
LIÇÕES
DE
DIREITO CRIMINAL

PELO

D^r BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA
LENTE DE DIREITO CIVIL NA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

SEGUNDA EDIÇÃO
AUGMENTADA COM UMA LIÇÃO SOBRE O
Art. 1º: **Do Código Criminal**

PERNAMBUCO

A VENDA NA LIVRARIA ECONOMICA DE JOSÉ NOGUEIRA DE SOUZA

RUA 1º DE MARÇO — RECIFE

PARIS. — V^{va} J. P. AILLAUD GUILLARD E C^ª

RUA SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N^o 47

1872

OBRAS DO MESMO AUTOR

O CASAMENTO CIVIL E O CASAMENTO RELIGIOSO.

DO PODER MODERADOR. Ensaio de Direito constitucional contendo a analyse do Titulo V, Cap. I da Constituição Política do Brazil.

ESTUDO SOBRE O RECURSO Á CORÔA. A proposito de Projecto de lei approved pela Camara dos deputados, na sessão de 1866, revogando o art. 2º do Decreto nº 1911 de 28 e março de 1857.

DA ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO, por M. G. de Molinari. Traduzido do francez.

O COMMERCIO A RETALHO.

TRATADO DOS DOUS PRECEITOS DA CARIDADE E DOS DEZ MANDAMENTOS DA LEI, por S. Thomas d'Aquino. Traduzido em portuguez.

CODIGO COMMERCIAL, anotado.

CODIGO CRIMINAL, anotado.

CODIGO DO PROCESSO CRIMINAL, anotado.

CONSTITUIÇÃO POLITICA, anotado.

FLÔR ACADEMICA OFFERECIDA Á VIRGEM DO BOM CONSELHO.

PARIS. — TYP. DE SIMÃO RAÇON E COMP., RUA DE ERFURTH, 1.

AO ILL^{MO} E EX^{MO} Sñr CONSELHEIRO

DOUTOR JOÃO ALFREDO CORRÊA DE OLIVEIRA

EM TESTEMUNHO DE AMIZADE E SINCERA GRATIDÃO

O. D. e C.

O FILHO DO AUTOR

BACHAREL BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

AO LEITOR

Achando-se completamente esgotada a primeira edição dos Opusculos: *Da Reincidência*, e *Do Delicto e do Delinquente*, e havendo grande procura d'elles, julguei satisfazer uma necessidade por muitos sentida, reunindo e mandando publicar em um só volume sob o titulo geral de: *Lições de Direito criminal*, não só aquelles Opusculos, mas tambem o: *Dos Responsaveis nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos*, todos elles publicados ainda em sua vida por meu finado Pai, o Doutor Braz Florentino Henriques de Souza.

Aos mesmos Opusculos annexei uma lição, ainda inedita, sobre o Art. 1º do Codigo criminal, unica que encontrei acabada entre outras muitas apenas esboçadas, e que deveriam formar o Commentario completo d'aquelle codigo, se uma morte prematura não houvesse roubado o autor á jurisprudencia de seu paiz.

Na publicação que agora faço, entendi dever preterir a ordem das datas, em que sahiram á luz os diversos Opusculos que a compoem, para guardar a ordem das materias, taes como acham-se ellas no nosso Codigo criminal; e d'este modo encontrará o leitor seguidamente n'este livro o commentario mais ou menos completo dos Artigos 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 9º e 16º, § 3º do mesmo Codigo.

Não me sendo licito dizer uma só palavra sobre o merecimento das lições que publico, seja-me ao menos permittido transcrever, como adiante faço, o juizo sobre ellas emittido pela Illustrada Commissão da Congregação dos Lentes da Faculdade de Direito d'esta cidade, em um parecer que por parte da mesma Congregação foi apresentado ao Governo Imperial e que os jornaes do paiz publicaram.

Acolha o publico esta segunda edição com a mesma benevolencia, com que acolheo a primeira, e muito honrará a memoria do autor, que em sua vida não poupou esforços para enriquecer a jurisprudencia patria.

Recife, 26 de janeiro de 1872.

B. A. HENRIQUES DE SOUZA.

EXTRACTO

DO PARECER APPROVADO PELA CONGREGAÇÃO DOS LENTES DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE SOBRE AS OBRAS DO AUTOR.

—

A comissão nomeada por esta illustre congregação para, em virtude do aviso de 14 de Novembro d'este anno, dar parecer sobre o merecimento e utilidade para o ensino d'esta faculdade, das obras publicadas pelo nosso fallecido collega o illustrado Dr. Braz Florentino Henriques de Souza, vem satisfazer esta honrosa incumbencia, bem persuadida de que seu trabalho, sem duvida incompleto, merecerá a vossa indulgencia, attentos o pouco tempo de que dispoz e outras circumstancias por vós sabidas, que inhibiram a comissão de melhor desempenhal-o.

Accresce ainda que, sendo por todos vós conhecidas e devidamente apreciadas as publicações do nosso finado collega, julgou a comissão dever eximir-se de longos desinvolvimentos, que, tornando-se talvez fastidiosos, nada entretanto acrescentariam ao vosso muito competente juizo sobre a importancia e utilidade de cada uma das obras, fructo do mais indefeso estudo e elevada intelligencia do distincto professor, cuja memoria será sempre tão saudosa á esta faculdade, como ao paiz e á jurisprudencia patria.

Muitos, e de diversos generos, foram os escriptos do nosso sempre lembrado collega, alguns dos quaes, sabe a comissão, elle os conservava ineditos, impossibilitado, já por falta do tempo necessario (consagrado com tanto zelo ao magisterio) para limal-os, já sem duvida por carencia de recursos pecuniarios para dal-os a lume.

Circumscripta, porém, a emittir seu parecer sobre as obras publicadas, que possam offerecer utilidade ao ensino d'esta faculdade, a

comissão procurará apreciar as seguintes, que a este mais directamente se referem.

São ellas:

O casamento civil e o casamento religioso (1858) 310 paginas.

Estudo sobre o recurso á corôa (1867) 162 paginas.

Do delicto e do delinquente, lições de direito criminal (1860) 154 paginas.

Da reincidencia, lição de direito criminal (1858) 53 paginas.

Dos responsaveis nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos, lições de direito criminal (1866) 159 paginas.

Do poder moderador, ensaio de direito constitucional, contendo a analyse do tit. 5º, cap. 1º, da constituição politica do Brazil (1864) 597 paginas.

I

.....

II

.....

III

Do delicto, e do delinquente. — Da reincidencia. — Dos responsaveis nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos.

Taes foram os trabalhos scientificos do illustre Dr. Braz em materia criminal, e por elle publicados em differentes datas.

No primeiro e segundo está comprehendida a explicação analytica dos quatro paragraphos do art. 2º, do art. 3º e do § 3º do art.

16º do código criminal, isto é, o amplo e completo desinvolvimento dos princípios teóricos e reguladores da constituição do crime consummado; a demonstração da necessidade de ser expressamente punida a tentativa do delicto, que, sem a disposição do § 2º do art. 2º ficaria impune; a sustentação da conveniência de serem especialmente incluídos na qualificação geral dos delictos o abuso do poder, e a ameaça, embora esses factos se achem como factos considerados e punidos por alguns artigos de código criminal; o estudo das condições exigidas pelo art. 3º do citado código para a existência legal do verdadeiro delinquente, e finalmente a justificação da circumstância agravante da reincidência nos precisos termos, em que a decretou o legislador.

O terceiro daquelles Opusculos comprehende a accurada analyse dos cinco paragraphos, de que se compõe o art. 7º do código criminal, e a politica, e scientifica apreciação do art. 8º, ambos tendentes a regular a punição dos delictos de imprensa; a comparação de suas disposições com a legislação de outros paizes sobre equal assumpto, e em ultimo lugar algumas considerações provocadoras da attenção do legislador para este importante ramo da jurisprudencia criminal.

