que acha muitos iguaes nos fastos do amor desventurado. E' a carta de uma perdida ao seu seductor, pouco mais ou menos, nestes termos: . . . "Tu me disseste uma vez, como Falkland á Emilia, no celebre romance de Bulwer, que eu não podia sentir a deshonor, senão partilhando-a contigo; e cheguei a crer, como me insinuaste, que o amor, alimentado pela vergonha e pelos soffrimentos, é mais profundo e mais santo, do que aquelle que cresce, no orgulho e no prazer. . . Mas não é isto o que me afflige; o que me leva ao desespero, é o teu silencio, a tua inacção. Se dentro destes oito dias não vieres realisar o promettido, ou pelo menos não me escreveres, saberei pôr termo á minha desgraça. . . Tu me entendes!" E esta linguagem, em vez do effeito desejado, produz justamente o contrario, o seductor exulta, e, se algum acto pratica, é só o de tornar mais significativa a sua indifferença com o designio patente de livrar-se da sua perseguidora. Dito e feito: a infeliz suicida-se. E como julgar-se-hia pela bitola de nosso direito penal um caso desta ordem, que pertence á esphera das possibilidades, ainda que pouco apreciado por succeder quasi sempre nas regiões crepusculares da sociedade humana? Não arrisco uma resposta, que só as mulheres são capazes de dar com rectidão e justiça. Verdade é que o contingente do amor na estatistica criminal, como incentivo, como movel de acção, decresce de dia em dia. Como o patriotismo, como a amisade, como todos os grandes sentimentos, que parece foram mais viçosos nos tempos de outr'ora, o amor tem tido o seu desenvolvimento, e de tal arte, que hoje matar por amor, ou deixar-se morrer por elle, já vae tomando as proporções de um phenomeno atavico. Mas é certo que, uma vez o



facto dado, não envolve menos que outros um verdadeiro delicto.

O resultado de tudo isto é que, se bem se attende para a natureza dos crimes em questão, elles se adaptam perfeitamente ao conceito philosophico da criminalidade. Eu sei que mais de um exemplo, aqui apresentado para illustrar a doutrina, póde bem parecer estranho e produzir a impressão do exagerado. Pouco importa. Isto é devido talvez á necessidade de reacção contra uma tendencia peor, que nos vai arrastando, necessidade que sente qualquer espirito ambicioso de harmonia e serenidade na communhão social. Quando até os mais horripilantes feitos da cabeça e da mão do homem, pouco falta que se considerem phenomenos innocentes, senão actos de virtuoso heroismo, não é muito que, por contra golpe, se propenda para o extremo opposto, e se cuide ver um crime até na petulancia do vento, que fareja as pernas de uma mulher bonita, ou desorganisa o corpinho de uma pobre flôr. A polarisação é tambem uma lei no mundo das idéas.

Ao terminar, e já é tempo, julgo dever pedir ao leitor a precisa desculpa de entretel-o largamente com estes assumptos, que são, que devem ser, por sua natureza, despidos de poesia, isentos de apparatus rhetorico, por assim dizer, inodoros, como a linfa de uma fonte pura, ou como o seio de bella moça, modestamente asseada. Mas elles me agradam; e não sei que voz occulta está a dizer-me continuamente que, persistindo neste terreno, bem posso eu, depois de alguns annos, vestir tambem a minha clamyde de criminalista. *Etiam capillus unus habet umbram suam.* Anima-me esta esperanza. (77).

---

(77) E' um dos mais antigos escriptos de direito devidos á penna do auctor. — (Nota de Sylvio Roméro).



#### IV

### Ensaio sobre a tentativa em materia criminal

#### I

SE ha no direito penal uma theoria, que tenha sido entre nós inteiramente descurada, é a theoria da tentativa. Já se vê que, assim me exprimindo, dou pouca importancia, porque pouca lhes descubro, aos trabalhos criminalistico-industriaes dos nossos commentadores. Mas o factó é explicavel: uma theoria scientifica da tentativa presupõe alguma cousa mais que a faculdade mecanica de citar *Avisos* do governo; unica sciencia, em que são profundamente versados os jurisconsultos da terra, salvo uma ou outra excepção, tão rara, que se perde e desaparece na sombra dos rabulistas, cujo numero é legião. (78).

---

(78) O predominio dos *Avisos* na decisão das nossas questões juridicas exprime mais do que uma falta de sciencia da parte dos juizes e tribunaes, exprime a indole byzantina-mente imperialistica do governo brasileiro. Se eu quizesse prender essa anomalia a algum antecedente historico, não poderia fazel-o melhor do que relembrando as leis 1 e 12 do *Coâ. de legibus* (1.14). Constantino disse: — Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. E Justiniano accrescentou: Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt sciant hanc esse legem nom solum illi causæ, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. — Ora, não é isto mesmo que se dá com os *Avisos* ?

O nosso código criminal, sem definir regularmente a tentativa, deu todavia materia para uma definição exprimindo os diversos conceitos que entram na comprehensão da idéa definienda. Assim diz elle que tambem considerar-se-ha crime ou delicto a tentativa do crime, quando fôr manifestada por actos exteriores com principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente. Mas esta definição, ou esboço de uma tal, que se lê no art. 2 § 2.º do código, abre caminho a mais de uma ponderação critica. Deixo de parte a especie de tautologia que se lhe nota, ou seja um defeito puramente redaccional, ou seja uma lacuna conceitual, nas palavras: a tentativa do crime, quando fôr manifestada, etc., etc., como se para o legislador houvesse outro conceito da tentativa, que não o daquella, por elle caracterisada pelo modo supra indicado. Não é isto, porém, que se presta á analyse e á censura. O que, a meu vêr, vicia a idéa que em geral formamos da tentativa, segundo o código, é o ressaio da fonte, em que ella foi bebida.

Ninguem ignora que o código francez nos serviu de guia em muitos pontos da nossa lei criminal. Entre outros, o conceito da tentativa é o mesmo do art. 2.º do *Code pénal*, cuja revisão de 28 de abril de 1832, pouco tempo depois da confecção do código brasileiro, tirou as expressões — *actes extérieurs et suivis*, — que nós aliás ainda hoje mantemos. E com ellas ficaram tambem as ominosas palavras — *principio de execução*, — que não são menos vagas que as primeiras e dão lugar a muitos erros de applicação. (79). Tudo devido á influencia da lei franceza, que entretanto não se fez sentir sómente na lei brasileira, mas em quasi todos os códigos dos paizes civili-

---

(79) Haeberlin. *Gerichtssaal*, 1875, pag. 620.

sados, e estendeu-se, o que mais admira, até o *Strafgesetzbuch* do Imperio Allemão (art. 43), posto que a phrase — *principio de execução* — (*Anfang der Ausführung*) já venha modificada pelo complemento — *do crime ou delicto tentado* (*dieses Verbrechens oder Vergehens*), que confere á idéa da cousa um caracter mais concreto e accentuado.

Dentro do circulo mesmo que o codigo brasileiro traçou á tentativa, se deixa levantar mais de uma questão importante. Além da eterna controversia, a que dão pretexto as mencionadas phrases — *actos exteriores com principio de execução*, suscita-se a questão do *arrependimento*, a da *propriedade* ou *impropriedade* dos meios, bem como da *propriedade* ou *impropriedade* do objecto, e ainda outras que se prendem á theoria da *concurrência real* ou *ideal* dos delictos. Julgando-me dispensado de entrar em largas considerações sobre os muitos disparates, occasionados na pratica judicial pela impossibilidade de caracterisar exactamente o que seja um *principio de execução*, que não teve effeito por *circumstancias independentes da vontade do delinquente*, bitola esta que não se accomoda a todos os crimes, resultando dahi que muitos delles, onde aliás é possível uma tentativa, são expostos pelos nossos commentadores como não admittindo conceitualmente a idéa de uma tal, eu passo a me occupar dos outros pontos.

O *arrependimento*, que póde apparecer por occasião de um delicto não consummado, e que tem importancia juridica, não é o *arrependimento do peccado*, como podéra crer qualquer jurista theologo, mas o *arrependimento do crime*, para o qual não ha mistér de virtude; o *arrependimento de facto*, que se traduz por actos oppostos á consummação do delicto, ou, quando este depende de um resul-

tado particular, ao apparecimento desse resultado. Mas isto estará contido na disposição do código? Eu creio que sim; e nos proprios termos da lei encontro a prova de meu asserto.

Porquanto se o delicto intentado, porém que não teve effeito, requer que não o tenha tido por circumstancias independentes da vontade do delinquente, é claro que *a contrario sensu*, quando aquelle effeito não se dá por força de circumstancias dependentes dessa vontade, a tentativa não existe. E não existe, justamente por lhe faltar, na hypothese figurada, o presupposto psychologico de um acto de *querer* o crime como elle foi concebido, em toda a sua plenitude.

Todas as vezes que, na esphera criminal, o objectivo e o subjectivo não se cobrem, não se ajustam em todos os pontos, o crime está alterado na sua unidade e totalidade juridica. Esta incongruencia pôde dar-se de dois modos principaes: ou o *querido*, elemento subjectivo, vai além do *acontecido*, elemento objectivo; ou este além daquelle. Se o phenomeno, que se quiz, é mais do que o phenomeno, que se deu, ahí temos a tentativa; se porém o facto ultrapassa o circulo da vontade, ahí temos um desses muitos casos de acções culposas, desde a *culpa levis*, até a *culpa dolo determinata*, com todas as suas differenças de grau e intensidade. Disto resulta que não ha, nem pôde haver tentativa *culposa*. Na tentativa, o *dolus* é essencial. Já se vê pois que, nestas condições, o arrependimento, isto é, a interrupção da série dos momentos successivos do crime por vontade do agente, desfigura o character da tentativa, e esta deixa de existir.

Exemplifiquemos. A dispára contra B, seu inimigo, a quem esperava para matar, um tiro de revolver. B cahe ferido, mortalmente ferido, e pede soccorro; mas nin-

guem ha que possa acudir. O lugar é deserto, e a hora já avançada. A dirige-se para elle ainda de revolver em punho, e encontra-o lavado em sangue, mas vivo e capaz de resistir á morte, se prestado lhe fôr o necessario auxilio. O criminoso ainda tem á sua disposição meia duzia de balas, que podem corrigir o erro da primeira, mas não faz uso dellas; pelo contrario, atira para um lado o seu instrumento homicida, toma nos braços o ferido, que leva á sua propria casa, onde lhe proporciona os meios de salvacão, que são efficazes. E' admissivel nesta hypothese a permanencia da tentativa? A affirmacão é difficil, por que repugna á indole da justiça, mesmo da justiça fallivel, em que se apoia a sociedade humana.

Outro exemplo: C, creado de D, envenena a comida ou bebida, de que este se vai servir. E com effeito D haure o licor intoxicado, sentindo logo após um mal estar estranho, mas sem ter a mais vaga suspeita do veneno. O mal augmenta, e elle chama por C que nesse momento entra em casa, já acompanhado do medico, a quem foi confessar o acto e pedir que viesse soccorrer a seu amo. O remedio é applicado em tempo, e o mal desaparece. O arrependimento, isto é, uma série de factos partidos da vontade do agente, obstou que o crime chegasse á sua ultima phase, e isto quando o objecto do mesmo crime ainda estava ao alcance do sujeito, dentro das raias da sua actividade. A tentativa, que é o acto voluntario mallogrado, desaparece, portanto, absorvida pelo crime que fica, pelo que ha de criminalmente consummado, ou seja o ferimento ou qualquer delicto, conforme a hypothese dada. (80).

---

(80) Se no exemplo do envenenamento, cujos effeitos são evitados pelo proprio envenenador, o prejuizo que porventura sobreviesse á saude da victima salva, não seria punido entre nós, como um crime á parte, é culpa do nosso codigo, que só reconhece a possibilidade de uma alteracão cri-

Os exemplos *illustram*, e eu quero ainda lançar mão de outro, tirando-o de proposito da supposição de um dos crimes, em que os nossos expositores, isto é, computadores de penas para *uso e guia* dos... juizes de direito, não admittem a tentativa. Seja o delicto subsumido no art. 224 do codigo criminal; e para melhor exemplificação applicuemos a uma velha legenda fradesca a medida do direito. E' bem sabida a historia do fervoroso devoto do nome de Maria, que namorando uma bella freira, poude conseguir penetrar até ao *sancta sanctorum* da cellula virginal, até á gruta mystica da fada, noiva de Jesus; mas ahi chegando, e quando a belleza acabava de sacudir de si os habitos grosseiros, produzindo-lhe de subito a mesma impressão olfactiva que o arrancar violento do cortice de um tronco de sandalo, elle sabe do seu nome: é o nome que elle respeita. Recúa do seu plano. A tentativa foi interrompida de motu proprio do agente, e como tal não encerra criminalidade. Resta porém saber, se delictos desta ordem são realmente susceptiveis de um *conatus proximus*, como diziam os velhos juristas latinisantes.

Bem podia escolher para a minha hypothese, em vez do art. 224, o art. 219. Mas não sei, se soror Maria, que dou como menor de 17 annos, com os seus bonitos dentes, tão symmetricamente emparelhados, como as *touches* brancas de um teclado de piano novissimo, com os seus alvos braços nus, que valem no diametro e no bem talhado do marmore as pernas de muitas outras, ainda tem todavia al-

---

minosa do organismo humano por meio de instrumentos cortantes, perfurantes e contundentes. Delictos contra a saude em geral não existem para elle; e dest'arte quem quer que ministrasse maliciosamente a outrem uma beberagem tal, que o puzesse de cama por mais de um mez, não commetteria um crime, pois o facto, como costumam dizer, não foi previsto pelo codigo! Que boas leis temos nós!

gum floreo botão a abrir; considero-a pois como simplesmente honesta, no sentido vulgar da expressão. E neste presupposto, admittamos, agora que o seu amante não fosse um typo de devoção, porém de libertinagem; e que no ardor do seu *donjuanismo* envez de encontrar, como diz a legenda, o braço do Christo de madeira, que se estendesse para salvá-lo do perigo, em recompensa do respeito ao santo nome de sua mãe, encontrasse logo ao colher o primeiro beijo da hostia risonha a voz do *gendarme*, que lhe gritasse atraz, em florida linguagem nobiliarchicopernambucana: está *preso, cabra!* — e a figura da velha abbadessa, que dando bons conselhos, na impossibilidade de dar maus exemplos, dissesse, com as mãos erguidas para o céu: graças a Deus, que podemos chegar a tempo de obstar a consummação do sacrilegio na casa do Senhor! Não dar-se-hia então uma verdadeira tentativa do crime indicado no art. 224? Não seria o primeiro beijo um *commencement d'exécution* do respectivo delicto, no sentido do *Code pénal* e do seu imitador, o código brasileiro? Ou seria simplesmente um acto preparatorio, com todo o valor ethico esthetico mas sem valor juridico? De nenhum modo hesito em sustentar a idéa, que parece inaceitavel, isto é, a idéa da tentativa, e neste caso a possibilidade tambem de um arrependimento, que a torna impunivel.