Posto que o nosso distincto collega n'essas tres publicações não houvesse creado principios novos, e theorias até agora desconhecidas, mesmo porque não entrou em suas vistas fazer um tratado do direito penal, e tão sómente explicação juridica e philosophica de algumas disposições do nosso código criminal, sendo o seu intuito, como elle nos disse, concorrer para a formação de uma jurisprudencia nacional, todavia é forçoso reconhecer que os seus trabalhos são um precioso dom feito á sciencia, e um seguro guia para aquelles, que os quizerem tomar por norte.

A clareza, precisão, e proficiencia que, com mão larga, foram sobre elles derramadas pelo illustrado autor, collocou-os na altura de serem vistos por todos, consultados e apreciados pelos mestres, e

deverem ser com o maior proveito estudados, e bem compreendidos pelos discipulos.

Os que tiverem feito do estudo das leis penaes, e de sua applicação um empenho serio, hão de forçosamente conhecer a quantos perigos podem achar-se expostas a segurança social, e a innocencia, injustamente accusada, pelo facto de um erro, ou de uma falsa apreciação dos elementos e condições constitutivas de qualquer delicto, ou este se considere consummado, ou em tentativa.

Claudique o executor da lei penal na verdadeira apreciação d'aquelles elementos, e condições, commetta o erro, ainda o menos intencional, e ter-se-ha necessariamente ou a sociedade desprotegida, e offendida pela impunidade de um facto, cujo perigo foi por ella assignalado em suas leis prohibitivas, ou a justiça social arrependida, e ao mesmo tempo amaldiçoada pela injusta, e iniqua condemnação da innocencia.

No interesse da fiel intelligencia da lei, e sobretudo no intento louvavel de auxiliar a mocidade que se dedica ao estudo do direito em nossas faculdades, o illustre professor nas Buas lições sobre *delicto e o delinquente*, já pelo desinvolvimento dos principios, e estudo das fontes das nossas leis, e já pelo proficuo soccorro dos exemplos, conseguiu explicar por tal maneira as theses envolvidas nos art. 2º e 3º do codigo criminal, que será difficil ao que quizer applical-as com animo de acertar, não distinguir o crime das enganadoras apparencias da criminalidade, e confundir o innocente com o verdadeiro culpado.

Assim, julga a commissão poder sem erro asseverar que relativamente á noção, e formação do delicto, e quanto á existencia legal do delinquente, e ás condições essenciaes para sua responsabilidade criminal, a palavra e o pensamento do legislador brasileiro foram fiel e magistralmente interpretados pelo nosso estimavel collega, tão cedo pela morte roubado á cultura, e progresso da sciencia.

É porém na lição sobre a *reincidência*, o segundo dos Opusculos, que com particularidade se traduz esse verdadeiro espirito exegetico, do qual era tão felizmente dotado o illustre Dr. Braz, e que imprimia aos seus trabalhos sobre quaesquer ramos da nossa legislação o cunho de uma doutrina *nacional*.

Entre os factos accessorios, que acompanhando o delicto, emprestam-lhe maior gravidade, e contra elle reclamam da justiça social um augmento de severidade na pena, figura o da reincidencia, que o nosso legislador, com todos os outros, collocou no numero das circumstancias aggravantes, conforme se vê do art. 16, § 3º do codigo criminal.

Exigindo a lei penal de outros paizes para a verificação d'essa circumstancia que o primeiro crime commettido haja sido anteriormente julgado, o legislador brasileiro, seguindo um outro caminho, guardou o mais completo silencio á cerca d'essa condição contentando-se com a de ser o segundo crime da mesma natureza do primeiro.

Tendo dado essa disposição larga margem a opiniões desencontradas nas escolas, e até a julgamentos oppostos em nossos tribunaes de justiça, o illustrado autor da *Reincidencia* mostrou com a proficiencia e rigor logico, d'elle proprios, que a suppressão da clausula — ter sido o primeiro crime julgado — não foi um erro, e menos uma lacuna escapada á perspicacia do legislador, mas que teve este aliás boas e valiosas razões para ser *singular*, prescindindo de uma disposição que, ao menos entre nós, impossibilitaria ordinariamente a verificação d'essa aggravante, a que todos os legisladores attribuem tão subida importancia.

E, na verdade, emquanto a redacção do § 3º do art. 16 do nosso codigo criminal fôr a que existe, ninguém, entende a commissão, poderá com vantagem contestar a intelligencia, que lhe deu o distincto commentador, e ainda menos combater os solidos argumentos, com que foi sustentado o juridico pensamento do legislador criminal brasileiro.

Se são evidentes a importancia e a utilidade dos dous primeiros esboços (assim denominados na linguagem modesta do autor) sobre alguns artigos do codigo criminal, uma e outra avultam no 3º, que, como aquelle, foi igualmente dirigido pelo patriotico pensamento de concorrer para o melhoramento da nossa mesquinha jurisprudencia criminal.

Por maior e mais justificavel que possa ser o nosso orgulho pela posse de um dos mais perfeitos codigos penaes conhecidos, a verdade exige de nós a confissão de que, em materia de delictos, oriundos do abuso de liberdade de exprimir os pensamentos, nenhuma legislação é mais falha, não dizemos bem, nenhuma é tão incompleta e defectiva como a nossa.

Restricta sómente ás disposições dos arts. 7º, 8º e 9º do codigo criminal, pois que os comprehendidos no cap. 8º da 4ª parte do mesmo codigo apenas referem-se ao uso indevido da imprensa, e não ao abuso de exprimir o pensamento, a nossa legislação encerra n'aquelles tres artigos todos os dictames concernentes á resignação dos responsaveis por essa especie de delicto.

Esses poucos artigos, sempre diversamente interpretados pela torva hermeneutica dos odios particulares e das paixões politicas tem servido mais para objecto de disputas no foro, e para tornarem a verdade duvidosa, do que para assegurarem a punição d'aquelles que vêm na liberdade de exprimir os pensamentos antes um instrumento poderoso de vingança, e um meio seguro de malfazer, do que um precioso direito, apanagio do cidadão livre, e sempre respeitado em uma sociedade livre.

No meio d'essa penuria juridica, seja-nos permittida a expressão, e d'essa ausencia de regras e normas claras e positivas, á vista das quaes se pudesse basear a legitima responsabilidade dos comprehendidos nos cinco paragraphos do art. 7º do codigo criminal, sahiram á luz em 1866 as interessantes lições do Dr. Braz, acerca dos

responsaveis nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos, nas quaes foram pelo zeloso professor consignados a verdadeira intelligencia d'aquelles paragraphos, os principios de justiça e utilidade em que se baseam as suas differentes disposições e particularmente os defeitos e lacunas que n'essa parte de nossa legislação penal devem ser remediadas e preenchidas.

Este trabalho, firmado em profundo estudo da legislação mais aperfeiçoada de outros paizes e enriquecido de considerações, que até então não haviam sido produzidas pelos raros commentadores do nosso codigo, é, como não ignora esta illustre congregação, citado e seguido em nosso fôro, como a ultima palavra proferida ácerca das questões de responsabilidade nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos, e em homenagem á saudosa memoria do seu autor, é muito grato á commissão confessar que n'esse valioso Opusculo ha espaço sufficiente onde possam estender-se as largas vistas dos doutos e alimento abundante para saciar aquelles, que quizerem confortar-se com o estudo d'esse importante ramo do direito.

Exprimindo-se por esta fórma, presume a commissão de ter dito bastante para que se conheça o seu juizo ácerca das tres publicações do nosso finado collega, sobre materia criminal, e dispensa-se assim de emittir mais formalmente opinião sobre o merito d'ellas e vantagem ou conveniencia de serem recommendadas aos que entre nós estudam a sciencia do direito criminal.