Insisto neste terreno. Com razão diz Berner: "Se quizessemos tomar a exigencia de um *principio de execução* no sentido absoluto de uma exigencia daquella acção principal, que funda a existencia do facto, ver-nos-hiamos obrigados a attribuir ao legislador um sem numero de disparates. Por exemplo; alguém projecta um homicidio; dirige-se ao lugar proprio; carrega a sua arma, assesta-a contra a victima, engatilha e de repente um outro põe a mão no feixe da arma e impede o tiro, isto é, a acção pre-



cipua que funda a existencia do facto. Será crível que o legislador tenha querido a impunidade de semelhante acto?" (81).

Nas mesmas condições se acham as hypotheses dos arts. 219 a 224, dos quaes, como já notei, ha quem não admitta uma tentativa, nos termos do direito criminal.

Supponhamos que Porcia, a bella filha da imaginação de Musset, estivesse na idade legal da seducção criminosa, e que o seu amante, o pescador Dalti, tendo com ella aquelle fatal encontro nocturno, no momento em que por ventura, semelhante ao misero imperador besta-fera, que se deliciava na arena do circo romano em cheirar as carnes palpitantes das bellas martyres nuas, amarradas em postes, *inguina invadebat et cum affatim descœvisset*, mas antes de qualquer acto ulterior, fosse agarrado pelo braço de Honorio, o inditoso marido, que com elle não se duella, mas o conduz perante a justiça: qual seria neste caso o crime do seductor (82)? Haverá quem seriamente affirme que nenhum? Nem se diga, para illudir a questão, que, dado o facto entre nós, não conviria mesmo punil-o, pela desproporção enorme entre a gravidade do delicto e a insignificancia da pena (83). Isto não altera a theoria,

---

(81) *Grundsætze des preussischen Strafrechts*, pag. 7.

(82) Os meus jovens leitores não se riam, e os velhos não se escandalisem de certas expressões menos apropriadas á leitura feminina, que tenho aqui empregado. Para o puro tudo é puro; e não conheço maior pureza que a do espirito scientifico. Se a anatomia e a physiologia, por exemplo podem falar com todo o serio de partes do corpo humano, que se designam pelo mal cabido epitheto de obscenas, sem corar de pejo e esconder o rosto, não vejo razão porque o direito não deva gosar do mesmo indulto.

(83) Dois annos de desterro para fóra da comarca, no maximo!...

Contam que um sabio estrangeiro, não se sabe qual, disse do código criminal brasileiro ter sido feito por *um ladrão* e um ladrão *sem honra*. Esta palavra nunca foi proferida por sabio

nem prova outra cousa senão a pobreza da nossa legislação penal.

O exemplo de Porcia, a quem o poeta figura como conjuge, dá lugar a uma questão accessoria, que eu mesmo quiz provocar. Se a mulher honesta, de que fala o art. 224, é mulher casada, qual o modo de conciliar a *concurrência ideal* desse artigo com o 250? Recorrer-se-ha por ventura ao principio da *absorção das penas*, que são maiores neste que naquelle, afim de não poder ter lugar a punição, senão nos termos do art. 253, não obstante a menoridade de 17 annos e com ella a presupposição de um espirito ainda não bem reflectido, que a lei quiz proteger? Basta indicar o problema; não cabe aqui tratar de resolvê-lo.

Voltemos porém ao primeiro ponto. O que em geral difficulta a comprehensão da tentativa impune pelo arrependimento, é o modo erroneo de formar o seu conceito. De ordinario concebe-se a tentativa não como um todo

---

algun, mas ha nella um fundo de critica sensata e justa, que torna a cousa verosimil.

Resta sómente a observar que o código ainda pune menos os crimes contra a honra do que contra a propriedade. Para convencer-se disto, basta lêr e meditar sobre os arts. 222 e 274. E como este facto serve á minha velha these da miseria brasileira, que desejo bem conhecida do mundo civilisado, eu a exponho na lingua da sciencia: — Ich habe schon einmal gesagt, in Brasilien ziehe man der Ehre das Leben, dem Leben aber das Eigenthum vor. Nicht ohne Beschämung muss ich es bekennen; aber die Thatsachen reden. Hier ist ein Beweis dafür: nach dem brasilianischen Strafgesetzbuch wird der versuchte Raub (art. 274) mit derselben Strafe bestraft wie der vollendete, während hinsichtlich der Nothzucht der Versuch (art. 223) eine um 15 16 mindere Strafe erhält als das vollendete Verbrechen (art. 222). Das ist zwar zu wenig, als dass ich mich darauf basiren könnte, um Brasilien in die Acht der civilisirten Welt zu erhlären; aber doch ligt in dieser und anderen Gesetzbestimmungen des Kaiserreichs so etwas wie ein Stück Nationalpsychologie, das nicht unberücksichtigt zu lassen ist.

complexo, que abrange em si uma serie de actos possiveis para a consummação de um crime, que todavia não se consumma, porém como alguma cousa de concreto e determinado, que não tem momentos diversos, que se exgota logo no primeiro acto frustrado. Dahi a illusão em que se labora, suppondo-se, por exemplo, que a vontade criminosa manifestada pelo individuo, a quem falhou o primeiro tiro do seu revolver, não acertando em cheio no coração da victima, não póde mais ser neutralisada por um acto qualquer no sentido de apagar a tentativa. Isto porém é facillimo de refutar, e por uma reducção *ad absurdum*. Com effeito, se o ambito da tentativa não fosse até onde começa a impossibilidade de acção da parte do delinquente, se ella se dêsse por fechada e concluida em cada acto, que encerrasse um principio de execução, teriamos que no exemplo figurado, succedendo que A fosse errando, um após outro, todos os oito tiros do seu revolver, seria afinal criminoso de oito tentativas ou mais ainda, conforme a riqueza de molas do *americano*? Mas isto é inadmissivel.

O que só ha de duvidoso na questão do arrependimento, é o modo de ponderar o motivo que o determina. As circumstancias, que dependem ou não, da vontade do agente, podem ser puramente internas, da natureza psychologica. Ora, o direito criminal não conhece o principio estoico — *coacta voluntas, semper voluntas*. Se a coacção moral é capaz de fundar a irresponsabilidade do agente coagido (art. 10 § 3 do cod.), essa mesma coacção deve ter força para tirar o merito juridico ao arrependimento do crime iniciado, mas não acabado. Assim aquelle que, ainda podendo proseguir nos actos conducentes á realização completa do delicto, recuasse do seu plano, não por um livre impulso da vontade, mas pelo medo de um phantasma, que então se lhe afigurasse tetrico e ameaçador, não

deixaria de ser responsavel pela tentativa dada. Eu imagino alguma cousa de similhante áquella terrivel scena do *Monge de Cister*, em que Vasco assassina o homem que se interpuzera entre elle e a estrella da sua felicidade a mulher dos seus amores: mas supponho tambem que o assassino amante seja um espirito prejudicado por uma ferrenha educação religiosa, e que assim, ao vibrar a primeira punhalada, ouvindo tocar á *Ave! Maria*, que nunca ouviu na sua vida, sem descobrir-se, rezar e pedir a Deus perdão dos peccados do dia, sintá-se preso de um estranho terror, que o faz cair de joelhos aos pés do inimigo, ferido no peito, porém vivo e com força bastante para uma reacção, entregando a este o punhal e pedindo-lhe que se vingue... Se o offendido não morre, e na hypothese de que o offensor só deixou de proseguir na sua obra por effeito de um excesso de *bigoterie*, que lhe matou a vontade, não hesito em affirmar que tal arrependimento não tem significação jurídica, a tentativa permanece. (84).

A historia nos ministra, neste sentido, um importante exemplo. E' o do escravo cimbro, hussardo de Minturna, que foi mandado a assassinar o grande guerreiro, inimigo da aristocracia romana. O mandatario assombrou-se diante dos olhos faiscantes do seu antigo vencedor, e a machadinha caiu-lhe das mãos ao perguntar-lhe o general com voz imperiosa e aterradora, *se elle era o homem capaz de matar a Caio Mario!?*... Applicando-se a este factó a medida do direito, é fóra de duvida que a tentativa de morte

---

(84) Um dos pontos que, neste dominio, mais urge estudar, é a *Psychologia dos motivos*. A sciencia tem necessidade de reunir ao seu corpo de doutrina alguma cousa de novo, que se poderia designar pelo titulo de *Theoria da motivação em materia criminal*; theoria que ainda não foi estabelecida, e de que apenas existe, que eu saiba, na respectiva litteratura, um pequeno ensaio, o escripto de Holtzendorff — *Psychologie des Mordes*, — que é digno de estudo.

por parte do cimbro não podia extinguir-se pelo seu arrependimento involuntario, devido sómente ao medo que lhe incutia, como se fosse um ente sobrenatural, o terrivel adversario de Sylla.

O que de perto ainda interessa ao presente assumpto, é saber até que ponto o recuar do agente, no caso de uma concurrencia de criminosos, aproveita ao mandante, ou a qualquer outro membro da *societas delicti*. A questão não é das menos importantes; mas discutil-a aqui teria a desvantagem de levar-nos muito além do plano traçado ao meu trabalho. Passemos pois a outra cousa.

## II

Antes de entrar na questão ulterior da propriedade ou impropriedade dos meios e do objecto do crime, importa ainda, com relação ao assumpto precedente, elucidar um ponto duvidoso. E' o de saber, não só se é possível a tentativa por *omissão*, como tambem, uma vez admittida, se é possível, e em que consiste o arrependimento de tal tentativa.

Que a tentativa dos delictos commissivos, que se perpetraram omissivamente, é logicamente concebível e praticamente realizavel, alguns exemplos bastam para provar. Assim, no caso figurado por mim já uma vez, não verificada a morte do recém-nascido, por vir em seu auxilio uma circumstancia alheia á vontade da mãe delinquente, a tentativa por omissão é incontestavel. Mais ainda: supponhamos que Pedro, homem casado, já tem a experiencia feita por tres ou quatro vezes que um desejo de sua mulher, no estado interessante, não sendo logo satisfeito, produz o aborto, e com este sempre um decrescimento de saude. Já ouvio até do medico a singular declaração de que, se o phenomeno se repetir, a morte é probabilissima.

Porém elle se mostra surdo a tal observação. A joven grávida insiste agora em querer satisfazer um dos seus caprichosos appetites; mas Pedro responde-lhe com a indifferença, e não só deixa de acudir ao seu appello, como também previne e ordena á criadagem que *nada faça*. A habitação é solitaria; a doente está prostrada. A isto junta-se a particularidade de haver Pedro escripto a sua amante, dizendo-lhe em termos claros: desta vez, creio eu, ficaremos livres do embaraço que se oppõe á nossa felicidade. A infeliz esposa aborta enfim, e pouco falta para que succumba, o que ter-se-hia dado, a não ser a interposição de circumstancias estranhas, que desmancharam o criminoso plano de Pedro. Similhante acto será judicialmente inapreciavel? E se não é, como me apraz assegurar-o, qual então o seu character, senão é uma tentativa de delicto commissivo, que se commette por omissão? A linha que, neste exemplo, separa o dominio ethico do juridico, é tão delicada, que para muitos será difficil perceber-a e admittil-a. Imaginemos outro facto: o *aiguilleur* de uma machina de vapor se deixa corromper por dinheiro, para que em uma hora prefixa, se esqueça do seu mister, afim de produzir um desastre de ante-mão calculado; e com effeito, quinze minutos antes, elle embriaga-se, de accôrdo com o plano dado, para bem dissimular o seu desleixo intencional, mas o facto não chega a consummar-se, graças á descoberta do conluio, que é confessado pelo criminoso, obstando-se assim que o crime se realize. Como julgar um facto similhante? Reconheço que, na pratica, a apreciação juridica de phenomenos de tal ordem é de uma enorme difficuldade; mas nem por isso a theoria deixa de ser, no fundo, verdadeira. (85).

---

(85) Ernest. Rub. *Kommentar über das Strafgesetzbuch*, pag. 210.

Entretanto busquemos tornal-a mais comprehensivel. Um medico tem dous doentes em uma mesma casa, A e B; mas de tal arte, que o que faz bem a este, póde trazer a morte daquelle. O medico é peitado para envenenar A; neste intuito elle prescreve a ambos os doentes medicamentos similhantes, que, sem muito cuidado, podem ser facilmente confundidos. De proposito deixa de observar o perigo de tal confusão, que não trazendo mal algum a B, póde com tudo ser fatal a A, que é o que elle tem em mira. E assim acontece: o enfermeiro troca os remedios, ministrando a um o que era destinado ao outro; A sente-se peor; a curiosidade desperta; reconhece-se o envenenamento, bem como a causa que o determinou, podendo-se-lhe porém obstar as ultimas consequencias, mau grado do delinquente. E ha aqui outro delicto que não o da tentativa de morte, omissivamente perpetrada?

Ainda uma vez importa observar: muitos exemplos que tenho apresentado em favor da theoria em discussão, bem podem parecer estranhos a certos olhos desarmados de instrumento logico e energia racional. Mas é mister não perder de vista que toda theoria consiste em um traçamento de linhas rectas; não é possivel indicar *a priori* as curvas e entrelinhas da realidade, que é sempre mais comprehensiva que o mais vasto ambito das pesquisas theoreticas.

Nas hypotheses figuradas de tentativa por omissão, o arrependimento é tão facil de conceber, como nos crimes commissivos propriamente ditos. O que por ventura se possa oppôr, dirige-se, não ao arrependimento, mas ao conceito geral do delicto por omissão; e este, por sua vez, só encontra opposição da parte daquelles, que não se dão ao trabalho de pensar, nem admittem que além do estreito circulo das prelecções cathedricas existam outras e mais importantes questões do direito criminal. Quem se habi-

tua, v. g. a estudar problemas como este: "o casamento do cúmplice com a estuprada produz o effeito do art. 225?" e a tel-os na conta de cousas capazes de confundir doutores, perde o senso das grandes questões juridico-penaes. As idéas affeioam o cerebro; e se ellas são acanhadas, acanhado fica o orgão que as contém, como uma luva de homem engelhada e accommodada em mãosinha de criança. Dest'arte não admira que aquelle conceito não entre facilmente em todas as cabeças, e que até haja quem julgue poder combatel-o, appellando para o código criminal, que fala sómente de acção ou omissão voluntaria *contraria ás leis penaes*. Este modo de refutar é um *testimonium paupertatis*, é um *symptoma* de insufficiencia da valvula intellectual, e isto ainda mesmo que o refutante seja algum professor da materia. O código fala, é verdade, de acções voluntarias, contrarias ás leis penaes, isto é, delictos commissivos, e de omissões voluntarias, contrarias ás leis penaes, isto é, delictos omissivos; acções e omissões previstas e ameaçadas com penas. Até ahi nenhuma duvida. Mas a questão vem de outro lado; ella consiste em saber se na categoria das acções se podem comprehender phenomenos, que se dão de um modo negativo, porém que trazem todos os caracteres positivos do crime. Assim, por exemplo, *matar alguém* é uma *acção* contraria ás leis penaes, mas pergunta-se: não é possível *matar alguém*, isto é, produzir voluntariamente o effeito chamado *homicidio*, por meio de uma *omissão*? Eis o ponto vacillante, que a sciencia trata de firmar, que discuti no meu escripto, e que entretanto, encanecidos doutores não comprehendiram!... Eu os lastimo; e entrego-os, de corpo e alma, ao esquecimento que os espera.

Para que se possa, neste assumpto, combater a minha lembrança, considerando-a exotica e inaceitavel, é mister



provar tres cousas, impossiveis de provar: 1.º, que a sciencia do direito criminal não se occupa, nem liga importancia a tal questão; 2.º, que a observação da vida social não dá testemunho de factos criminosos, que tenham por causa uma omissão voluntaria; 3.º, finalmente que, embora seja admissivel a negligencia *culposa*, como a temos presupposta pelo art. 19 da lei de 20 de setembro de 1871, não é todavia psychologicamente concebivel a negligencia *dolosa*, a *non-chalance* calculada para attingir um alvo, por exemplo, a morte de um individuo, ou outro qualquer phenomeno criminoso. Em quanto pois não se me provar tudo isto, e eu quizera que Deus me concedesse viver até ao dia em que tal prova fosse produzida, tenho direito de rir-me da ignorancia dos sabios criminalistas do paiz, cuja intuição scientifica é igual, bem que mil vezes menos poetica, á intuição geographica do velho camponio, que nunca saiu da sua choça: além da serra fronteira, por detrás da qual elle vê todos os dias levantar-se o sol, não ha mais nada, senão *reinos escantados* ou terra de *mouros*.

Voltemos á tentativa. Se esta consiste na pratica de um acto, que já por si constitue um dos elementos objectivos do crime, e se esse acto, como todos os outros que o podiam seguir, necessita da applicação de meios para chegar a um fim querido, é claro que uma vez admittida a impropriedade de taes meios, o fim é inattingivel, isto é, o delicto não se póde dar, e como tal é logicamente inconcebivel a sua tentativa. Um principio de execução envolve a possibilidade dessa mesma execução. Um crime impossivel desde o primeiro momento da sua genese não é um crime. O legislador pune sómente crimes *reaes* e o começo da *realização* de crimes possiveis. Deixemos porém de theoretisar, e vamos á exemplificação. Escolho de industria um delicto, a cuja tentativa, ou a uma das suas

fórmulas o nosso código consagrou artigo especial, o aborto. O art. 200, com effeito, impõe penas ao acto de... “fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique”. A expressão *com conhecimento de causa* é ahí synonyma do *conhecimento do mal*, de que fala o art. 3, isto é, significativa do *dolus*. As palavras, porém, *ainda que este se não verifique* — presuppõem sem duvida a possibilidade da verificação, que entretanto foi obstada por circumstancias independentes da vontade do agente. O contrario seria absurdo. Se alguém por engano, ou por ignorancia, ministrasse a uma mulher pejada, com intuito criminoso, uma substancia inoffensiva, incapaz de produzir qualquer alteração na economia organica, e muito mais de fazer expellir o fêto, não commetteria uma tentativa de aborto, porque este, desde o acto pelo qual o pretensu propinador lançou mão da droga inefficaz, tornou-se impossivel; não houve principio, nem mesmo preparo de execução. A insistir-se, em tal hypothese, na ideia da tentativa sob o pretexto de que, em todo o caso, existe ahí uma intenção malevola, uma vontade criminosa, a logica exige que se faça disso applicação a todos os phenomenos do genero; e então teremos um sem numero de consequencias irrisorias, não só no que diz respeito á impropriedade dos meios, como tambem no que toca á impropriedade do objecto. Deixo ao cuidado do leitor figurar os casos em que o lado comico da idéa se torne bem saliente.

Nenhuma duvida sobre este ponto: o *conatus* do crime impossivel pela insufficiencia dos meios não tem caracter criminal. Um homem que assesta, no proposito de disparal-a contra outrem, uma arma descarregada, qualquer que seja o seu impeto, a sua sêde de sangue, não é réo de tentativa, porque o meio, isto é, a arma não se prestava ao

fim querido; o crime, assim projectado, não podia ter um começo em nenhum dos momentos successivos ac da sua concepção.

Imaginemos o seguinte passo. Um individuo casado está prestes a casar-se segunda vez. Sua mulher é Zulmira, sua noiva é Adalgiza. O matrimonio vai celebrar-se, o altar espera os nubentes. Eil-os que chegam: tudo riso, luzes, flores, e o mais que sóe haver em semelhantes casos. No momento porém em que o sacerdote vai collocar sobre a da noiva a mão do noivo, ouve-se um grito como de pessoa afflicta e angustiada. A turba attonita volve-se para o lado, d'onde elle partiu, e divisa então quem o deu: uma mulher de feições lindas, porém nubladas pela tristeza, com o desalinho da fadiga de uma longa viagem. E' Zulmira, que atravessa a multidão e apontando para o nubente, que tremulo a contempla, diz em tom de vingança: este homem é meu marido! Todos os rostos cobrem-se de vergonha: o casamento não se realiza. Tal facto, que é verosimil, não tem todos os caracteres de uma tentativa da polygamia, incriminada pelo nosso codigo? (86).

Mas figuremos que nesse momento extremo, ao rasgar-se o veu que encobria a fraude do marido ingrato, e quando o odio geral já se ia accumulando sobre a cabeça do criminoso, para exigir a sua punição, a bella Adalgiza é a unica pessoa que não se mostra incommodada; pelo contrario parece achar prazer naquelle espectáculo que os outros não toleram. E firme, com ar risonho, sem o minimo signal de intima inquietude, ella diz aos circumstantes: *engodo contra engodo; eu não sou uma mulher!* Adalgiza é com effeito um Ganymedes gaiato, que quiz assim

---

(86) Respondam os Cordeiros, Paulas Pessoas, Araripes, et le reste para os quaes é inconcebivel a tentativa desse crime.

mystificar um misero mystificador. E' claro que, em taes condições, ou se considere a noiva, no crime da polygama, como meio ou como objecto do mesmo crime, o que não é ainda uma verdade assentada, a tentativa não existe.

Eu podia, para melhor exemplificar a impropriedade do meio do delicto supposto, imaginar que Sua Reverendissima, o ministro celebrante, á similhaça dos bispos estrangeiros, que costumam apparecer entre nós, não fosse realmente um padre; mas a questão, assim proposta, iria talvez parar no *vasto campo* da theologia, que como todos os vastos campos, inclusive o da *Samba* na provincia de Sergipe, só se distingue pela esterilidade e pelo grande numero de bestas bravas, que nelle pastam (87). Recuei pois diante da terrivel questão, que entretanto o leitor, se lhe aprouver, pôde bem levantar e discutir consigo mesmo.

Uma ultima hypothese illustradora do assumpto. Invertendo, ou modificando a bem conhecida e poetica historia de Piramo e Thisbe, supponhamos que o moço namorado conseguisse da bella Thisbe, que imagino menor de 17 annos, um *rendez-vous* delicioso em lugar êrmo e pinturesco, em o qual pudesse dizer e desejar como o poeta:

Que o murmurio da linfa crystallina,  
Falando a sós por baixo do arvoredo,  
Abafasse o rumor dos nossos beijos,  
Para mais esconder este segredo.

Eil-os chegados ao ponto ajustado. Elle avança e ella treme... Mas isto é uma affronta ao meu bom Ovi-

---

(87) Refiro-me a um enorme descalvado, que se encontra entre as villas de Campos e Lagarto, á igual distancia de ambas, com uma extensão de mais de duas leguas de sul a norte e de léste a oeste, e do qual poder-se-hia dizer, em estylo pomposo, que é esteril, como a corôa de um frade, se á grande esterilidade elle não associasse uma grande belleza.

dio. Piramo e Thisbe, como Leandro e Hero, são dous mimos da imaginação antiga que não é licito utilizar para outro fim, que não seja o de reconfortar-se, como o velho David ao calor da sunamitide Abisag, na taça do melhor dos nectares, o amor, ainda que della não se receba mais senão o aroma. E' uma falta de gosto lançar mão de um bronze de Pompeia, uma *Graça* ou uma *Venus*, para destinal-o a serviço de balança. Supponhamos, pois, não que Piramo porém que um bello moço dos muitos que se exhibem na rua do Ouvidor, no Rio de Janeiro, alcance a dita de um *rendez-vous* com a belleza do dia, com aquella menina loura e pallida, que fulge em todos os salões, como uma estrella caudata... de adoradores. O encontro tem lugar no Passeio Publico, ou melhor... no Jardim Botânico. A hora é das mais propicias. Tudo convida, tudo provoca ao delicto, isto é, ao gozo; nem foi para outro mister, que o rapagão bonito, de *croisé* quasi talár, moço façeiro, litterato, palavroso, e até um pouco abolicionista, seduziu a sua dea. Ambos se encaram, calados, anciosos, como dous guerreiros que se medem frente a frente. Por um rapido movimento de *coquetterie*, a menina faz soltar-se-lhe o cabello, que róla pelos hombros, como uma toalha de agua limpida, dourada pelos raios do sol poente, que a subita abertura de um dique fizesse precipitar-se por cima de um outeiro, e inunda de perfumes a face do homem que já a tem segura e palpitante em seus braços. Que momento! Mas, oh! dôr! a emoção é tão forte, a posse da felicidade é tão esmagadora, que ao fogo succede o gelo, e só se vê, em ultima analyse, uma figura de estafermo, e junto de uma mulher... outra mulher! O campeão está desarmado; o meio do crime ficou em casa; e neste aperto, ainda mais afflictivo que o da cinta beriberica, chega o pai da moça, que agarra o bregeiro pela gola para o ter-

rível ajuste de contas. Apparentemente, o crime deixou de realizar-se, por interpor-se, como causa antagonica, a presença do velho; mas esta causa não foi, no fundo, que gerou o obstaculo á consummação do delicto, a qual, mesmo sem ella, não se podia dar, em virtude da impossibilidade creada pela insufficiencia do meio. Por conseguinte a tentativa do estupro, que em outras condições seria admissivel, não se admite no caso descripto.

Entretanto aqui levanta-se uma questão, que se prende á questão geral da *impossibilidade absoluta e relativa*, concernente ao *conatus criminis*. E' a seguinte: o bom do moço faceiro, lepido, cheiroso como uma casa de perfumaria, já tinha d'antes o defeito da invirilidade, ou este mal lhe appareceu occasionalmente e só por influxo da emoção sem igual? No primeiro caso, a tentativa não existe, por que além da irrealisabilidade do factio criminoso, accresce que ella não tem a base psychologica do *dolus*. Quem traz no bolso um revolver sem capsulas, não pôde ter sériamente a intenção criminosa de metter com elle uma bala na cabeça de alguém. Quem se apresenta na liça, armado de uma *badine*, não presume de modo algum poder esmigalhar de um golpe o craneo de seu adversario. No segundo caso, porém, é que o *conatus* apparece. A profundeza e intensidade da emoção produzida pela posse dessa ave azul, que se confunde com o azul do céu e que chamamos o impossivel, bella encantada avesinha, cujo desencanto não raras vezes consiste em tomar a fórma de uma mulher, a força de tal emoção, sendo capaz de neutralisar os impetos da carne, como dizem os padres, é uma daquellas circumstancias, independentes da vontade, que entram na comprehensão da idéa da tentativa. Assim quando affirmei que, na hypothese dada, o bom do moço seductor não era criminoso, foi presuppõdo que, além da excitação

nervosa do momento, ainda elle padecesse de fraqueza viril proveniente, quer d'alguma affecção morbida, quer do abuso dos banhos aromaticos, dos cosmeticos e fricções, muito em voga entre os homens da côrte, por via de regra indolentes e effeminados pela influencia deleteria, que sobre elles exerce a temperatura pyretica da atmosphaera imperial. (88).

O que se diz da impropriedade ou inefficacia dos meios, é igualmente certo a respeito da inaptidão ou impropriedade do objecto para a realização do delicto.

Não dissimulo haver criminalistas que pelejam com mãos e pés contra esta theoria. Felizmente, porém, o que elles escrevem não tem pés nem mãos; e ás vezes acontece que são incoherentes, para não se tornarem ridiculos. Basta citar o exemplo de Schwarz. Este jurista rejeita a impunidade da tentativa, na hypothese do meio ou do objecto improprio, pela unica razão, que aliás é commum a todos os seguidores da mesma doutrina, de ser nessa hypothese, a intenção criminosa igual á que se manifesta na tentativa ordinaria. O elemento subjectivo do crime, pensa elle, não soffre a minima alteração pelo erro que leva o agente a servir-se de um meio inapropriado ou a exercer a sua acção sobre um objecto incapaz de a receber. (89).

Sim, senhor, concedo que assim seja; mas tambem reclamo que se respeite a logica, e esta exige, em taes condições, que os feiticeiros, por exemplo, fiquem inscriptos no circulo da lei penal, não em nome da religião, como outr'ora, mas em nome da sciencia, que deve consi-

---

(88) Não esquecer que o autor falleceu em junho de 1889, ainda em tempo do imperio. (Sylvio Roméro).

(89) *Kommentar zum Strafgesetzbuch* — pag. 126. — *Handbuch des deutschen Strafrechts in einzeln Beiträgen* — II — pag. 290 — e seguintes.

deral-os verdadeiros criminosos. Por que não? Que diferença existe entre o facto de descarregar sobre outrem uma espingarda sem carga e o de lançar-lhe um sortilegio, ambos no intuito de pôr termo á vida? Schwarz não é capaz de apontal-a. E tanto não é, que, em plena consciencia da difficuldade, querendo evitar a pecha de inconsequente, creou uma classe á parte de crimes tentados por *meios supersticiosos*, a respeito dos quaes desaparece a idéa da tentativa. (90). Praticar, por *engano*, uma acção inefficaz, acreditando entretanto que ella pôde sortir todo o seu effeito, é o mesmo que a praticar por *superstição*, pois que o *supersticioso* não crê menos que o *enganado* nos resultados de seu acto. Superstição e engano — são ambos factos subjectivos, phenomenos complexos, que lançados na retorta metachimica da analyse psychologica, dão identico resultado, isto é, reduzem-se a um simples illogismo, pelo qual se confere a um sujeito um predicado, que lhe não compete, ou se attribue a uma cousa qualidades que ella não tem. Quer n'um, quer n'outro caso, o *dolus facto contrarius* ou o *factum dolo contrarium* permanece inalterado. Se a doutrina subjectivista dá todo o peso á má fé, na hypothese da tentativa mallograda, *exempli gratia*, por ministrar-se erradamente *assucar* em vez de *arsenico*, porque não a ter em conta igual, quando se trata de um mallogro do mesmo genero, por pretender-se matar ou causar a outrem qualquer mal, fornecendo-lhe *raspa de unha*, *cabello queimado*, ou outra similhante dosagem do receituario da feiticeiria? Escapam á minha percepção os signaes da differença, que possa haver entre os dous phenomenos, e que determine dest'arte um modo diverso de aprecial-os juridicamente. Considero-os redu-

---

(90) *Kommentar*... pag. 127.



ctíveis ao commum denominador da tentativa frustrada pela impropriedade dos meios, assim como do objecto.