É porém conscio do seu dever que o lente d'esta disciplina na nossa faculdade, e membro d'esta commissão, não hesita em declarar que encerrando aquelles escriptos o exame serio e acurado de algumas disposições de nossa legislação penal, e especialmente uma apreciação desinvolvida dos principios, que lhe serviram de base, sempre entendeo que fazia um grande serviço aos seus alumnos recommendando-lhes a sua leitura, além de lhe parecer que mais completo e efficaz será esse

serviço se aquelles verdadeiramente se compenetrarem de sua recommendação.

IV

.....

Pondo definitivamente remate a este já tão longo parecer, e sujeitando-o à vossa illustrada consideração, a commissão julga dever declarar, como o tem feito com referencia a cada uma das obras, que as producções scientificas do sempre lembrado Dr. Braz Florentino Henriques de Souza, testemunhando seus elevados talentos e estudo, constituem para esta faculdade, como para o paiz, outros tantos titulos de gloria, e são preciosos dons feitos à sciencia e letras patrias.

Recife, 17 de Dezembro de 1870. — Dr. *João José Ferreira de Aguiar*. — Dr. *Manoel do Nascimento Machado Portella*. — Dr. *João Capistrano Bandeira de Mello Filho* (Relator).

LIÇÃO

SOBRE O ARTIGO 1º DO CODIGO CRIMINAL

LIÇÃO

SOBRE O ARTIGO 1º DO CODIGO CRIMINAL

“Não haverá crime ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem uma Lei anterior que o qualifique.”

SUMMARIO

1. A lei não tem efeito retroactivo. — 2. Importancia d’este principio na applicação da lei penal. — 3. Razão que teve o legislador de o consagrar expressamente. — 4. Porque não basta a lei natural para a qualificação das acções puniveis. — 5. Excepções ao principio da não retroacção da lei penal, tiradas do fim da mesma lei. — 6. Continuação da mesma materia. — 7. Critica ao legislador brasileiro por considerar synonymas as palavras crime e delicto, e divergencia dos autores a este respeito. — 8. Justificação da synonymia estabelecida pelo legislador.

1. É principio fundamental de toda boa legislação que as leis só dispõem para o futuro, e que não tem efeito retroactivo. Este principio, formalmente reconhecido pelo Direito Romano¹, e consagrado pelo artigo 179, § 3º da nossa Constituição Política em harmonia com a legislação de todos os povos civilisados, acha-se aqui novamente

¹ “Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negociis, non ad facta preterita revocari.” L. 7ª, *Cod. de Legibus*. — As leis retroactivas chamavam os Romanos *privilegia*, ou leis privadas. Eis aqui como Cicero se exprime acerca d’ellas: “Vetant leges sacratae, vetant duodecim tabulae, leges privatis hominibus irrogari; id enim est privilegium. Nemo unquam tulit: nihil est crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus hoc civitas ferre possit.” *De Legib.*, III, 19. — *Pro domo*, 17.

reproduzido com applicação ás leis penaes. Sendo a lei uma regra com a qual devemos conformar as nossas acções, e não podendo alguém ser razoavelmente obrigado a cumprir um preceito que, por não existir, não pode ser conhecido, está claro que é da essencia da lei não reger senão as acções futuras, e que a retroacção é justamente reputada como subversiva da essencia mesma da lei. "Com effeito, diz M. de Chassat¹ como suppôr que um preceito que não toma o character definitivo de lei senão pela promulgação, isto é, pelo acto que attesta ao mesmo tempo sua existencia e sua força obrigatoria para o corpo social, possa todavia exercer seu imperio sobre actos anteriores que nunca fizeram o objecto de suas previsões?" Longe pois de nós as leis de *duas caras*, segundo se exprimia o illustre Portalis, referindo-se a estas palavras de Bacon: "*Non placet Janus in legibus.*" Aphor. 47.

2. Mas, se a importancia do principio de que acabamos de fallar é incontestavel nos diversos ramos da legislação positiva de um povo, porque sem elle nenhuma segurança haveria para os direitos adquiridos, podendo sempre o cidadão ser perturbado no gozo d'esses direitos por uma lei posterior, é evidente que essa importancia sobe ainda de ponto, e torna-se por assim dizer decisiva quando se trata d'aquellas leis que immediatamente jogam com os direitos naturaes do homem, como a vida, a liberdade e a honra. Se as leis penaes podessem retroagir, ou para nos servirmos das expressões do nosso artigo, se podesse haver crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualificasse, não poderia por isso mesmo haver liberdade civil, nem segurança individual: a vida, a liberdade e a honra dos cidadãos estariam constantemente em perigo, achando-se a mercê dos caprichos de um legislador arbitrario e tyranico. A liberdade civil consiste no direilo de fazer tudo aquillo que a lei não prohibe: considera-se, diz Portalis, como permittido tudo que não é prohibido². E sendo assim, o que seria d'essa liberdade, se o cidadão,

¹ *Traité de la rétroactivité des lois*, tom. 1º, pag. 124.

² Esta difinição da liberdade civil por Portalis na sua *Exposição dos motivos do titulo preliminar do Código civil francez*, é geralmente adoptada pelos jurisconsultos, e acha-se

depois de ter praticado uma acção, até esse tempo tolerada pelo silencio da lei, podesse receiar que uma lei posterior a erigisse em delicto, e autorisasse os tribunales a chama-lo a responder por ella? Quem, em taes circumstancias, se poderia reputar seguro achando-se na impossibilidade de prever se uma acção que é hoje innocente, não será amanhã criminosa e sujeita a uma pena? É pois evidente que só uma regra como a do nosso artigo, pode tranquillisar os cidadãos, tirando-lhes toda a incerteza acerca do que é ou não punivel, e assegurando-lhes que não podem ser perseguidos por actos que, de boa fé, podiam suppôr ao menos como indifferentes, visto que a lei social lhes não comminára uma pena. “Leis penaes retroactivas, diz Blackstone, não seriam sómente injustas, mas tambem crueis.” *Moneat lex priusquam feriat*: eis o que dizem a justiça e a humanidade¹.

3. Não são porém as razões que ficão expostas as unicas que me parecem ter levado o legislador brasileiro a abrir a serie das disposições do nosso Codigo criminal com a reproducção do grande e salutar principio já estabelecido pela Constituição politica do imperio no artigo citado. Sem a disposição do artigo 1º, direi ainda com Rauter², poder-se-hia argumentar com o fim da lei penal que é manter a paz publica, para sustentar que o principio da não-retroacção lhe não é applicavel, assim como o não é ás outras leis de interesse publico³. Ora, não permittindo o principio moderador da justiça semelhante argumentação, julgou o legislador dever proscrive-la expressamente. Finalmente “uma grande obra legislativa que começa pela consagração de principios taes, diz V. Foucher⁴, estabelece uma presumpção em seu favor, e por essa primeira base pode-se reconhecer a solidez do edificio, por quanto disposições d’estas, collocadas como a bandeira que se não

de accordo com o disposto nos artigos 179, § 1º, da nossa Constituição, e 180 do presente Codigo.

¹ *Commentaires sur les lois anglaises*, Introd., sec. 2ª, p. 69. — Aphor. 10.

² *Traité du droit criminel*, tom. 1º, pag. 55, nº 2.

³ Para se comprehender bem a força d’esta argumentação, pode consultar o interessante opusculo de M. J.-B. Duvergier, intitulado: *De l’effet rétroacti des lois*.

⁴ *Observations sur le Code criminel du Brésil*, pag. 10.

deve jamais perder de vista, detem as legislaturas que seriam tentadas a desviar-se d'ellas, e dão á obra uma fixidade que deve receiar pouco as devastações do tempo."