Este ultimo offerece, é verdade, maiores embaraços á solução pratica do problema; porém isto não quer dizer que a theoria seja falsa. A falha do crime, pela ausencia de objecto adaptado, não é só logicamente concebivel, mas tambem de facto realizavel. O viajante nocturno que imaginando ver diante de si a perigosa figura de um saoteador, que o espera para o roubar, faz fogo contra ella de toda a munição de seu coldre, mas a final reconhece que o projectil dirigio-se a um velho tóco, ou a uma palma de burity; não repugna ao bom senso fazel-o réo de tentativa de morte? Incontestavelmente. E que diremos do individuo, que armado de instrumentos aptos para arredar os obstaculos supervenientes á pratica de um furto, ao pôr a mão na porta, que elle tenta forçar, encontra-a destrancada, e ao tocar na gaveta, onde suppõe achar um thesouro, encontra-a tambem aberta, e, o que mais é, vasia como a algibeira de um fidalgo preguiçoso? E'ahi por ventura admissivel os *conatus*? Não de certo. Os actos praticados chegam apenas para revelar a intenção criminosa; mas não ha principio de execução. Desde o seu primeiro momento genetico o crime é impossivel; e não se concebe que offensa, publica ou particular, possa advir do tentamen de uma impossibilidade. Ao muito, factos de tal ordem podem dar lugar aos expedientes preventivos, porém nunca ao emprego de medidas punitivas que serão sempre, no caso erroneas e injustas.

---



## V

### Mandato Criminal

*Qual a extensão da idéa do mandato, de que trata o art. 4.º do código criminal? . . . . .*

O nosso código criminal, seja este logo o meu primeiro asserto, do qual não posso dizer se envolve um elogio ou uma critica, em todo caso, porém, não deve causar estranheza, pois ahí vai uma verdade quasi de geral noticia, o nosso código, repito, em muitas de suas disposições, produz uma impressão de epigraphie millenaria, de velhas e gastas inscrições lapidares. Bem como a estas, não poucas vezes, faltam letras e palavras, que só ao esforço e paciencia dos epigraphistas é dado restabelecer, assim falta ao código criminal brasileiro um grande numero de conceitos e achados da sciencia do direito penal, que sómente uma san doutrina e uma praxe regular estão no caso de supprir. (91). E' certo, e eu concordo, que os limites theoreticos do direito não coincidem com os artigos de uma lei, ainda mesmo a mais comprehensiva e a mais

---

(91) O que eu aqui entendo por *praxe*, não é a parte ceremonial e burlesca, mas a parte dramatica do direito, é o direito em acção. (Não esquecer ainda uma vez que o autor se refere ao antigo código criminal. O novo ainda *natus non erat*. Sylvio Romero).

cheia de minucias, porém isto não é bastante para explicar e muito menos justificar a chocante anomalia de serem ainda possíveis entre nós, de erguerem-se entre nós ainda questões, que não são taes, que difficilmente deixar-se-hiam suscitar no dominio da legislação penal de outros paizes.

Neste caso se acha a questão acima proposta. Só diante do laconismo e estreiteza de ambito da respectiva disposição do código, é que a idéa do mandato, considerada em suas relações quantitativas e qualitativas, ou como dizem os logicos, considerada em sua extensão e em sua comprehensão, pôde assumir uma feição problematica. Feição anachronica, sem duvida, porque importa reduzir a um *status causæ et controversiæ* mais de um ponto liquido e assentado na sciencia, mas assim mesmo séria, muito mais séria, do que os termos da questão induzem a suppôr. O que ahí se faz notar como já um pouco fóra de tempo e alguma cousa atrazado, é por culpa unicamente do legislador criminal, que traçou artigos insignes de concisão, excellentes para ser, por ventura, gravados nos copos de uma espada, ou até na pedra de um anel, mas não para abraçar todas as variações phenomenicas do crime, nem para satisfazer de prompto as exigencias crescentes do espirito scientifico.

Entretanto importa declarar: a questão, de que me occupo, não é uma semente lançada no terreno esteril da pura especulação. Não se trata de pôr em jogo velhas idéas aprioristicas de um direito criminal abstracto.

E' uma questão, pelo contrario, meramente positiva, levantada nos dominios do direito positivo. Tanto melhor, digamol-o entre parenthesis, tanto melhor para quem, como eu, reconhece na positividade o character essencial de todo e qualquer direito, e não admite outros principios

rationaes do justo, que não sejam os resultantes de um lento processo de estratificação historica no desenvolvimento geral das sociedades humanas.

Dest' arte circumscripita ao circulo da observação e da indução, tanto quanto é compativel com uma sciencia de operações preponderantemente deductivas, como é o direito, a questão presente tem pelo menos um merito sobre outras de igual genero: é não dar azo ao palavreado, não obstante conter materia sufficiente para um serio e profundo estudo. Encaremol-o pois mais de perto.

## I

Perguntar qual é a extensão da idéa do mandato, de que trata o art. 4.º do codigo criminal, é o mesmo que perguntar quaes são os factos da ordem juridico-penal, que devem ser subordinados á categoria daquella fórma do crime alli mencionada. Mas indagar quaes são esses factos não consiste em um simples processo arithmetico, em uma *simplex enumeratio*, como diria Bacon, de casos reaes ou possiveis, que satisfaçam as exigencias conceituaes do mandato. Digo sómente *conceituaes*, porque *legaes* não existem; o codigo não as prescreveu. Indagar quaes são esses factos importa sem duvida uma pesquisa de maior alcance, em nada menos que um trabalho expositivo, interpretativo e, até um certo ponto, *completivo* da respectiva letra da lei.

Logo, é claro, a nossa questão se poderia bem enunciar nos seguintes termos: "expor, interpretar e completar, segundo os principios reguladores da discussão das leis penaes, o art. 4.º do codigo criminal, na parte que diz respeito ao mandato". Mas nesse mesmo trabalho expositivo, interpretativo e *completivo*, é que consiste a função de commentar qualquer disposição legal.

Logo, tambem é claro, a nossa these ainda se poderia simplificar e exprimir assim: commentar, no que pertence ao mandato, o art. 4.º do codigo.

E é justamente um commentario, não uma dissertação no sentido academico e usual da palavra, o que eu pretendo escrever. Tenho sempre em mente o que já disse um escriptor francez: La dissertation est verbeuse de sa nature; elle est rarement exempte de pédanterie; l'auteur y étale avec complaisance tout ce qu'il sait; bem que isto não queira dizer que a pedanteria, segundo o modo commum de comprehendel-a, a *étalage* de conhecimentos, seja sempre digna de censura. Ante esta erronea opinião, ante este ridículo escrupulo de *coquetterie* litteraria, não é menos razoavel o parecer de R. Dietsch: Nur Verkennen des wahren Wesens der Wissenschaft könnte vielen den Vorwurf der Mikrologie und der zu grossen Specialität machen: "Só o desconhecimento do verdadeiro espirito da sciencia poderia levantar contra muitos escriptores a accusação de *micrologia* e demasiado especialismo." A verdade está pois no meio termo. E' o caminho do meu trabalho. A execução póde ser má, porém o methodo seguido é o unico regular.

Depois de estabelecer como presupposto logico do crime a necessidade de uma lei anterior que o qualifique (art. 1.º), e como presupposto psychologico do criminoso o conhecimento do mal e a intenção de praticar (art. 3); depois de differenciar o conceito do crime, dividindo-o em quatro especies ou ordens diversas (art. 2 e §§), o codigo passa a fazer tambem uma differenciação do conceito do criminoso, dividindo-o por sua vez em duas classes precipuas: *autores e cumplices* (arts. 4.º e 5.º). Nestes limites, não ha duvida, a nossa lei penal é um modelo de simplicidade. Mas nem sempre a simplicidade exclue a im-

perfeição. Pelo menos é certo que o seu ponto de vista identifica-se com o dos velhos criminalistas latinisantes, os quaes tambem concebiam a delinquencia sob as unicas fórmulas da autoria e da cumplicidade, (92), aquella attribuida a todos os ... *qui causam dant criminis* e esta a todos os ... *auxiliatores*; sendo porém de notar que a proposição synthetica — *qui causam dant criminis* — é muito mais clara e comprehensiva do que a disposição tripartita do art. 4.<sup>o</sup> do código. Porquanto, ao passo que alli o conceito da autoria tem uma base philosophica na larga e fecunda idéa da causalidade, vemol-o aqui subordinado e restricto a tres ordens de factores ou grupos de sujeitos, que não abrangem logo intuitivamente toda a extensão generica das causações criminosas. E d'ahi o estado de permanente controversia nas questões da applicação pratica do referido artigo.

Com effeito, diz elle: "São criminosos como autores os que commetterem, constrangerem ou mandarem alguem commetter crimes". Muito bem, se estas tres ultimas proposições, ou por assim dizer, estes tres seguimentos dessem a somma do circulo inteiro da realidade dos factos.

Não é porém dubitavel que tal condição tenha sido preenchida? O código não parece lacunoso? Considerado como uma definição da autoria, o art. 4.<sup>o</sup> é uma fonte de disputas, pois que o sujeito se mostra mais extenso que o attributo. Na simples expressão — os *que commetterem*, por menos questionavel que ella pareça, ha sempre motivo de duvida. Ninguem hesita, é verdade, sobre o que seja e em que consista o facto de *commetter um crime*. As modalidades são innumeras, porém a fórmula é uma só, a de praticar a acção criminosa por sua propria conta, de modo

---

(92) Rossirt — *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, 253.

que a vontade do delinquente é a causa unica do delicto. Mas isto não basta para deixar tudo liquido. Os casos de co-autoria immediata, em que muitos individuos se reúnem para a realização de um crime, que entretanto um só dentre elles é sufficiente para commetter, e de facto commette-o, como serão devidamente apreciados, de accôrdo com o código, se este não poz em relevo a idéa de tal co-autoria? Qualquer dos associados é um autor perpetrante, ou dado o crime, na hypothese figurada, por um só do grupo, ficam os outros para com elle na relação de cúmplices? A doutrina está assentada sobre este ponto; mas ninguem dirá seriamente que o código o tenha collocado acima de qualquer contestação... O mesmo acontece com a autoria dos que *constrangem*. . . Não é que eu julgue digna de nota a falta de distincção entre o constrangimento *physico* e *psychico*, falta que aliás parece ter sido supprida pelo § 3.º do art. 10, ainda que me incline a crer que ahi mesmo se trata sómente do constrangimento psychico, pois o physico, pela nimia raridade, não estava no caso de uma indução juridica: *ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt*. Nem tambem faço cabedal de se acharem confundidas a *vis absoluta* e a *vis compulsiva*, desde que praticamente os resultados são os mesmos. Ou trate-se de uma coacção de tal arte, que fica sempre livre ao coagido reagir contra ella, caso em que o *constrangente* pôde entrar na categoria do *mandante*, ou se trate de um constrangimento absoluto, que não deixa espaço para a liberdade, em ambos os casos o constrangente é criminoso como autor. Porém a cousa não é assim tão simples, como se suppõe. Os factos de constrangimento absoluto podem complicar-se de uma circumstancia particular, que gera uma questão difficil, até

hoje ignorada pela sciencia e pela praxe. (93). Eis aqui: existem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerado como agente punivel aquelle que praticou mesmo physicamente a acção externa, que contém os caracteres objectivos desses crimes, nos quaes, por consequente, não se concebe que o autor punivel possa utilizar-se da actividade de outra pessoa como meio de executar o acto exterior criminoso. Estes crimes são, entre outros, os mencionados nos arts. 169, 221, 249 e 250 do codigo.

Comprehende-se facilmente que alguém possa commetter um homicidio, forçando, por exemplo, uma enfermeira a dar ao seu enfermo, em vez de remedio, veneno. Comprehende-se a possibilidade de falsificar-se um documento, de subtrahir-se um papel verdadeiro, por meio de outrem, que a isso se constrange. Mas não é igualmente comprehensivel que se possa commetter um perjurio ou um incesto, por intermedio de outra pessoa, que constrangidamente os pratica. Esta differença conceitual dos delictos envolve, como se vê, uma questão momentosa, com a qual entretanto não é aqui o lugar proprio de occupar-me, segundo a sua importancia. Enunciei-a sómente como um exemplo da difficuldade enorme em que nos collocam o litteralismo juridico, não permittindo que certas lacunas da lei sejam suppridas por outro caminho que não o da reforma, e o *chauvinismo* nacional, para quem o código é um *chef d'œuvre* da sabedoria humana, cuja reformabilidade é tão incomprehensivel como a do decalogo.

Além dos que *commetterem* e dos que *constrangerem* são ainda criminosos, como autores, conclue o art. 4.º, os que *mandarem alguém commetter crimes*. E' o ponto cen-



tral da nossa these. Já vimos que a autoria immediata, a autoria propriamente dita, manifesta-se debaixo de um só schema: o de perpetrar o agente a acção punivel por si mesmo, sem o antecedente causal da vontade de outrem; assim como o constrangimento se dá sob duas fórmulas únicas, a *physica* e a *psychica*, sendo que cada uma dellas é ainda manifestavel sob uma dupla fórmula, o da *vis absoluta* e o da *vis compulsiva*. Quaes são agora os modos de ser da autoria pelo mandato? Eis a questão.

## II

Logo em principio importa observar que o código não usa mesmo da expressão — *mandato*; foi a doutrina que a creou e introduziu na praxe. Mas em vez de esclarecer, a doutrina concorreu, desta maneira, para turvar a idéa da cousa, porquanto, já existindo determinado na esphera juridico-civil o conceito do mandato, como uma das fórmulas que tomam as relações contractuaes, era facil transportal-o ao dominio do direito penal, e provocar dest'arte, como de facto, a mais estranha confusão. O mandato criminal ficou assim reduzido a proporções acanhadas, e muito aquem dos limites, que lhe foram, segundo supponho, traçados pela propria lei.

Com effeito, o código diz que são tambem criminosos como autores os que... "mandarem alguém commetter crimes." Mas que é e em que consiste mandar alguém commetter um crime? A casuistica ordinaria do mandato, isto é, a figuração dos diversos modos, porque se póde mandar alguém praticar uma acção ou omissão punivel, não esgota a idéa contida nessa disposição, se não é que se pretenda attribuir ao legislador uma estreiteza mental digna de lastima. Eu creio que elle não pensou claramente até onde podia estender-se, no mundo dos factos, a participação criminosa do mandante; mas não é crível que elle te-

nha querido restringir a tal ponto a idéa do mandato, que bastasse uma dóse de habilidade a cima do commum para o autor intellectual de um delicto desviar de si o raio da justiça. E' preciso ás vezes estabelecer esta distincção entre o pensamento e a vontade do legislador, sem o que não ha meio de justificá-lo em mais de um ponto, que se apresenta como erroneo e extravagante.

Na formação e applicação da lei, o legislador *induz* e o juiz *deduz*. A' sciencia compete ratificar as inducções de um e esclarecer as deducções do outro.

E' fóra de duvida que o nosso legislador criminal exerceu mal a sua funcção logica, entendendo subsumir ou induzir sob a expressão *os que mandarem alguém commettier crimes*, todos os casos em que um homem influe, persuade e determina outrem á pratica de uma acção criminosa. Nenhuma das diversas accepções classicas do verbo — *mandar* — é bastante comprehensiva para constituir uma synthese desses casos. (94). Mas é tambem certo que elle não quiz, nem podia querer, a impunidade de um sem numero de factos, visivelmente delictuosos, sob o pretexto de não darem no molde ordinario de uma *ordem, commissão* ou *encargo* directo para alguém os perpetrar.