4. Que necessidade porém temos nos, dirão alguns, de uma lei anterior, para punir acções más em si mesmas, acções evidentemente contrarias á justiça e á ordem social? Por ventura não existe uma lei natural, cujo character distinctivo é ser obrigatoria independentemente de todo acto exterior que a faça conhecer aos homens, visto como o Legislador supremo a todos deo a razão e a consciencia, meios interiores e infalliveis, que os instrue nos preceitos d'essa lei, fazendo-lhes conhecer o que é bom ou máo em todos os tempos e em todos os lugares? "Se houvessemos de decidir esta questão unicamente pelos principios da justiça absoluta, fora mister ceder a sua força. Assim o entende Mr Ortolan¹. "O que imporia com effeito, diz este escriptor, que um acto tenha sido ou não previsto anteriormente? Se elle é bom ou máo em si, merece, aos olhos d'esta justiça, recompensa ou castigo. Mas, não se baseando a penalidade social sobre as ideias de justiça absoluta, e devendo ter por base ao mesmo tempo o justo e o util, é necessario ver se, quanto a esta penalidade, alguma consideração maior de utilidade publica não exige que seja de outra sorte." E essa maior consideração, segundo o mesmo autor, é que nenhuma segurança haveria para os habitantes de um paiz se a penalidade, mesmo a respeito dos actos passados, ficasse ao arbitrio do legislador ou do juiz. "A lei e as jurisdicções penaes, continua elle, que são feitas nas sociedades para dar segurança á população, tornar-se-hião uma causa de alarma, de inquietação incessantemente suspensa sobre cada um, e fariam muitas vezes com isso um mal maior do que aquelle que teriam por fim remediar." Adoptando os principios em que se funda esta solução, parece-me com tudo que ella, por falta de clareza, pode não parecer aqui inteiramente satisfactoria, tanto mais quanto tende a confundir duas

¹ *Éléments de droit pénal*, pag. 234, nº 571 a 573.

questões um pouco diversas, e que tanto na theoria como na pratica se podem separar. Refiro-me á questão da conveniencia das penas arbitrarías, de que tratarei no artigo 33, e cuja decisão é independente a questão actualmente debatida. Com effeito, ainda quando se julgasse preferivel o systema das penas arbitrarías ao das penas fixadas por lei ainda assim seria necessario qualificar previamente os factos que se deveriam considerar como criminosos, para se lhes applicar penas, não obstante a existencia da lei natural: por quanto, não sendo facil determinar o limite que separa as acções em si mesmo más, d'aquellas que sómente o são com referencia a este ou aquelle estado social¹, por isso torna-se indispensavel que o legislador humano intervenha com as suas qualificações por meio de leis anteriores, sendo a elle e não ao juiz que compete a determinação da natureza da violação das relações sociaes². De sorte que, a verdadeira razão, a razão immediata porque não prevalece a objecção acima feita, é a diversidade entre a esphera da lei ou da justiça natural, e a esphera da lei ou justiça social por um lado, e por outro a dificuldade de conhecer-se até onde se estende uma, e até onde pode e deve chegar a outra. Com este adminiculo creio que a solução de M. Ortolan torna-se completa e satisfactoria³.

5. Do principio estabelecido pelo nosso artigo de que ninguem pode ser considerado criminoso em razão de um facto que a lei não qualificava como crime quando foi praticado, pareceria resultar como consequencia natural que se, pelo contrario, a lei existente ao tempo da acção a qualificava como delicto, a posição do delinquente acha-se irrevogavelmente fixada, e tudo está consummado a seu respeito. Mas

¹ Quantos debates entre os proprios publicistas acerca do character de certas acções, que uns dizem ser contrarias á lei natural, e outros não! Esta só consideração basta por prova da nossa asserção.

² Se algumas vezes pode ser conveniente deixar ao juiz algum arbitrio na escolha das penas, pelo contrario será sempre perigoso o estender esse arbitrio á qualificação das acções.

³ Na realidade e a final é sempre a segurança dos cidadãos, que exige a qualificação prévia das acções criminosas pelo legislador humano; mas é tambem evidente que esta razão de segurança não poderia proceder na questão presente a não ser a razão intermediaria que apresentámos, e a que por isso chamamos immediata.

não é assim. O direito criminal tem principios especiaes pelos quaes é regido, e esses principios deduzidos do mesmo fundamento do direito de punir, determinam aqui uma excepção ao principio conservador da não retroacção das leis, que acabamos de justificar. Assim, se depois da pratica de um acto qualificado como crime pela lei existente, mas antes do julgamento do seu autor¹, apparece uma nova lei que risca esse acto do catalogo dos crimes, deve esta nova lei ter effeito retroactivo, sendo a sua disposição immediatamente applicada. Debalde se objectaria que o autor do facto conhecendo ou devendo conhecer a lei que o considerava e punia como um delicto, deve soffrer as suas consequencias segundo essa lei então em vigor; que, sejam quaes forem as modificações ultteriores introduzidas pela legislação quanto á qualificação dos factos criminosos, nenhuma queixa tem elle a fazer ouvir desde que pode reclamar em todas as hypotheses a applicação das leis vigentes na epocha em que commetteo o facto criminado, pois que são essas leis a unica justiça (humana) que podia conhecer, a unica a respeito da qual sua razão deveria te-lo preparado. Todavia, por mais especiosa que pareça á primeira vista esta objecção, ella envolve uma grande injustiça; e por isso deixa de prevalecer. Primeiramente convem observar com M. de Chassat² que “a notoriedade presumida da lei, quanto as suas disposições repressivas, foi estabelecida menos por interesse proprio dos individuos para conferir-lhes direitos adquiridos, do que como principio e garantia de ordem social, tendo por objecto fundar a acção publica tendente á investigação e repressão dos factos contrarios a essa ordem.” Em segundo lugar, fora desconhecer a missão e o alcance da justiça humana o pretender que se deve reprimir uma acção só porque com ella se violou a lei, sem attender-se a que “só a necessidade pode autorisar a applicação de uma pena³.” Ora, quando o legislador suprime um facto do catalogo dos crimes, é porque entende que a criminação d'elle torna-se d’ahi em

¹ *De la rétroactivité des lois*, tom. 1º, pag. 275.

² Contra a cosa julgada nada podem as leis novas: tal é a opinião geral dos jurisconsultos. V. o artigo 310 do presente Codigo onde se acha confirmada essa opinião.

³ L. Zuppeta, *Leçons de métaphysique de la science des lois pénales*, § 45.

diante inútil á manutenção da ordem social, e com isto dá-nos uma demonstração de que semelhante facto pode para o futuro ser impunemente praticado. Mas, se assim é, está claro que o poder publico não pode sem exceder os seus direitos, infligir uma pena a um facto sem consequencias, e que o contrario d'isto seria um rigor escusado, uma verdadeira tyrannia. Por conseguinte devemos ter como certo que factos reprimidos pela lei, sob o imperio da qual tiveram lugar, deixão de ser puniveis, se antes de seu irrevogavel julgamento, uma lei posterior, apreciando melhor o character e moralidade d'elles, assim como as necessidades do estado social, os declara permittidos. A promulgação d'esta nova lei assignala um melhoramento na classificação dos factos que podem perturbar a ordem publica, e como bem diz M. de Chassat, é da essencia de uma tal lei estender o effeito d'esse melhoramento mesmo aos factos anteriores. Tal foi tambem a solução que adoptaram os nossos legisladores na confecção do artigo 310 deste Codigo, relativamente aos factos anteriores á publicação d'elle¹.

6. O principio da não retroacção das leis penaes pode ser considerado debaixo de dous pontos de vista diversos, isto é, ou em relação á natureza e qualificação das acções ou em relação á natureza e quantidade das penas, visto como uma lei nova ou pode erigir em crimes acções que d'antes o não era, e viceversa; ou pode comminar a uma acção criminosa uma pena mais severa ou mais branda do que a fixada pela lei precedente. Quanto a esta segunda hypothese, tratarei d'ella no artigo 33, que é o seu lugar proprio, e o que ahi dissermos servirá de completar a materia, pois que tambem esse artigo não é mais do que um complemento do artigo 1º, do qual sómente por ora nos occupamos².

¹ Por esta solução estão geralmente os criminalistas. V. particularmente Chauveau e Helie, *Théorie du Code pénal*, cap. 2º, e Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, 1ª part., tit. 2º, cap. 1º.

² Pelo que lo respeita á applicação do mesmo principio as leis do processo, nada diremos porque ella sahe fora do plano do nosso trabalho. Entretanto pode-se consultar a esse respeito os mesmos autores citados.

7. Resta nos agora dizer alguma coisa acerca das palavras — *crime* ou *delicto* — que o nosso artigo declara synonymas. V. Foucher, nas suas observações já citadas, critica o legislador brasileiro por causa desta synonymia, e quizera talvez que elle houvesse seguido neste ponto o Codigo Penal francez, em cujo 1º artigo se distinguem as infracções da lei em *crimes*, *delictos* e *contravenções*, tomando-se por base desta distincção a natureza e quantidade das penas¹. Segundo esse escriptor “resulta da declaração do nosso artigo nesta parte uma confusão que offende á regularidade da marcha, á divisão do trabalho, e priva o redactor da lei de uma classificação methodica mui util, por isso que com a denominação dada á infracção abrange-se ao mesmo tempo a competencia de tribunal e o genero das penas comprehendido na extensão da palavra. Esta synonymia, continua o mesmo escriptor, só se conceberia se a mesma jurisdicção fosse chamada a pronunciar sobre todas as infracções, quaesquer que fossem a gravidade e especie d’ellas².” É porem digno de notar-se que, enquanto V. Foucher critica o nosso Codigo por não fazer distincção entre crimes e delictos, o artigo 1º do Codigo penal francez é por outro lado objecto das criticas as mais acerbas por fazer a distincção que fez. “A divisão dos actos puniveis, diz Rossi³, em crimes, delictos e contravenções, divisão tirado do facto material e arbitrario da pena, revela por si só, segundo nos parece, o espirito do codigo e do legislador. É dizer ao publico: Não vos embaraceis com examinar a natureza intrinseca das acções humanas; olhae para o poder: se elle fizer cortar a cabeça a um homem, conclui d’ahi que esse homem é um grande scelerato. Ha n’isto um tal desprezo da especie humana, uma tal pretencão ao despotismo em tudo, mesmo em moral, que se poderia, sem muito arriscar, julgar do espirito do codigo inteiro

¹ “A infracção que as leis punem com penas de policia é uma contravenção. — A infracção que as leis punem com penas correccionaes é um delicto. — A infracção que as leis punem com uma pena afflictiva ou infamante é um crime.” (Cod. pen. fr., art. 1º.)

² *Observations*, p. 11.

³ *Traité de droit pénal*, Introd., cap. 2º, § 2.

pela leitura do artigo 1º." E Boitard¹ adoptando a opinião de Rossi, pensa igualmente que a classificação do Código francez é extravagante e arbitraria, pois que contraria todas as regras da logica, e destroe todos os principios pondo o effeito em lugar da causa e a causa em lugar do effeito. Como, diz elle, fazer derivar a gravidade do facto da gravidade da pena que lhe é infligida? Não é pelo contrario a gravidade do facto que deve servir de medida á gravidade da pena²?

8. No meio d'estas duas opiniões extremas não hesitamos em dizer que tão infundada nos parece a critica feita ao artigo do nosso Código, quanto exagerada a que tem soffrido o artigo do Código francez. De tão pouco momento mesmo nos parece a questão, que de certo não tocaríamos n'ella, se a não vissemos discutida por autoridades tão respeitaveis. Entretanto, como só nos corre o dever de justificar o nosso Código, diremos apenas acerca do outro que lhe é comparado, aquillo que for conducente ao nosso fim³. Em nosso entender teve o legislador brasileiro, antes de tudo, uma razão bem simples e ao mesmo tempo bem valiosa para não fazer distincção entre os termos *crime* e *delicto*, e sem a ser que, no uso commum de fallar nunca foi entre nós tal distincção recebida; e sabe-se que é sempre inconveniente pôr a linguagem das leis em divergencia com a linguagem usual do povo maxime em materia criminal⁴.

¹ *Leçons du droit pénal* 4ª éd., p. 22.

² Por esta opinião estão ainda: Taillandier, *Réflexions sur les lois pénales de France et d'Angleterre*, pag. 44 e seg.; e C. Lucas, *Da Reforma das prisões*, tom. 1º, pag. 32 e 57, e tom. 3º, pag. 22.

³ Sustentam a divisão do Código Francez: Berthauld, *Cours de Code pénal*, pag. 142; Le Sillery, *Traité de droit criminel*, nº 5; Chauveau e Helie, Trebutien e Rauter, nas obras já citadas. "Se o legislador, dizem elles em summa, fez esta classificação segundo a pena, não se segue d'ahi que, por a escolha da pena, não houvesse attendido á natureza do delicto, como sem duvida attendeo, e d'esta sorte, tanto valia fazer a classificação pela natureza do delicto, como pela pena, visto que na classificação d'esta se havia tomado a natureza do delicto como base." Quanto á utilidade da divisão faltaremos adiante.

⁴ A lingua franceza pelo contrario distingue os crimes dos delictos, sendo aquelles os factos puniveis de maior gravidade, e este os de menor. V. os *Elem^{tos}. de Dir^{to}. penal* do Sr. Ortolan, nº 565. — Na lingua ingleza o terme *misdemeanour* (delicto) emprega-se commummente como distincto de *felony*; todavia Blackstone os envolve na mesma

Depois d'isto é incontestavel que, ao menos debaixo do ponto de vista racional e theorico, a synonymia do nosso artigo é muito mais justa e sustentavel do que a classificação tripartida do Codigo francez. Com effeito, não sendo possivel traçar d'antemão uma linha divisoria entre crimes e delictos, já porque o mesmo facto pode apresentar-se acompanhado das circumstancias as mais differentes, e d'estas deve depender indubitavelmente a qualificação; e já porque não se manifestando de ordinario essas circumstancias senão muito depois da perpetração do delicto, vê-se o legislador em taes casos na necessidade de abandona-las á apreciação dos juizes; cremos que á vista d'isto, nada ha de mais razoavel do que adoptar uma só denominação para designar todas as infracções da lei penal. De que serve, por exemplo, chamar ao homicidio crime, segundo a linguagem do Codigo francez, se dadas certas circumstancias, bem como as do artigo 319 do mesmo Codigo, elle é delicto e não crime? Finalmente, se a natureza do crime e do delicto é sem duvida alguma a mesma¹, para que essa linha de separação inteiramente facticia entre um e outro? V. Foucher diz-nos que da synonymia resulta confusão que offende á regularidade da marcha e á divisão do trabalho; mas nos pensamos que a distincção é que pode dar estes resultados; e tanto assim que o Codigo francez, depois de te-la consagrado, tratou dos crimes e delictos simultaneamente quer na sua parte geral, quer na especial, o que de certo não teria succedido, segundo devemos presumir, se a distincção adoptado tivesse a virtude de determinar um methodo melhor. E faltando de nosso Codigo, mister é reconhecer com os Senhores Chauveau e Helie² que todas *as suas disposições são classificados com bastante methodo*. Quanto a utilidade

definição, e diz que, propriamente faltando, são synonymos. V. *Comment.*, liv. IV^o, cap. 1^o.