Talvez se me objecte que, ahí mesmo é que reside a questão, isto é, em saber se os autores mencionados na ultima parte do art. 4.º vão além dos que *ordenam, commissio-nam* ou *encarregam* outrem da perpetração de um crime; objecção esta que ainda póde ser reforçada pela consideração de ficarem comprehendidos na amplitude do art. 5.º todos os que, não obstante provocarem a idéa do delicto e seu commettimento, não se deixam todavia medir por aquella bitola. Porém isto é inaceitavel. Admittindo, por

---

(94) Vide — Aulete — verbo *mandar*.

hypothese, que o código tivesse querido realmente limitar, como figuramos, a autoria do mandante, o que elle teve em mira, nesses limites mesmos, punir mais fortemente que qualquer outra participação delictuosa, e elevar, por assim dizer, á segunda potencia da criminalidade, não foi por certo a *fôrma* dessa autoria, mas sómente o seu *conteúdo*. Ora, este é o facto da junção de duas causas voluntarias e livres, influindo uma sobre outra, para produzir um phenomeno criminoso. Mas esta causação complexa não se dá unicamente pelos modos indicados. Qual seria pois a razão, porque o código devesse restringir o circulo da autoria mediata, como quem attribuisse mais peso ao accidente do que á substancia do crime ?

“Quando o legislador, diz Merckel, opéra com idéas, que não se acham desenvolvidas dentro do espaço da legislação, não incumbe ao jurista immergir-se na alma delle e tirar de lá a definição e fixação dos conceitos questionados. Porquanto o silencio do legislador não pôde ter o sentido de uma proposta de enigmas. Esses conceitos ou fazem parte da sciencia, ou entram no dominio intellectual do povo. O legislador indicando-os, sem exprimir um modo particular de comprehendel-os sanciona a intuição que vigora na esphera a que elles pertencem.” (95).

Tal é pouco mais ou menos o nosso caso.

Ao tempo da confecção do código, a idéa do mandato em materia criminal era uma dessas que não se achavam bem desenvolvidas dentro do espaço da legislação; mas já a sciencia tinha chegado a alguma cousa de certo e determinado neste sentido. Não era lícito ao nosso legislador interromper a continuidade do desenvolvimento juri-

---

(95) Holtzendorff's *Handbuch des deutschen Strafrechts* — II, 72.

dico e presuppôr para esse e outros conceitos do genero uma extensão inferior áquella que a sciencia lhes reconhecia. Nós tinhamos, é verdade, um meio efficaz de tirar a limpo a intenção do legislador; era recorrer ás fontes directas do codigo e assistir de novo á sua genese, pela leitura das discussões parlamentares; porém os fastos do parlamento são pauperrimos de dados instructivos a tal respeito. (96).

Resta-nos pois, sem que aliás tomemos o trabalho de mergulhar na alma de quem fez a lei, sómente apreciar os materiaes que estavam ou podiam estar á disposição do legislador, para formular o artigo do codigo, a que nos referimos, e na parte que nos interessa.

O mandato criminal já existia na velha legislação portugueza, a que eramos sujeitos, e justamente nos termos em que o nosso legislador o admittiu, quero dizer, como um ecurvalente da autoria physica.

A Ord. do Liv. 5.º tit. 35 — pr. e § 1 falla de qualquer pessoa “que matar outra, ou *mandar* matar” — bem como de “toda a pessoa que a outra der peçonha para a matar, ou lh’a *mandar* dar”. Já se vê portanto que o codigo brasileiro, desviando-se, no modo de comprehender o mandato, da doutrina consagrada pelo *Code pénal*, que em alguns outros pontos lhe serviu de modelo, não teve outro merito senão o de manter-se no terreno da historia.

O que ha de proprio e original de sua parte é a maior generalidade da fórmula legal, traçada para todos os crimes e não para esta ou aquella especie sómente.

---

(96) O que, a meu vêr, appareceu de mais *significativo* na occasião em que se tratou de semelhante assumpto, foi a offerta feita á Camara por José Silvestre Rebello de um exemplar do codigo criminal da Luiziana (*Sessão de 12 de maio de 1830*).

Porém no seio da velha legislação mesma já á idéa do mandato, em sua significação primitiva de *ordem* ou *encargo directo de commetter um crime, se havia differenciado* e assumido outras fórmãs. E' assim que a citada Ord. do Liv. 5.º, tit. 54 pr., tratando do falso testemunho, diz que a mesma pena de perjuro haverá o que *induzir, e corromper* alguma testemunha, *fazendo-lhe* testemunhar falso. . . Nestas condições, não é crível que, quando a lei antiga formara uma idéa mais larga da autoria intellectual, não a limitando ao simples mandato, o codigo brasileiro retrocedesse alguns seculos, e fosse collocar-se quasi no ponto de vista da primeira phase evolucional do direito em tal assumpto.

Mas não é tudo. Nada obstava que o legislador criminal, por influxo de um liberalismo ignorante ou de uma ignorancia liberalisante, que estava então na época de sua melhor florescencia, entendesse realmente dever abandonar os presuppostos historicos de um novo direito penal, como barbaros, despoticos e em regra menos favoraveis ao criminoso do que á sua victima, e quizesse tomar outro ponto de partida. Admittamos pois que assim fosse, e que o legislador não tivesse com effeito querido dar á autoria intellectual senão o sentido estricto do mandato. Qual seria a consequencia? E' que elle teria saltado por cima de millennios, e revestido desta arte um caracter de anterioridade ao proprio direito romano! . . . Retiro a hypothese; a consequencia é absurda. Vamos a provas mais positivas.

### III

A idéa da participação criminosa ou da codeinquencia não era desconhecida dos romanos. Mas levanta-se a questão de saber se o respectivo direito estabelecera o princi-

pio geral de uma punição contra toda e qualquer participação do crime; e ha quem responda negativamente. Entre outros, Rein assim se exprime: "O direito romano não tinha um principio geral sobre a penalidade do autor e dos mais concurrentes, como em regra os romanos não gostavam da generalisação; mas dava para cada crime determinações especiaes, e na maioria dellas collocava a actividade do autor e dos participantes nas mesmas condições de penalidade; o que se explica pelo facto de que o direito romano, logo que deixou atrás de si o primeiro grau do seu desenvolvimento, entrou a dar menos valor á relação objectiva do que á manifestação da má vontade." (97). E nesta opinião Rein é secundado por Hälschner, que tambem diz: "O direito romano é de pouca importancia para a doutrina da codelinquencia; ainda que o facto de um *concursum plurium ad delictum* não lhe tenha escapado, ainda que em geral elle faça menção dos *socii* e mais miudamente do provocador e dos auxiliaadores do crime, todavia falta-lhe o conhecimento da distincção essencial da culpa dos diversos participantes, tanto que todo o interesse concentra-se em saber quem é, em regra, punivel como autor, ao passo que a differença conceitual das especies de participação é posta de lado." (98).

Entretanto, por mais respeitaveis que me pareçam os dous escriptores citados, sinto-me obrigado a rejeitar as suas opiniões. E isto, ainda quando me achasse sosinho no modo de vêr contrario. Porém felizmente não estou só. Em primeiro lugar, e em favor da idéa de que os romanos não foram tão maus criminalistas, quanto aquelles escriptores parecem suppor, eu encontro apoio na autoridade de Köstlin, que se exprime desta maneira: "Não ra-

---

(97) *Criminalrecht der Römer* — 185.

(98) *System des Preusr. Strafrechts*. Bd. 1 — 301.

ras vezes ouve-se affirmar que o direito penal foi tratado com escassez pelos juristas romanos. Mas isto sem razão. Neste dominio elles prestaram e deram tudo que se podia esperar de taes espiritos. Uma grande parte do direito penal romano está intimamente ligada com o direito privado, e é ahi exactamente que as *fontes* romanas correm tão abundantes, como em qualquer das partes mais bem elaboradas do seu direito." (99). Em segundo lugar, e no que toca em particular á questão da codelinquencia, maximé da autoria intellectual, basta que os textos tenham quem os interpelle. O trabalho é penoso, porém fecundo.

Bem antes que os juristas dos tempos modernos chegassem a construir uma theoria completa sobre o assumpto, já os romanos haviam-na formulado e traduzido na pratica dando á concurrencia moral e autonómica, na esphera criminal, o mesmo valor juridico da autoria physica ou autoria propriamente dita. E' verdade que a participação positiva não apparece no direito romano sob uma fórma geral para todos os delictos; mas nota-se que todas as especies de influencia, que se possam prestar á acção dos outros, foram ahi tomadas na devida conta. Os exemplos são em grande numero, porém limito-me aos seguintes, tirados do disposto a respeito de crimes bem diversos entre si.

Assim lê-se na L. 11. D. *De injuriis et famosis libellis* — (47, 10) Non solum is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit, verum ille quoque continetur, qui *dolo fecit* vel qui *curavit*, ut cui mala pugno percuteretur. (Comparar com Inst. Liv. 4.º tit. 4.º § 11).

---

(99) *Lehre vom Morde und Todschatz* — 17.

Do mesmo modo: — L. 15 D. *ejusdem tituli*. — Ait prætor: qui adversus bonos mores convicium cui fecisse *cujusve opera* factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret; in eum judicium dabo.

Assim também: — L. 4, §§ 4.º D. *Vi bonorum raptorum et de turba* (47,8) — Hoc autem edicto tenetur non solum qui damnum in turba dedit, sed et is, qui *dolo malo fecerit*, ut in turba damni quid daretur.

Mais ainda: — L. 1, § 1.º D. *Ad legem Juliam magestatis* (48,4)... quo tenetur is, cujos *opera dolo malo* consilium initum erit.

Não fica ahi. L. 5, D. *De extraordinariis criminibus* (47,11). In eum cujus *instinctu* ad infamandum dominum servus ad statuam confugisse compertus erit, etc.

E mais: L. 7, D. *Ad legem Juliam de vi publica* (48,6)... de vi publica tenetur, qui necaverit, vulneravit, *jusserit vel* quid fieri.

L. 7, § 4 D. *Arborum furtim cæsarum* (47,7). Sive autem quis suis manibus, sive dum *imperat* servo arborem, cingi subsecari cœdi, ac actione tenetur. Idem et si libero *imperet*.

No mesmo circulo de idéas: — L. 11 § 5 D. *De injuriis et famosis libellis* (47,10) Si *mandatu* meo facta sit alicui injuria, plerique aiunt tam me *qui mandavi* quam eum qui suscepti injuriarum teneri. Proculus recte ait si in hoc te *conduxerim*, ut injuriam facias, cum utroque nostrum injuriarum agi posse, quia *mea opera* facta sit injuria. Idemque ait et si filio meo *mandavero*.

L. 5. Cod, *De accusationibus et inscriptionibus* (9,2)... præter principalem reum, *mandatorem* quoque ex sua persona conveniri posse ignotum non est.



L. 1 D. *Ad legem Juliam peculatus* (48,13)... ne quis ex pecunia... auferat neve in rem suam vertat *neve faciat*, quo quis auferat, etc.

L. 8, 32 § 1. D. *Ad legem Juliam de adulteriis coercendis*. (48,5) — Qui domum suam, ut stuprum fieret, sciens præbuerit vel quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit, *quasi adulter* punitur. Non tamen prohibetur accusator... eum quoque accusare, qui domum suam præbuit vel *consilio fuit*, ut crimen redimeretur.

L. 50 § 1.º D. *De furtis* (47,2). Consilium autem dare videtur, qui *persuadet et impellit atque instruit* consilio ad furtum faciendum...

L. 1. D. *De lege Pompeia de parricidiis* (48,9)... si quis patrem matrem... occiderit *cujusve dolo malo id factum, erit*, etc.

Finalmente: L. 15, D. *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* (48,8). Nihil interest, occidat quis an *causam mortis præbeat*.

Do exposto é facil inferir que idéa formavam, e que importancia attribuíam os romanos á participação intellectual. As expressões — *cujus ope, consilio, cujus dolo malo id factum erit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit*, e outras que apparecem em quasi todas as *leges judiciorum publicorum*, são características da maneira por que elles comprehendiam o papel dos instigadores, provocadores e maus conselheiros na genetica do crime. Não era sómente pelo *mandatum* ou pelo *jussus*, que se podia dar o correato da instigação, punivel com as mesmas penas impostas á acção principal. Mas todos os modos, directos e indirectos, porque alguém induzia outrem, fazia que outrem (*fecerit, ut*) commettesse este ou aquelle delicto, entravam na comprehensão da autoria moral. Isto é claro e indubitavel.

Posto de parte o direito canonico, em mais de um ponto influenciado pelo direito romano, porém dirigido pelo principio da subjectividade e attendendo menos para o *crime* do que para o *peccado*, é licito affirmar que a idéa romana da participação criminal, como acabamos de a expôr, achou apoio no espirito das épocas e das legislações posteriores. A velha escola juridica italiana, representada por nomes como, entre outros, Clarus e Farinacius, foi quem primeiro sujeitou o conceito da codelinquencia a uma dialectica rigorosa. Julius Clarus principalmente, em seus *Sententiarum receptarum libri quinque*, firmou a doutrina sob o ponto de vista triplice do *consilium*, do *mandatum* e do *auxilium*. E não deixa de ser notavel que muita cousa do que elle disse, ha mais de trezentos annos (1560), ainda hoje goze, entre os criminalistas, de geral accitação, quando não acontece que alguns menos lidos do que é preciso, dêem como verdade nova e descoberta propria aquillo que o illustre contemporaneo de Giordano Bruno já considerava liquido e esclarecido. (100). Farinacius, por sua vez occupou-se da questão e fel-a render, applicando-lhe uma larga casuistica, em relação a todos os *persuadentes, inflammantes, instigantes, hortantes, incitantes et instructes, nam persuasio, inflammatio, instigatio, hortatio, instructio, non differt a consilio*. E o conselho, segundo elle, de accôrdo com Clarus, equivalia ao mandato no sentido de se dever impôr ao conselheiro a mesma pena que ao autor aconselhado. Farinacius, pode-se dizer, dei-

---

(100) Por exemplo: — Benoit Champy, em sua monographia sobre a cumplicidade, que não deixa de ser interessante, parece exultar de haver creado uma fórmula para distinguir o autor do cumplice; e é a seguinte: o facto em questão deu nascimento ao crime, ou sómente facilitou-o? No primeiro caso, co-autoria; no segundo, cumplicidade. Ora este modo de vêr, que Champy ingenuamente chama — *notre theorie*, — Julius Clarus já o conhecia até aos detalhes!...

xou assentada a doutrina do conselho; e a elle remontam (1581) muitas idéas que hoje são triviaes na theoria e na praxe criminal. (101).

Passando ás mãos dos criminalistas succedentes, a doutrina da autoria mediata pôde ter enriquecido intensiva, mas não extensivamente. Foi assim que, por exemplo, Benedicto Carpzow, a quem a sciencia é devedora de não poucas acquisições, manteve os dados de seus antecessores italianos, apenas adicionando-lhes alguma cousa de novo sobre a theoria da *receptatio*. Dest'arte a idéa do mandato, quero dizer, da autoria intellectual, em sua evolução historica, entrou no dominio dos tempos e dos codigos modernos.