¹ Para evitar toda confusão aos leitores deixamos de fallar das *contravenções*, que segundo os criminalistas francezes são de natureza diversa dos crimes e dos delictos, pois que para a existencia d'ellas se não exige o elemento capital da intenção. Mas é bom advertir que o nosso Codigo criminal não reconhece taes contravenções, sendo certo, segundo nos parece, que a regra consagrada no seu artigo 3^o é applicavel, pelo menos, a todos os factos por elle previstos.

² *Théorie du Code pénal*, cap. 16.

meramente pratica, resultante da correspondencia entre as tres denominações do artigo 1º do Codigo francez, as tres ordens de tribunaes estabelecidos para a repressão dos factos illicitos, e os tres generos de penas¹, utilidade que consiste em conhecer-se por qualquer uma d'aquellas denominações a competencia do tribunal que deve conhecer do facto, e as penas que lhe devem ser impostas, esta utilidade, diremos nos, a despeito da importancia que lhe attribuem V. Foucher e os demais defensores do Codigo francez, não só por muito limitada, mas ainda por outra consideração diversa não pode ser allegada para julgar-se por meio d'ella do merito do nosso artigo. Na verdade, se as circumstancias ou differenças accessorias dos factos, como já observámos, podem fazer passar o mesmo acto da classe dos crimes para a dos delictos é viceversa, é claro que, não se podendo sempre conhecer *a priori* a que classe pertence tal homicidio ou tal furto, cujas circumstancias ainda são ignoradas, a bem pouca cousa deve de ficar reduzida aquella utilidade².

Por outro lado devemos notar que essa utilidade assim mesmo limitada, sendo toda peculiar á França, não pode ter applicação entre nós onde o systema das jurisdicções e do processo é differente, e onde a lei penal não julgou conveniente classificar as penas como o fez o Codigo francez; de sorte que, para dar força a sua critica, precisava ainda V. Foucher de demonstrar a superioridade da legislação do seu paiz quanto a estes dous ultimos pontos, a respeito da nossa, para que tambem a devessemos seguir. Finalmente entendemos que é pouco conveniente e até mesmo pouco proprio em um Codigo penal estabelecer base alguma para a competencia dos tribunaes, ou de qualquer maneira entender com as diversas especies de infracções da lei, que devem determinar os

¹ As tres ordens de tribunaes são: os de simples policia para o julgamento das contravenções, os tribunaes correccionaes para o dos delictos, e as cortes de assises para o dos crimes.

² A isto se podem acrescentar as numerosas excepções, que desarranjando aquella symetrica correspondencia, são por si sós bastantes para reduzir singularmente a utilidade pratica em que sobre tudo a fundão. V. a respeito o Sr. Achille Morin, *Répertoire de droit criminel*, verb. *délits*, nº 3.

diversos grãos de jurisdições¹; e que portanto muito bem se pode conceber a synonymia do nosso artigo, embora haja mais de uma ordem de jurisdição para pronunciar sobre as diferentes infracções, segundo a gravidade dellas. Em ultimo resultado pois, temos que, bem consideradas as disposições dos dous Codigos a do nosso é preferivel, porque, só adoptando-se uma denominação generica é que se podem evitar a confusão e as difficuldades inseparaveis de qualquer divisão entre crimes e delictos, deduzida da gravidade das penas ou dos factos², do que nos dá uma prova convincente a mesma divisão do Codigo francez. Não só este Codigo não foi fiel a terminologia embaraçadora do seu artigo 1º, mas tambem o não foi o da *Instrucção criminal*; e d'ahi as graves difficuldades a que tem dado lugar na pratica alguns artigos deste ultimo, taes como os artigos 7 e 565, § 2, difficuldades unicamente devidas a uma terminologia impropria³.

¹ Propriamente isto nos parece objecto do Codigo de Processo criminal; e foi effectivamente n'esse codigo que o legislador brasileiro assentou a jurisdição repressiva sobre a triplice base da quantidade das penas, character especial dos delictos, e qualidade ou hierarquia dos delinquentes. Alem de outras considerações que poderiamos apresentar em apoio do nosso modo de pensar, se não fora isso aqui ocioso, basta-nos recordar a instabilidade a que por sua natureza estão sujeitas as leis reguladoras do processo, as quaes variam constantemente com as desordens ou os progressos das sociedades, e principalmente com as mudanças politicas. De sorte que, não succedendo o mesmo com as leis que fixam a natureza dos crimes, e sua punição, de nada pode servir o estabelecer n'estas uma base ou um ponto de partida qualquer para as competencias, a não ser o desejo de multiplicar as *dissonancias legislativas*.

² O Sr. Ortolan pretende ter descoberto uma nova divisão tripartida dos delictos, segundo a sua gravidade, mais satisfactoria do que a do Codigo francez, que elle em parte approva e em parte reprova. Essa divisão é a seguinte: delictos ou contravenções de importancia geral de maior gravidade, delictos ou contravenções de importancia geral de menor gravidade, e delictos ou contravenções de importancia simplesmente local ou municipal. Mas ella nos parece tão arbitraria e inconveniente como a outra de que nos temos occupado V. *Éléments de droit pénal*, n^{os} 660 e seguintes.

³ No artigo 305, e nas rubricas que precedem os artigos 114 e 430, nota-se a infidelidade de que acima fallamos quanto ao Codigo penal, por ahi vemos as palavras *attentado* e *delictos* em lugar de *crimes*. No Codigo da Instrucção criminal, a palavra *delicto* ora comprehende toda a especie de infracção, ora é synonyma de crime. V. os artigos 22, 27, 41, 91, 214, 226, 227, 229, 274, 307, 308, etc., etc.

DO
DELICTO E DO DELINQUENTE

...Non gloria nobis

causa, sed utilitas officiumque fuit.

Publicando, ha cerca de dous annos, e a titulo de ensaio a nossa lição — DA REINCIDENCIA, — demos a entender que a fariamos seguir de algumas mais com o mesmo designio. Sendo-nos, porém, notados certos inconvenientes que de ordinario acompanham as pequenas publicações, julgamos dever desistir d'esse intento, visto como esperavamos poder um dia dar á luz os nossos esboços, ao menos sobre a primeira parte do Codigo Criminal.

Entretanto, sendo chamado successivamente a novos estudos, e lutando com os embaraços de uma saúde precaria, não nos é mais possivel hoje alentar ainda aquella esperança; e então, animado pelo favoravel acolhimento que no publico encontrára o nosso primeiro ensaio, cabendo-nos mesmo a honra de sinceras adhesões por parte de alguns dos mais conspicuos e illustrados membros da alta magistratura do paiz, resolvemos permanecer no proposito de ir publicando as lições que outr'ora professámos, á proporção que formos tendo tempo para coordenar e corrigir os apontamentos que d'ellas nos restam, devendo servir-nos de guia a importancia relativa das materias.

As cinco lições que agora publicamos sobre o DELICTO E O DELINQUENTE, são as primicias d'essa ultima resolução nossa; e oxalá que ellas tenham a boa fortuna de encontrar no publico competente um acolhimento tal, que não nos torne impossivel a continuação pelo desanimo.

Não tendo, como já o dissemos, outro fim mais que o de ser util ao nosso paiz, concorrendo para a formação de uma jurisprudencia *nacional*, e procurando particularmente, n'esse intuito, auxiliar a mocidade estudiosa que frequenta as nossas Faculdades de Direito, assentámos que deviamos trabalhar por consegui-lo na medida de nossas debeis fôrças.

Não temos, pois, que desvanecer-nos ácerca da importancia d'esta pequena publicação. É por assim dizer o segundo acto de uma tentativa, que outros mais habéis e mais felizes levarão ao seu termo. Podesse ao menos o merito da *boa vontade* alcançar-nos a palma de uma lembrança, e dar-se-hia por bem satisfeita a nossa modesta ambição.

Recife, 23 de Novembro de 1860.

DO
DELICTO E DO DELINQUENTE

LIÇÃO PRIMEIRA
DO DELICTO CONSUMMADO

—————
SUMMARIO

Definição do delicto. — Elementos que o constituem. — Exame do elemento material. — Impunidade absoluta do pensamento justificada. — Phases do delicto desde o simples pensamento até a sua consummação. — Impunidade da resolução criminosa exigida pelo mesmo interesse social ainda quando manifestada. — Confirmação desta doutrina pelo Código. — Actos preparatorios do delicto. — Difficuldade em distingui-los dos actos de execução. — Diferença real que separa uns dos outros. — Inconvenientes que resultariam da punição geral dos actos preparatorios. — Impunidade delles consagrada em regra pelo Código. — Excepções diversas a essa regra. — Só o principio de execução do delicto reclama geralmente o exercicio da justiça social. — Delicto consummado. — O procedimento ulterior do delinquente não influe em sua

culpabilidade. — Necessidade de não confundir o resultado que se espera do delicto com a sua execução. — A justiça e o interesse social podendo ser offendidos tanto pela acção como pela omissão, posto que não no mesmo gráo. — Se se deve considerar delicto a omissão do que, podendo, não obsta ao delicto praticado por outro. — Exame do elemento moral do delicto. — Sua importancia capital em relação ao outro elemento. — O que seja vontade, e o que devemos entender por acção ou omissão voluntaria. — Fundamento da imputabilidade das acções humanas. — Remissão ao art. 3º para o desenvolvimento das questões relativas ao elemento moral do delicto. — Para que a acção se considere delicto é mister que seja *contraria* a uma lei *penal* propriamente dita. — Corollario desta doutrina, e sua utilidade pratica. — Existencia de outras leis penaes fóra do Codigo.

I

1. Depois de haver proscripto em principio a retroacção das leis penaes com a disposição do art. 1º, passa o Código a declarar-nos o que devemos entender por crime ou delicto.

Não nos cansaremos com um exame comparativo das differentes definições que se tem dado ao delicto, e fóra mesmo inutil que o fizéssemos. Quasi todas essas definições, só são dadas debaixo do ponto de vista theorico, não passam de um resumo ou abreviatura das

diversas theorias sobre o fundamento do direito de punir, e deixam por conseguinte entrever as mesmas diferenças que entre essas theorias costumam assignar os autores¹. Se, pelo contrario, são dadas debaixo do ponto de vista pratico, tambem dizem todas substancialmente a mesma cousa, com mudança apenas de uma ou outra expressão. Neste ultimo caso está a definição legal do nosso Codigo, e é sobre ella que devem recahir as nossas observações.

"Julgar-se-ha crime ou delicto, diz o legislador: Toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes (art. 2º)."

2. Por esta definição vê-se claramente que todo crime ou delicto compõe-se de dous elementos que antes de tudo devem fixar a nossa atenção: — o elemento *material*, que nos é indicado pelas palavras *acção* ou *omissão* (*actio vel omissio* e o elemento *moral* indicado pelo adjectivo qualificativo — voluntaria — que a essas palavras foi ajuntado. Occupemo-nos com o primeiro, porque também é elle o que primeiramente se manifesta ao poder social como para servir-lhe de guia no descobrimento do segundo.

3. Dizendo-nos o legislador que para haver delicto é necessario que haja uma acção ou omissão, devemos logo concluir d'ahi que o pensamento ou a simples cogitação, por maior que seja sua maldade, não póde jamais considerar-se como crime perante a lei humana. Assim é com effeito, e nem de outra sorte poderia ser. O pensamento, faculdade toda espiritual e puramente interior, é por sua

¹ Assim, para os escriptores da escola espiritualista o delicto é — toda a violação da lei moral, ou como define Santo Agostinho — *declinatio a bono*. Para Bentham utilitario é — *todo acto que se julga dever ser prohibido em razão de algum mal que faz nascer ou tende a fazer nascer*. Para Rossi eclecticico é — *a violação de um dever para com a sociedade ou os individuos, exigivel em si e util á manutenção da ordem publica, dever cujo cumprimento não pode ser seguro senão pela sancção penal, e cuja infracção pode ser apreciada pela justiça humana*. — Mas cumpre não esquecer a bella definição de Grocio, onde se nota não só um feliz eclecticismo, mas tambem a conciliação da theoria e da pratica: — *Factum illicitum adversus legum sanctionem sponte admissum, reipublicae vel singulis noxium, quo quis et ad reparationem si fieri potest, et ad paenam obligatur*. De *jure belli ac pacis*, lib. 2º, cap. 17.

mesma natureza livre e independente não só da acção dos seres exteriores, que o não poderiam attingir, mas ainda muitas vezes do proprio espirito pensante, que sem duvida póde combatê-lo, mas que nem sempre alcança evita-lo ou expelli-lo. Por conseguinte não haveria justiça em tornar o homem responsavel pelo pensamento, visto que elle não lhe é sempre imputavel.

Ainda quando o homem, longe de combater, acaricia e affaga o máo pensamento, ainda em tal caso deve este ficar fóra do alcance da justiça humana, porque com elle não offende o homem os seus semelhantes de modo que a sociedade seja interessada na sua punição. O pensamento, pois, de violar a lei acha-se justamente ao abrigo da repressão social: "*Cogitationis paenam nemo patitur*, disse o jurisconsulto Ulpiano, na L. 18, Dig. *de paenis*." Só á justiça divina é que pertence a punição d'elle, porque só Deos é quem póde sondar os seus mysterios e ser por elle offendido independentemente de toda e qualquer manifestação. O começo da criminalidade social não é, nem póde ser o mesmo da criminalidade moral. "*Homo videt ea quae parent; Dominas autem intuetur cór*. Reg., cap. 16, §1º, v. 7¹.

4. Mas, entre o pensamento de violar a lei e a acção ou omissão que realisa esse pensamento, ha uma grande distancia; ha uma serie mais ou menos prolongada de actos internos ou externos conforme nos mostra a observação. Tres degráos intermediarios, pelo menos, podem ser bem distinctamente apreciados entre o simples pensamento que é o ponto de partida do crime, e o acto perfeito de sua consummação. Concebida a ideia criminosa, o homem reflecte sobre ella, e reflectindo, ou a despreza, ou a aceita dando-lhe pela reflexão os caracteres de uma firme resolução; a esta seguem-se os preparativos do crime, e depois

¹ A propria Igreja, sociedade espiritual, representante da Divindade na terra, limita a sua acção ao exterior: De *internis non judicat Ecclesia*.

d'estes vem o principio da execução¹. O que devemos, pois, dizer ácerca d'estes differentes actos de que afinal se compõe o crime? Em qual d'elles começa a criminalidade social? É o que vamos indagar.

5. Primeiramente a resolução de commetter o crime, por mais firme e inabalavel que a supponhamos, escapa ainda á repressão social, em quanto se acha concentrada no espirito do seu autor. Sem duvida essa resolução offerece já alguma cousa de mais consistente, de mais immoral e mais assustador do que o simples pensamento do crime fluctuante e indeciso; mas ainda isto não basta para legitimar a acção da justiça humana, na ausencia de um dos seus fundamentos, que é a perturbação ou o perigo para os interesses sociaes. Ora, essa perturbação e esse perigo só podem apparecer, ao menos com alguma realidade, pela manifestação da resolução criminosa, ainda que seja sómente por uma confidencia imprudente da parte do seu autor. Mister é, pois, que haja alguma cousa de material para que a justiça humana possa intervir. Tal é a sua condição que só o exterior lhe é sujeito; e por isto dizia Cicero mui bem: "*Justitia foras expectat*. De Rep. lib. 3^o"

Se este ponto, porém, não soffre duvida, outro tanto não acontece com o saber qual o momento preciso em que existe um acto exterior, que, manifestando a vontade criminosa, autorise sufficientemente a justiça social a desenvolver sua acção.