## IV

Na série das leis penaes do vigente seculo, o codigo criminal brasileiro occupa chronologicamente, um lugar intermedio e é muito provavel que dos seus antecedentes fosse ao *Code pénal* sobre tudo, que elle pedisse inspirações. Isto até naquelles artigos, que divergem do modelo, e nos quaes se nota como no art. 1.º, um intuito allusivo ao legislador francez. Nem sempre o nosso codigo foi feliz nessas divergencias; mas tambem é innegavel que o legislador teve seus momentos de senso juridico, desviando-se de proposito da trilha do *Code pénal*. Foi assim na delimitação dos conceitos de *autoria* e *cumplicidade*. Ao passo que o direito francez restringira uma aos actos executivos ou de concurrencia material e directa para a execução de um crime, e a outra aos actos de participação secundaria como elles são definidos no art. 60.º do *Code*, a nossa lei

(101) Entre outras, a expressão e a idéa de *corpo de delicto*: — *Inquisitionem non posse contra aliquem formari, nisi constet de corpore delicti, dixit.*

penal afastou-se desta norma, distribuindo os autores em tres classes, e não dando á cumplicidade outro caracter juridico senão o de ser, genericamente, a concurrencia directa para a execução de um crime por meios diversos dos meios cooperativos, já elevados á posição de autoria. E ao passo tambem que pela lei franceza o mandato ficou sendo um modo de funcionar como cumplice, pelo nosso codigo, ao contrario, o mandato veiu a exprimir uma função de autor. Verdade é que, na pratica, esta differença entre as duas legislações quasi não tem importancia, em virtude do principio de assimilação penal de cúmplices e autores, seguido pelo *Code*. Mas, mesmo assim, permanece incontestavel que o nosso legislador andou mais bem avisado na maneira de apreciar a criminalidade do mandato.

Não cabe, por ser estranho á nossa questão, fazer a critica das vistas contrarias á doutrina consagrada pelo codigo. O que nos importa, é mostrar que o mandato, considerado por elle como *causa sufficiente para produzir o effeito criminoso*, como diria A. Feuerbach, isto é, o mandato, qualificado de autoria, não vai sómente até onde chegam as idéas, que vulgarmente acompanham essa palavra, porém muito além. Os motivos que puderam determinar o legislador a conferir á actividade mandante um augmento de valor juridico sobre a cumplicidade em geral, são os mesmos que me determinam a crer que a ultima parte do art. 4.º é muito mais ampla, do que a letra da lei parece significar.

Esses motivos foram hauridos na relação da causalidade que existe entre a acção do mandato e o delicto, mediatizados pela acção do mandatario, e nestas condições não ha razão de suppor que outros factos, onde se estabelece uma relação identica, deixem de ter os caracteristicos da autoria, só porque a linguagem vulgar não lhes dá o nome de mandato.

Para que um homem seja responsavel por um phenomeno offensivo do direito, é antes de tudo preciso que entre uma acção ou omissão do mesmo homem e o phenomeno criminoso haja um nexos causal, isto é, que uma acção ou omissão sua seja causa mediata ou immediata desse facto. Ora, é por influxo deste principio que o mandante, no sentido ordinario da expressão, é responsavel pela acção criminosa do mandatario. Mas só se diz que um homem é causa da acção de outrem, quando elle, intencional ou não intencionalmente, o determina de qualquer modo a pratical-a.

Não é portanto admissivel que o legislador tivesse considerado como o unico modo de ser causa moral de um crime alheio, de determinar alguém a perpetrar um crime, o mandato em termos restrictos, o mandato *imperativo* ou *de commissão*. (102).

Dir-se-ha talvez que esta maneira de interpretar é por extensão analogica, incabivel no direito criminal. Mas eu declaro alto e bom som que não tenho, como os criminalistas francezes e seus epigonos, um *santo horror* á analogia. (103). Não conheço no genero maior extravagancia.

Hegel disse uma vez que um juizo acertado, quando succede tornar-se bem commum da multidão, converte-se de repente em um tolo prejuizo. A exactidão destas palavras se manifesta ao vivo na questão da analogia.

---

(102) A expressão — causa moral (*causa moralis*), applicada ao mandante, remonta a Boechmer, no seculo passado.

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

E' uma verdade que o raciocinio analogico não deve ser empregado abusivamente no direito criminal, isto é, no sentido de multiplicar os delictos, pois a estes se pôde adaptar o pensamento do philosopho medieval a respeito dos seres: *non sunt multiplicanda præter necessitatem*.

Mas o vulgacho dos criminalistas apoderou-se dessa verdade e transformou-a n'uma tolice a cujos encantos já não resistem até espiritos notaveis. (104).

Qual seja porém a razão porque a analogia, em toda e qualquer hypothese, deva ser excluída do direito penal é o que ninguem ainda tomou o trabalho de nos dizer de modo satisfactorio. Dado que fosse, todavia, evidente e irrecusavel o que pretendem esses senhores, a nossa causa ficava no mesmo pé. Não é tanto pelo que... *ad exemplum legis vindicandum est*, como pelo que... *ex scriptura legis descendit*, que a autoria intellectual, de que trata a ultima parte do art. 4.º do codigo, se me afigura um conceito de proporções mais largas do que as palavras do mesmo artigo parecem indical-o. *Etsi maxime verba legis hunc habent intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult*. Assim, e dentro das raías da propria lei, a idéa do mandato estende-se a todos os casos, em que um individuo, *sciens prudensque*, determina outrem a commetter, tambem sciente e conscientemente, uma acção ou omissão criminosa.

Tal a intelligencia, que reputo a unica verdadeira, da respectiva disposição do codigo. Ahí se acha comprehendida toda e qualquer influencia psychologica ou intelle-

---

(104) Haus — *Principes generaux du droit penal belge* — 151.

O que este autor, aliás consideravel, bem que seja dos que ainda *soffrem* da mania transcendental dos *principes éternels du juste*, escreveu sobre tal assumpto, é digno de lastima.

ctual, provinda de uma pessoa e exercida sobre a vontade de outra, que é levada, pelo impulso dessa mesma influencia, a tomar uma deliberação e perpetrar um certo crime; isto ao envez do que se dá, por um lado, com a coacção physica ou psychologica, pela qual a vontade desaparece e o pretenso perpetrador se converte em instrumento nas mãos do coagente, e ao envez do que succede, por outro lado, com a cumplicidade intellectual, que se limita a confirmar e reforçar no autor a deliberação já existente.

As exigencias conceituaes do mandato, assim expostas, são as seguintes: 1.º, que a vontade do mandante se tenha proposto praticar uma acção punivel, certa e definida, pelo *medium* da actividade physica de outrem; 2.º, que elle, em consequencia deste *animus delinquendi*, tenha determinado, por um meio *efficaz*, outra pessoa a commetter a acção criminosa; 3.º, que essa outra pessoa, em virtude da determinação de sua vontade por intermedio do mandante, tenha commettido a acção respectiva. E' facil mostrar: existe uma distincção essencial entre o mandato e a autoria propriamente dita; e é que naquelle a acção punivel commettida e a vontade criminosa do mandante são *mediatisadas* pela vontade criminosa do agente physico, ao passo que nesta o crime tem sua causa unica na vontade do autor. Ainda faz parte do conceito do mandato, que exista entre o acto do mandante e o acto do mandatario não só um nexa causál, mas tambem um nexa chronologico de antecedente e consequente. A vontade dolosa do mandante é sempre anterior á vontade dolosa do mandatario. Esta circumstancia torna comprehensivel que o mandato, quando se dirige a um *jam alius factururus*, se reduza a simples cumplicidade, bem como que a approvação posterior dada a um crime, por mais significativa que ella seja, não possa todavia assumir o caracter de autoria moral.

Eu disse que o mandante devia determinar o mandatario, por um meio eficaz, á pratica do delicto. Mas esta efficacia do meio é toda relativa ás condições pessoaes, ás condições de tempo, lugar e outras, em que se acha o autor. Não ha mister de meios geralmente conhecidos como fortes para induzir outrem a praticar um acto criminoso. O contrario importa uma opinião erronea, que arrasta consequencias exquisitas, se não disparatadas.

Foi assim que Mittermaier vio-se obrigado, pelo influxo desse erro, a excluir a *commissão* dos meios de mandato. (105). Associo-me neste ponto á opinião de Haebelin, o qual diz que para o conceito do mandato é indifferente saber, porque meios o agente foi determinado a realizar o delicto. (106). O principio é applicavel ao nosso direito, excepto quanto a um ou outro caso de *concurso necessarius*, como a peita e o suborno, onde o meio do mandato, que é a paga ou a influencia pessoal, é um elemento substancial do crime; porém no mais póde elle apenas alguma vez constituir circumstancia aggravante.

E' impossivel enumerar os meios, de que o mandante póde servir-se para fazer nascer no animo do mandatario o conhecimento do mal e a intenção de o praticar.

A vontade humana tambem tem a sua mecanica, e ha mister de forças que a ponham em jogo. Se é certo que uma vontade energica pesa mais que o mundo, e offerece menos que o mundo um ponto de apoio á alavanca de Archimedes, é igualmente certo que uma vontade fraca se amolga com facilidade á pressão dos homens e das cousas. Os meios que determinam alguém, e esta determinação é sempre uma fraqueza, a commetter uma acção criminosa, são innumerados, é verdade, mas podem reduzir-se a

---

(105) *Archiv des Criminalrechts* — A d. 3, 125.

(106) *Gerichtssaal, etc.* — 624.



classes, que abrangem quasi todos. Assim costuma-se mencionar a *commissão*, que não precisa ser expressa por palavras, algumas vezes basta que o seja por gestos e signaes, a *ordem*, a *vis compulsiva*, até onde esta deixa intacta a liberdade de obrar, a *supplica*, a *suscitação* ou *utilização proposita de um erro*, até onde tambem este não exclue a imputabilidade, o *louvor*, e o *applauso*, o *conselho* e mesmo a *expressão de um desejo*, como as fórmãs mais geraes, sob que sôe realizar-se o mandato, o qual pôde dar-se, notê-se bem, não só por actos positivos, mas ainda por actos negativos.

Pela natureza da autoria intellectual, segundo temol-a até aqui estudado, é evidente que o *dolus* lhe é essencial. Não existe mandato *culposo*. (107). Daqui resulta que, quando pela suscitação de um erro, succede que o mandatario seja um simples instrumento do mandante, sem que haja culpa alguma de sua parte, ou mesmo havendo-a em qualquer grau, porém na ausencia completa do *dolus*, dá-se o que os criminalistas qualificam de *mandato apparente* (*scheinbare Anstiftung*, dizem os allemães). Sirva de exemplo o seguinte facto referido por Mittermaier: Uma mulher (sem duvida um pouco ingenua) ouvira dizer que havia um meio de fazer reviver o amor de seu marido que ella julgava extincto.

Um seu vizinho, inimigo occulto daquelle, e a quem ella dirigio-se para pedir *informações*, apontou-lhe, como meio apropriado, um certo pó, que era entretanto de natureza toxica, e cuja applicação teve por consequencia a morte do homem. (108). Eis aqui um caso bem caracte-

---

(107) Geyer-Holtendorff's *Handbuch*. II, 223 e 388 — Schwartz — *Commentar*... 151. John-*Entwurf mit Motiven*. 248 Schutz *Lehrbuch*: 153.

(108) *Archiv*... Bd. 3, 142.

risado de *mandato apparente*. A vontade criminosa do vizinho é com effeito mediatisada pela vontade da mulher, mas esta não encerra, nem mesmo em dóse minima, o *dolus* preciso para formar o delicto, e por isso desapparece a idéa da participação, da *societas delicti*, que entra na comprehensão do mandato.

Aos que porventura ainda insistissem sobre a interpretação restricta da terceira parte do art. 4.º, eu pediria que se dignassem de applicar ao exemplo indicado a bitola do nosso direito. Qual seria entre nós a pena do maligno insinuador da mulher estolida? De duas uma: ou tinha-se de aceitar da doutrina, pois que o facto não cabia na categoria do constrangimento, o conceito do *mandato apparente*, e punir o pretenso mandante, como se fosse autor physico e immediato, ou havia-se de deixar impune, por escrupulos de interpretação, um delicto gravissimo, que se punha fóra da acção da justiça por effeito de uma cousa, que aliás constitue para outros uma circumstancia aggravante, isto é, por effeito da *fraude*.

Nada porém mais ridiculo do que esta renuncia do direito de punir um malvado com um simples — *curia ignorat jura*.

O crime do mandante, mesmo isolado do crime do mandatario, admite a sociedade; e dahi o *co-mandato* (*Mitanstiftung*, como se diz em allemão), o qual póde ser simultaneo, ou successivo. A formula do primeiro: A + B mandam C commetter um crime, a formula do segundo: A transmite a B, por qualquer dos meios do mandato, o desígnio, que *este faz* seu, de commetter um crime por intermedio de terceiro. O primeiro é commum na praxe; o segundo, porém, bem que menos conhecido, não é por isso menos aceitavel.

Como idéa coordenada com o mandato de mandato, é concebivel tambem o mandato de cumplicidade.

Alberto Berner é de opinião que, nesta hypothese, não existe participação criminosa do mandante; elle deve ficar impune. (109). Não me parece porém acertado este modo de pensar. Verdadeira considero a opinião de Schwarz, que admite aquella forma do mandato, não só como logicamente concebivel, mas como praticamente realizavel e sujeita á pena. Assim como o mandante do mandante é um mandante, do mesmo modo o mandante do cumplice é um cumplice; e esta doutrina é tanto mais admissivel, quanto é certo que ella se adapta ao nosso direito. Para quem só comprehende o *directamente* do art. 5.º do código no sentido subjectivo, que é o verdadeiro, um homem, que manda outrem auxiliar alguém na pratica de um delicto, não é mais nem menos do que um cumplice.

Igualmente, se não ainda mais clara é a concepção da cumplicidade do mandato. Por exemplo: A empresta a B a somma de dinheiro por este desejada para o fim de com ella determinar C a assassinar D. Realizado o homicidio, não ha duvida que A concorreu *directamente* para o delicto de B; e por que este se acha logica e juridicamente associado ao delicto de C, tambem A concorreu para elle, posto que a relação de causalidade entre o seu acto e o acto de C seja uma relação mediata. Assim sob a idéa geral de participação póde subsumir-se não só o mandato de mandato, o mandato de cumplicidade e a cumplicidade do mandato, como até mesmo a cumplicidade da cumplicidade *in infinitum*; o que nos abre uma perspectiva semelhante, como diz Geyer, a uma dessas grandes salas, cujas paredes cobertas de espelhos repetem cada objecto em innumeradas imagens, e offerece uma enorme difficuldade pratica. Mas as difficuldades praticas não excluem a verdade existente no fundo de uma theoria.

---

(109) *Grundsätze des Preussischen Strafrechts* — 28.

Agora outra questão. E' concebivel a tentativa do mandato? E dado que o seja, o nosso codigo deu entrada a essa doutrina? Quanto ao primeiro ponto, as opiniões são divergentes. Criminalistas como Bauer, Zacharice, Lunden, Heffter e outros admittem aquelle conceito. Outros porém como Goltdammer, Otto, Hugo Meyer e não poucos mais, combatem tal idéa. Como a opinião dos autcores, tambem varia a legislação dos diversos paizes. Assin, por exemplo, o codigo penal de Württemberg (art. 79), o de Brünswick (art. 37), o de Altenburgo (art. 36), o de Thüringen (art. 34), o de Saxonia (art. 64), dão conta da tentativa de mandato. Ao contrario o *Code pénal*, o codigo da Prussia (art. 34), os codigos de Hesse (art. 72), de Oldenburg (art. 31), Lübeck (art. 32), o codigo do imperio allemão (art. 48), e ainda outros, consagram doutrina differente. Qual é entretanto a theoria mais razoavel?

Se eu estivesse incumbido de discorrer *de lege ferenda*, não hesitaria um só momento em aceitar a doutrina da primeira ordem de autores e legislações. Mas não tenho essa incumbencia; e como tal, limitando-me ao *de lege lata*, sou obrigado a dizer: o nosso codigo não admittiu a tentativa do mandato. Para isso seria mister que elle tivesse feito do ultimo um crime autonomo e independente da acção principal.

Na tentativa do mandato, como ella é concebivel, comprehendem-se tres casos: 1.º, quando aquelle que quer induzir outro a perpetrar um delicto, não consegue despertar nelle a intenção criminosa; o mandatario não se deixa *mandar*; 2.º, quando o mandato é bem succedido, só porque o mandatario chega a tomar a deliberação de commetter o crime, mas não chega a executal-o, nem mesmo a tental-o; 3.º, quando o mandante encontra um individuo *omnino facturus* (segundo a expressão da L. 1 § 4.º D.

*de servo corrupto*), isto é, um individuo já determinado ao crime, e que por isso não pôde mais ser induzido a pratical-o. Nenhuma das tres hypotheses se acha positivada em nossa lei penal.

Mas do principio da impunidade do *conatus* o codigo parece ter feito excepções, que aliás confirmam a regra. Os arts. 90, 99 e 119 tratam de delictos que têm alguma similhaça com a tentativa em questão. A provocação por escriptos ou discursos é um delicto *sui generis*; mas a lei não altera a natureza dos factos, podendo apenas dar-lhes maior ou menor valor juridico; e o facto da provocação, conforme a sua energia, pôde assumir todos os caracteres de um mandato. O contrario seria absurdo, quão absurdo é admittir, por exemplo, que o homem que por meio de um discurso na praça publica provoca outros a praticarem um assassinato, e ainda este immediatamente se dando, não tem responsabilidade criminal. Os delictos, cuja provocação é ameaçada com penas pelos citados artigos, têm duas phases: a tentativa e a consummação. Dado o caso que, pelo meio indicado, um desses crimes se consummasse, qual seria a pena do provocador? E' uma questão que levanto: não é preciso explanal-a.

O codigo, repito, não deu entrada á tentativa de que se trata. Será um bem ou um mal? A resposta é difficil. Porém cabe aqui observar que alguns paizes, cujas leis penaes não consagravam esse principio, acabaram por sentir a necessidade da cousa. Foi assim que a questão Duchèsne na Belgica deu lugar á lei de 7 de julho de 1875, e esta por sua vez, occasionou o art. 49 do *Strafgesetzbuch* da Allemanha (1876). Ambas as disposições punem o mencionado *conatus*.

Ainda outros pontos do assumpto. A idéa do mandato é applicavel, em regra, a todos os delictos. Têm-se procurado muitas vezes estabelecer excepções tiradas da

diversidade dos motivos. Mas o motivo da acção é tão pouco decisivo como o do mandato mesmo. A intenção *commum* póde repousar sobre motivos diversos. Nem mesmo os delictos de funcção, os chamados *crimes de responsabilidade*, constituem legítimas excepções, pois que, quanto a elles, o mandato se especialisa em peita ou suborno.

O chamado *excessus mandati*, que é tambem uma das questões do nosso programma, não tem entretanto a importancia que se lhe costuma dar. O que faz illusão a tal respeito, é a analogia tomada das relações juridico-civis. Actualmente ha completo accôrdo em que, tambem no mandato, como em todas as fórmãs da criminalidade, não se admite a *presumptio doli*; as regras geraes sobre a imputação penal, quer dolosa, quer culposa, dão a medida das soluções reclamadas. A responsabilidade do mandante chega sómente até onde o crime do mandatario é um producto do mandato. A determinação ou induzimento de um e a acção criminosa do outro devem cobrir-se como causa e effeito.

Similhantemente o arrependimento do mandante. Bem entendido: não é o arrependimento subjectivo, porém o objectivo, significado por factos. Nelle distinguem-se dous momentos: o mandato póde tornar-se sem effeito, ou porque o mandante extinguiu a força dos motivos, que determinavam o mandatario, ou porque elle oppoz-se directamente ao commettimento do delicto. No primeiro ponto de vista resolvem-se todas as difficuldades, mantendo-se o principio: a acção punivel é imputavel ao mandante, quando ella é o resultado do mandato. Se elle recúa em tempo, e não obstante o mandatario executa o crime, já o faz por motivos autonomicaamente proprios. Porém releva notar: os motivos postos em jôgo pelo autor intel-

lectual podem permanecer, mesmo depois que elle os procurou abolir. Por exemplo: A provocou o ciúme de B para induzil-o a matar C e busca depois, mas em vão, acalmar esse ciúme. Pelo que toca aos obstaculos oppos-tos á realização do crime, não ha duvida que elles podem ser efficazes ou inefficazes, considerados em si mesmos, assim como podem vir cedo ou tarde. Quando a inefficácia ou a demora é attribuível á culpa do mandante, não lhe aproveita o seu arrependimento. Na mesma classe de obstaculos inefficazes ou tardios está a denuncia, que por ventura dê o mandante á autoridade publica, do delicto a commetter-se, se por ella não se chega a impedil-o. Ainda que isto aconteça por desleixo da autoridade, não ha razão para negar a causalidade entre o mandato e a acção criminosa, e descobrir uma interrupção dessa causalidade no desmando do funcionario. Nem mesmo tem ali applicação o principio da compensação da culpa. (110). Quanto ao arrependimento do autor physico, é de facil comprehensão, segundo o exposto sobre o mandato mallo-grado ou improficuo, que o mandante não é responsavel, quando, tendo suscitado a intenção do mal no espirito de outro, este, antes de entrar no estadio da tentativa, abandona por si mesmo o projecto criminoso. Mas a cousa é bem diversa, quando o mandatario, depois de já ter-se feito culpado de um tentamen, recúa da consummação, que ainda lhe é possivel. Tal recuamento nada tem que vêr com o mandante, o qual deve ser punido como réo de um *conatus delinquendi*, ao passo que o mandatario só tem de responder pelo que ha de objectivamente criminoso no facto. Se porém o autor intellectual quiz por ventura que o delicto só chegasse ao gráu da tentativa, elle converte-se então n'um *agent provocateur*, conceito que é estranho ao

---

(110) Schwarz — *Commentar...* 161.

nosso direito penal, e pôde ao muito considerar-se autor *culposo* de qualquer má resultado, attribuível á imprudencia.

A dialectica do mandato ou o seu desenvolvimento logico leva-nos mais adiante. Que influencia exercem entre si, costuma-se questionar, as relações pessoas do mandante e do mandatario? A resposta não é duvidosa. Todas as circumstancias, que influem sobre a penalidade de uma determinada pessoa, isto é, que têm um caracter subjectivo, não podem affectar a penalidade de outra. Circumstancias ao contrario, que transformam o crime em um crime essencialmente diverso, e que possuem por consequente um caracter objectivo, devem ser tomadas em consideração a respeito de todos os que cooperam sciente e conscientemente para o delicto. Esta doutrina, aparentemente simples, tem todavia difficuldades occultas, que se fazem valer, quando trata-se de examinal-a nos detalhes e de traçar a linha de separação entre circumstancias objectivas e subjectivas. Em todo o caso, permanece verdadeiro que o principio director, na esphera da penalidade, é o da *individualisação*, isto é, o principio, segundo o qual a existencia desta ou daquella especie de intenção criminosa deve ser apreciada *individualmente* em qualquer dos participes do crime. E' a opinião vigente de criminalistas notaveis, entre estes o italiano Tolomei, o qual ainda observa que a escola juridica do seu paiz sempre rendeu homenagem á similhante intuição. (111).

O mandato ainda comporta outros problemas, bem que de caracter puramente processual. Mas é inopportuno discutil-os aqui. Contento-me com a indicação de alguns. Sirvam de exemplo a prescripção e a flagrancia, que, segundo as relações de influencia reciproca entre o man-

---

(111) *Diritto e procedura penale* — 330.



dante e o mandatario, podem dar nascimento a questões de não pouca monta. Eu deixo-as de lado; pois que ellas, em summa, não se acham contidas na extensão da idéa do mandato.

Tanto quanto é compativel com um trabalho de tal natureza, o thema está esgotado. Só me resta pois repetir o que disse no principio: a execução póde ser má, porém o methodo seguido é o unico verdadeiro. (112).

---

(112) Este escripto sobre o mandato criminal foi a *dissertação* pelo autor apresentada, quando concorreu a um lugar de lente da Faculdade de Direito do Recife em abril de 1882. (*Nota de Sylvio Romero*).



## VI

### A co-delinquencia e seus effeitos na praxe processual

#### I

NO mundo em que vivemos, neste mundo de bonitas miserias, no qual Deus e o diabo, não sei se a cima ou ao lado do imperador, formam com elle os três unicos factores da historia nacional, os problemas juridicos são os mais aptos para dar a medida exacta dos nossos dotes moraes. Se fosse possivel a invenção de um instrumento graduador da intelligencia dos individuos e dos povos, ao querer se tomar o grau da temperatura mental brasileira, o direito, o estudo do direito, as relações juridicas em geral, fariam o mesmo papel que a axilla dos febricitantes, seriam o ponto mais adequado á collocação do *noómetro*.

O meu distincto amigo Sylvio Roméro, em um dos seus felizes momentos de acertada diagnose social, estabeleceu que o Brasil é o paiz nato dos *leguleios*: quem não acha em que se occupe, tem logo ao alcance da mão um meio commodo de corrigir a fortuna: é munir-se de um *Assessor forense* e augmentar o enxame dos rabulas. Esta idéa é muito justa, e não póde ser contestada. *Facta loquuntur*. Mas é sempre cabivel observar que o talentoso escriptor deixou de lado o grande numero de phenomenos que se prendem, antecedente e consequentemente, á im-

portante verdade, por elle enunciada. O *leguleismo* brasileiro não se manifesta sómente, como meio de vida, nas regiões inferiores da pobreza desarranjada, mas tambem, como expediente politico, na alta esphera governamental. A nossa politica tem sido e é em geral uma politica de *advogados*. Dahi os males que nós assoberbam, pois que os nossos estadistas, em sua maioria *homens da lei*, quando têm de defender e sustentar uma idéa, fazem-no sempre com o mesmo grau de convicção, com que escrevem umas *razões finaes*, para firmar logo o direito ao recebimento da segunda metade do honorario. (113). Dahi o estrago dos caracteres, o embotamento quasi completo do senso da justiça, e a falta de seriedade, que se mostra em todas as luctas do direito em acção. Mas não fica nisto. Os leguleios, que preponderam nas diversas direcções da actividade publica, não são productos de si mesmos, ou resultados de alguma curvatura irregular, que tenha tomado o desenvolvimento nacional. São effeitos da indole originaria do povo, que tem um talento chicanistico assás pronunciado, como já foi com acerto notado por Burmeister (*Reise nach Brasilien*). (114). E esse talento innegavel,

---

(113) E' bom notar: os raros estadistas que temos tido, um pouco acima da bitola commum, nunca exerceram a advocacia.

(114) Vem a proposito ainda aqui assignalar um facto bem significativo: o typo sociologico do brasileiro, alguma cousa de paralelo ao *yankee*, do brasileiro de corpo e alma, como elle se fez valer nos primeiros tempos da nossa vida historica, é o demandista. A propria politica sahio deste embryão. Quasi todos os chefes de localidades e contendores eleitoraes de hoje foram demandistas, ou são descendentes de taes, que gastaram do seu melhor em defender as suas terras de invasão do vizinho ambicioso, que queria tomar o rumo do *pé da aroeira*, quando devia ser o do *Jatobá*, na direcção da casa de *Maria de Sousa*, etc., etc., segundo *rezava* (este *rezar* é caracteristico) a sesmaria do capitão-mór A ou B. Já se vê que a nossa politica, por via de regra, não pôde deixar de ser tambem uma chicana impertinente.

que se phenomenisa cá em baixo por actos de pequeno alcance, vae crescendo e se avolumando para cima, até que ostenta-se grandioso e inexcedivel, como vemol-o, nos conselhos da corôa, no seio do parlamento. Razão pela qual damos ao mundo este spectaculo singularissimo: somos realmente um *povo de advogados*, mas tambem é certo que não ha outra nação, onde tão nullo tenha sido o desenvolvimento do direito, quer como idéa, quer como força, como sciencia e consciencia do justo.

"I popoli, diz Settembrini, che hanno forte personalitá naturale hanno molti giuristi, perchè questa personalitá è la coscienza del proprio diritto individuale: e dov'è questa coscienza negli uomini, nascono frequenti contrasti, quindi la necessitá di deffinirli risalendo a principii di ragione generale." (115). Sem duvida alguma. Os povos que têm uma forte personalidade, possuem muitos juristas; e não hesito mesmo em admittir a reciproca: onde ha muitos juristas, ha uma forte personalidade do povo. Mas nós não temos nem uma nem outra cousa. *Advogados* e *praxistas*, que de certo possuimos em numero legionario, não são jurisconsultos; e um povo, que se curva humilde e resignado a todos os arbitrios e impudencias do poder, como seguindo o exemplo dos nêgros escravos, incapazes de reagir até contra os *bichos*, que lhes atacam os pés, não tem personalidade. E' um povo rebanho, no verdadeiro sentido evangelico, duplamente rebanho, em relação á igreja e em relação ao Estado. Não pôde ter, portanto, aquella consciencia da propria individualidade, donde sahem as divergencias e contrastes, que determinam a producção do direito e a educação dos juristas. (116).

---

(115) *Lezioni di letteratura italiana...* III, pag. 11.

(116) A nossa vida juridica é com effeito digna de lastima. Ha neste paiz muita gente, cuja unica missão é bradar contra os padres; entretanto eu acho mais motivo de clamar

Tudo isto está escripto no protocollo da experiencia de todos, que não é nenhum livro apocalypticó, fechado com sete sellos. Bem podia chamar a dar testemunho da verdade dos meus assertos mais de um typo da *especie* de-genere que eu quizera vê extincta; mas não pretendo aqui instaurar o processo de lesa-ciencia contra os notaveis e acreditados juristas da terra; mesmo porque dentre elles uns são juizes, outros advogados, outros professores, outros escriptores; e nestas condições, ainda não haja unidade de delicto, seria mister todavia, por motivo de certa *doutrina corrente*, citar a cada um perante o seu *fôro*, o que importaria o consumo de muito papel.

Este ultimo salpico de tinta, que sahiu-me da penna, por mero desenfado humoristico, revoca-me á consciencia da obrigação contrahida pelo titulo do presente artigo, e do muito que me afastei do terreno indicado.

## II

Não menos que a concurrencia dos crimes, a concurrencia dos criminosos envolve para a sciencia respectiva mais de uma questão momentosa. Infelizmente, porém, quer um, quer outro assumpto, não tem sido entre nós ca-

---

contra os magistrados. Jesuitismo por jesuitismo, antes quero o da sotaina, que o da beca. Se ha juizes integros, tambem ha padres honestos. Em regra, os nossos padres não sabem ler o latim do *Breviario*; em regra, os nossos juizes não sabem ler o latim das *Institutas*. Em regra, os nossos padres são capazes de excommungar a quem quer que lhes roube a posse de suas amantes; em regra, os nossos juizes são capazes de fabricar processos para julgar e condemnar os seus inimigos. Numa palavra, a igreja de que somos fieis, é uma digna irmã do Estado, de que somos subditos; só ha uma differença: é que a igreja nos garante a bemaventurança por muito menos dinheiro do que o Estado nos garante a justiça. A salvação de uma alma, segundo a ultima tarifa dos bilhetes de passagem do purgatorio ao céu, custa apenas quatro vintens de um

paz de produzir litteratura, de fornecer nem uma pagina, proficuamente legível, á exegese do direito criminal. Tudo devido ás causas particulares, que foram acima indicadas, e que muito importa combater e arredar, ou ao menos procurar diminuir o seu perigoso influxo.

Neste intuito é que me proponho discutir a questão enunciada; e isto não só de accôrdo com os dados da doutrina scientifica, mas tambem em harmonia com as disposições do nosso direito positivo.

Segundo o conceito do crime em geral, é indifferente que elle seja praticado por um, ou por muitos sujeitos. A circumstancia da unidade ou pluralidade, em relação ao agente, é uma circumstancia de facto, que não altera a comprehensão da idéa do delicto. Porquanto, o maior numero dos crimes póde ser commettido por um só individuo, e sem que outras pessoas tomem parte na empreza, quer por uma cooperação actual, quer dirigindo ou apoiando o executor, hypothese esta que constitue o chamado *concursum facultativum*. Ha crimes, porém, e estes formam a excepção da regra, cujo conceito legal presuppõe uma pluralidade de sujeitos participantes da acção criminosa, e aos quaes por conseguinte tal pluralidade é elemento essencial e caracteristico desses mesmos delictos

---

responso; o ganho de uma causa, ainda que justa, e por selo mesmo, importa em contos de réis, ficando sempre salva a possibilidade de renovar-se o jogo e perder-se o que se ganhou. Então! Qual será preferível? Em todo o caso, e pelo que me interessa, os ministros impuros de uma religião, a que sou indifferente, não me podem causar tanto mal, como os sacerdotes corruptos de uma justiça, de que posso precisar a cada momento. Ha ainda a ponderar uma circumstancia importante: quasi sempre os padres devassos encontram na propria devassidão um obstaculo insuperavel á sua elevação hierarchica; não assim porém os magistrados corruptos, que só têm a vencer os escrupulos da consciencia; vencidos estes, *ipso facto*, estão de carreira feita...

(*concursum necessarium*). Exemplos: a *peita*, o *suborno*, o *adulterio*, a *insurreição*, a *sedição*, a *rebellião*... todos crimes, em cuja idéa está comprehendido o *concursum plurium ad delictum*, como subjectiva e objectivamente indispensavel para sua existencia.

Desta divisão da co-delinquencia ou participação de delicto em *necessaria* e *facultativa*, bem como da subdivisão da ultima em *mediata* e *immediata*, *premeditada* e *eventual*, *simultanea* e *posterior*... resultam consequencias de grande alcance pratico, e que não deixam de preoccupar ainda hoje os homens da theoria. Mas não é sob este ponto de vista que eu me criei a obrigação de tratar do concurso dos delinquentes. E' tão sómente por uma de suas faces, e a mais rasteira, por assim dizer, que similhante assumpto entra agora no quadro dos meus estudos. Refiro-me ao lado puramente processual da questão, isto é, ao modo, por que, e á medida, segundo a qual, a co-delinquencia pôde influir na ordem do processo de instrucção criminal.

E taes são os termos do problema: uma vez dado o *concursum plurium ad delictum*, em um caso particular, a unidade do delicto determina, em qualquer hypothese, a unidade processual? Ou succedendo que algum dos concurrentes tenha o que se chama *privilegio de fóro*, esta circumstancia é de natureza a quebrar a indivisibilidade da causa, e fazer que sejam separados no *processo* sujeitos que estiveram unidos no *crime*? Ainda mais: tratando-se mesmo de um *delicto de função*, de um daquelles que o nosso direito designa pela phrase tolamente pleonastica de *crimes de responsabilidade* (117), alguma cousa de tão

---

(117) Como tenho a petulancia de ser nomeado na Allemanha, onde conto amigos que se dignam de ler-me, para tornar bem sensível ao leitor estrangeiro o disparate daquella expressão, aliás tão commum entre os nossos juristas, eu digo a cousa em allemão: Das brasilianische Strafgesetzbuch bezei-

característico e expressivo, como *medo de susto*, ou *quadripede de quatro pés*, tratando-se mesmo de um desses, em que porém tomaram parte individuos não funcionarios, é razoavel que estes respondam no intitulado *fôro commum*, desligados dos seus socios, que devem responder no fôro determinado pela natureza do crime? Eis os pontos precipuos da questão, que para mim é resoluel em sentido bem diverso do modo ordinario de proceder entre nós.

A minha these é que, em todo e qualquer caso, a unidade do delicto determina e necessita a unidade do processo. Porquanto, e antes de tudo, importa observar que a palavra processo, em materia juridica, significa simplesmente um *methodo*, um conjuncto de formulas para chegar á descoberta da verdade, cujo conhecimento interessa á justiça. Ora, não ha direito contra a verdade; e tudo que pôde contribuir para que ella appareça evidente e incontestavel não dever ser omittido, sob qualquer pretexto que seja. Quando pois o crime, em sua genese, oferece um caracter corporativo e social, uma combinação de agentes diversos, ainda mesmo a simples combinação binaria de um autor e um cumplice, de um mandante e um mandatario, é natural que a justiça se apodere do facto, para conhecel-o e julgal-o, pela mesma fórma e nas mesmas condições em que elle foi realizado. Commettido por um só, ou commettido por muitos sujeitos, quer seja igual, quer differente o quinhão de cada um na construcção do

---

chnet die sogenannten Amtsverbrechen mit dem sonderbaren Ausdruck — Verantwortlichkeits verbrechen; als ob nicht alle und jede strafbare Handlung die Verantwortlichkeit des Verbrechens voraussetzte! Es versteht sich von selbst, wie weit es die Wissenschaft unserer Kriminalisten bringt, die nicht einmal im Stande sind, einen alten strafrechtlichen Begriff correct zu notiren!...



delicto, este é sempre um todo compacto, e como tal deve ser estudado, sob pena de dispersar-se e perder-se mais de uma circumstancia importante, cujo desconhecimento pôde alterar a feição do crime e dos criminosos.

“Em qualquer processo penal, diz R. Heínze, o accusado é ao mesmo tempo uma parte e um objecto de execução futura. O terceiro papel, que lhe cabe, é o de servir de um *meio de prova*”. (118). Este principio, que é verdadeiro, está de accôrdo com o nosso systema de instrucção criminal, pelo qual o réo, com a sua presença, com as suas explicações, e não poucas vezes até com a propria confissão, isolada de outros quaesquer dados, é um dos meios *eruenđi veritatem*. Os *interrogatorios*, *autos de perguntas*, ou como quer que se chamem os diversos expedientes *anamnesticos* do crime, empregados pelos juizes, não têm outro sentido que não o de fazer do indiciado criminoso um instrumento de prova.

Neste presupposto, é claro que, dada a hypothese de uma *societas delicti*, onde ha uma intenção *commum* e, por assim dizer, uma quota de responsabilidade para cada socio, segundo a sua *entrada*, a sua parte de actividade na causação do phenomeno punível, nenhuma razão de ordem publica pôde autorisar a instauração de processos diversos a respeito de um só crime, sobre a base de gozar este ou aquelle delinquente do privilegio de fôro, em prejuizo da verdade, em detrimento da justiça. (119). E custa crer que ainda a esta hora, na altura mesma em que voam

---

(118) *Beilagheft zum Gerichtssaal* — 1875 — pag. 23.

(119) O leitor não estranhe o uso continuo que faço de certas expressões em latim. Bem como a dança tem a sua technologia franceza (*Chaine de dames*, *chaine anglaise*, *pantalon...*), a musica, o seu vocabulario italiano (*con anima*, *sforzando*, *sostenuto*, etc.) assim tambem a religião e o direito têm a phraseologia latina: *sursum corda*, *dominus tecum*.

as aguias da patria sciencia juridica, já não digo se ponha em pratica o erroneo principio da *separação*, mas até não se tenha ao menos uma vaga idéa da velha controversia, que acabou por deixar o terreno livre ao principio da *indivisibilidade*.

Este principio vem de muito longe. O direito romano já o havia consagrado na L. 10. Cod. *de judiciis*, nos seguintes termos: *Nulli prorsus audientia præbeatur, qui causæ continentiam dividet, et ex beneficii prærogativa id quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices voluerit ventilare...* E é o mesmo pensamento de Paulo... L. 54. D. 5. 1. *Per minorem causam majorem cognitioni præjudicium fieri non oportet: major enim questio minorem causam ad se trahit.* O que resulta, sobretudo, de taes disposições, é a exigencia juridica de não tomar-se conhecimento de uma questão de facto, a que se tem de applicar o direito, se não em sua unidade e em sua totalidade, devendo sotopôr-se ao interesse da justiça todo e qualquer outro interesse, por cuja causa se pretenda isolar os elementos da materia litigada.

Mas sem demorar-me, por mais tempo, na questão, theoreticamente considerada, eu quero apreciar-a pelo lado pratico. Para isso basta a construcção de algumas hypotheses, tiradas da observação do mundo real, mesmo do nosso acanhado mundo. Por exemplo: nos crimes de peita e suborno, onde ha concurso necessario, onde ha, como em todos os casos de participação criminosa, *unidade de delicto e reciprocidade de cooperação* (120), o codigo cri-

---

*jus in re, jus ad rem, concursus plurium, socii delicti...* e mil outras. Quanto a este ultimo conceito, — o da sociedade no crime, — elle não é desconhecido do nosso direito. O art. 147 do Cod do proc. criminal fala de... "delinquente e seus socios."

(120) Reinhold Schutz *Die nothwendige Theilnahme...* pags. 322 e 336.

minal brasileiro faz punir com as mesmas penas o peitante e o peitado, o corruptor e o corrupto (arts. 132 e 134). Ora, a admittir-se a theoria da separação, teriamos que o juiz ou outro funcionario, que aceitasse a peita, responderia em fôro diverso daquelle em que devesse responder o peitante; o que por certo importaria uma difficuldade invencivel na justa applicação da penalidade. A menos que um dos julgadores esperasse pelo outro, ou mandasse saber delle, qual a pena que impunha ao respectivo accusado, não se concebe, na hypothese dada, a possibilidade de um exacto cumprimento do art. 132.

Entretanto, por mais extravagante que o caso seja, não duvido que nos annaes da nossa jurisprudencia, onde se encontram disparates de toda especie, já figurem tambem exemplos de tal praxe processual. Seja-me pois permittido lançar mão de outra hypothese, menos commum, e ainda mais significativa. Supponhamos que a princeza Quintilia Cavalcanti, do *Secrétaire intime* de G. Sand, ou, deixando de parte a princeza, para não escandalisar os seus parentes de Pernambuco, supponhamos antes que a senhora Fanny, a creação de Feydeau, tivesse o capricho de vir passar uns dias na Escada, a tomar banhos no Ipojuca, e encontrasse na pessoa do juiz de direito da comarca um outro opiniatico e apaixonado Rogerio, a quem ella chamasse, não de certo *mon enfant*, porém *mon grand papa*. O velho pegava fogo e commettia um desatino. O marido de Fanny não estava pela graça, e recorria ás leis do paiz para vingar-se da affronta recebida. No art. 250 do codigo criminal acharia elle a solução do embarço; mas logo após surgiria maior difficuldade, resultante da disposição do art. 153. Com effeito, a prevalecer a doutrina da multiplicação dos processos,\* conforme o fôro de cada um dos criminosos, qual seria o meio de promover *conjunctamente* a accusação dos dous réos da nossa hypothese,

e ainda mais de não ser um condemnado sem o outro, como está escripto naquelle artigo? O pobre Rogerio adultero, victima de uma paixão infeliz, iria contar a historia de seus amores no tribunal da Relação, ao passo que a caprichosa Fanny seria levada, como se diz em florida linguagem forense, á barra do tribunal do jury deste termo, depois de correr o processo perante o juiz municipal. Como seria então possível dar-se na pena a mesma sociedade que se deu no delicto?

Nem se diga, e é este o unico reducto dos sectarios da separação, não se diga que no caso proposto, a concurrencia sendo necessaria, não se concebendo a pratica do crime sem a cooperação reciproca dos dous agentes, pode-se conceder que a junção dos criminosos em um só processo seja tambem uma necessidade; não assim porém nos casos de concurrencia facultativa. A isto responderia, antes de tudo, que os objectantes servem-se de uma arma que eu mesmo lhes empresto. A sua doutrina estende-se a todas as hypotheses, e a distincção de *concursum necessarium* e *facultativum* lhes é desconhecida. Mas aceitemos a objecção como fructo de pomar alheio e apreciemo-la de perto. A distincção das duas especies de concurrencia, sendo verdadeira e incontestavel na theoria, não tem entretanto importancia na pratica. E' certo que não se concebe o crime de suborno, por exemplo, sem os dous termos da relação: o subornante e o subornado. E' uma necessidade logica, uma exigencia conceitual, *aprioristica*. Mas ha tambem nas hypotheses, uma vez verificadas, de concurrencia facultativa, uma necessidade de facto, que chamarei a *posteriori*, tão indeclinavel como a primeira. Assim, era possível, *exempli gratia*, que Affonso IV, de Portugal assassinasse, por seu proprio punho, a Ignez de Castro; mas uma vez dado o facto como se deu, convertida a possibi-

lidade indeterminada em realidade concreta, é tão necessário, no domínio da historia, que ao rei mandante se adicionem os tres mandatarios, como é, no domínio da razão, que á idéa da mulher infiel se associe a de um cumplice, á da venturosa Fanny, na hypothese figurada, a de seu velho e índitoso amante. E d'ahi resulta que, em ambas as especies de concurso, as consequencias são as mesmas, no que respeita á instrucção criminal.

---

## INDICE

Razões desta edição .....	III
I — Decreto 803 de 20 — IV — 23 .....	V
II — Trecho da mensagem .....	VII
<i>Prologos de Sylvio Romero:</i>	
1.ª edição (1892) .....	XI
2.ª edição (1898) .....	XXI
I Prologomenos do Estudo do Direito Criminal.	
Cap. I — II — III — IV — V — VI — VII —	
VIII — IX* — X* — XI* — XII* — XIII* —	
XIV* — XV* — XVI* — XVII* — XVIII* —	
XIX* — XX* — XXI* — XXII* — XXIII* —	
XXIV* — XXV* — XXVI* — XXVII* —	
XXVIII* — XXIX* — XXX* — XXXI* —	
XXXII* — XXXIII* — XXXIV* — XXXV* —	
XXXVI* — XXXVII* — XXXVIII* — XXXIX*	3
II Commentario theorico e critico ao Codigo Criminal	
Brasileiro. Cap. I. ....	121
III Delictos por omissão. Cap. I — II — III .....	
	215
IV Ensaio sobre a tentativa em materia criminal.	
Cap. I — II .....	241
V Mandato Criminal. Cap. I — II — III — IV .....	
	265

---

(\*) Todos os trabalhos assignalados com asteristico são inéditos em livro.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF00011543