6. Em rigor e theoreticamente faltando poder-se-hia sustentar com Rossi, que a justiça humana tem o direito de punir os actos resolvidos e manifestados confidencialmente, como acima dissemos. Mas é força convir que a revelação confidencial de uma resolução criminosa, e mesmo a divulgação d'ella não perturbam ainda tão profundamente a segurança social, que reclamem a imposição de uma pena publica imposta

¹ Romagnosi, levando a analyse ainda mais longe, assigna até cinco grãos ao delicto, desde o pensamento até a integridade da execução, e os qualifica deste modo: — delicto de *pensamento*, delicto de *palavra*, delicto *tentado*, delicto *mallogrado*, delicto *consummado*. *Genesis del diritto penali*.

pela sociedade. “Acrescentai, diz Boitard, o que é mais importante, que em geral, se o legislador pretendesse verificar e punir a resolução criminosa, lançar-se-hia necessariamente para verifica-la no caminho das ficções odiosas, nas pesquisas inquisitoriaes, que fariam um mal maior do que o bem que faria a pena.

Além disto, como observa o mesmo Rossi, a punição do pensamento em nossa hypothese, traria ainda o inconveniente de tornar a sua manifestação mais rara, e por isso mesmo de diminuir o numero dos imprudentes para augmentar o dos malfeitores. Seria, diz elle, abafar centelhas para ter o prazer de assistir a um incendio¹!

7. De accordo com a doutrina que acabamos de expender acha-se o nosso Codigo Criminal, pois n'elle se não encontra artigo algum onde, já não dizemos a lembrança ou o simples pensamento do delicto, mas a resolução formal e assentada de o commetter, seja criminada e punida. Verdade é que certos artigos parecem, á primeira vista, prestar-se a uma conclusão contraria: mas nós teremos o cuidado de, em seu lugar, mostrar que nenhuma excepção fazem elles ao principio ácima desenvolvido — de que a vontade só, ou a resolução de commetter o crime não póde ser punida. (V. o §4º deste artigo, e o art. 107.)

8. Mas entre a resolução do crime e o começo de sua execução nota-se ainda, como dissemos (nº 4) um degráo intermediario — a preparação; e como esta só se póde effectuar por meio de actos materiaes e exteriores, cumpre-nos examinar quaes os que se podem chamar propriamente *preparatorios*, a sua differença dos *actos de execução*, e finalmente a sua criminalidade.

II

9. São *actos preparatorios* de um crime todos aquelles que, precedendo a acção criminosa, e sendo-lhe por assim dizer extrinsecos,

¹ Vide Rossi, *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 2º cap. 26; Boitard, *Liç. sobre o Cod. Pen.*, nº 22.

tendem todavia a facilitar, a pôr em bom caminho a sua execução. Assim, por exemplo, a fabricação de chaves falsas ou de escadas podem ser actos *preparatorios* de um roubo; a compra de um punhal ou de veneno actos preparatorios de um homicidio, etc , etc. Convém, porém, desde já advertir, com quasi todos os criminalistas, que ha uma grande dificuldade em distinguir os actos meramente *preparatorios* do crime, d'aquelles que formam o seu começo de execução.

Entretanto, seja qual for essa dificuldade, sobre a qual voltaremos mais circunstanciadamente, chegando ao § 2 do art. 2º, o que é certo, é que, em principio, não se póde negar a diferença que existe entre os actos simplesmente *preparatorios* do crime e os que constituem o principio de execução d'elle. Assim, supponhamos que um individuo, determinado a commetter um roubo, arma-se de uma escada, de gazuas, de escopros e outros instrumentos necessarios ao seu fim; que munido d'elles dirige-se á casa que tem em vistas, e põe-se a examinar todas as suas avenidas. É evidente que estes actos são *preparatorios* do roubo; mas nunca se poderá dizer que elles sejam um *principio de execução*, visto como podem tambem ter por fim outro qualquer acto mui differente do roubo, *verbi gratia*, o rapto de alguma pessoa da casa. Assim, diz muito bem Rossi: "Os *preparativos* e o *principio* de execução são cousas differentes por sua natureza. O autor dos *preparativos*, se se detém, nada ha feito ainda de material e directo contra o direito que quer atacar: o autor da tentativa tem começado seu ataque. Este póde arrepender-se, desistir; mas o autor dos actos puramente preparatorios tem uma largura muito diversa para mudar de vontade. O primeiro póde dizer: quero cessar; o segundo: não quero começar¹."

10. Agora que já temos ideia do que são *actos preparatorios*, resta-nos saber se o legislador deve puni-los, e se o nosso Codigo effectivamente os punio em alguns casos.

¹ *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 2º cap. 27. Vide tambem Boitard, nº 23; Chauveau, *Theor. do Cod Pen. Fr.* cap. 10, nº 561 e seg.; Le Sellyer, *Trat. de Dir. Crim.*, tomo 1º nº 13.

Parece que os argumentos que se poderiam empregar para sustentar que a resolução criminosa deve ser punida, apresentam-se aqui com maior força para exigir a punição dos *actos preparatorios*. Se a resolução é já em si mesma um acto immoral, os actos que tendem a preparar, a facilitar a realização d'ella, revestem n'um gráo mais subido esse character de immoralidade. Se a resolução é uma ameaça, um perigo ainda que remoto para a segurança social, os *actos preparatorios* apresentam-se ainda com esse character muito mais pronunciado. Por mais graves, porém, que pareçam estas considerações, ellas são insufficientes para autorisar em *regra* a punição dos *actos preparatorios*.

Primeiramente a natureza d'esses actos é tal, que por meio d'elles não se póde chegar com certeza ao conhecimento da resolução criminosa, ou para melhor dizer, ao conhecimento do crime projectado por aquelle que os põe em pratica; e desde que o conhecimento d'essa resolução ou projecto não póde ser senão o resultado de uma inducção, de uma conjectura fallivel, falta esse fundamento solido que só póde legitimar a applicação de uma pena por parte de uma justiça sujeita aos erros, como é a dos homens.

Ha, além disto, uma tão grande distancia entre os *actos preparatorios* e a mesma acção criminosa a que se dirigem, que por elles não se póde seguramente presumir que o agente teria transposto similhante distancia sem se deter; e desde então, como estabelecer uma pena sem a existencia ao menos de uma presumpção fundada?

Finalmente "importa á sociedade não multiplicar os motivos que induzem os malfeitores a occultar cuidadosamente seus preparativos, e sobretudo não impelli-los á consummação do crime pela certeza que teriam de serem punidos logo que fossem descobertas as suas disposições. É mister que a lei não feche tão cedo a porta ao arrependimento, quando é do maior interesse social que aquelle que não

fez senão preparar-se, seja animado pela esperança da impunidade a desistir do seu projecto criminoso¹.”

Os *actos preparatorios*, portanto, também não devem ser objecto da lei penal, ao menos em regra. “Por menor que fosse a pena cominada a taes actos, diz Bertauld, elle seria sempre separada da pena do crime por uma menor distancia, do que aquella que separa o crime do projecto².”

11. Entretanto, se ha pouco reconhecemos que nenhuma excepção havia ao principio que deixa impune a resolução criminosa, o mesmo não succede com o principio que acabamos de estabelecer relativamente aos *actos preparatorios*. A resolução em direito deve ficar impune, e de facto não ha para ella pena em artigo algum do nosso Codigo : — os *actos preparatorios* devem em geral ficar impunes, mas podem haver excepções legitimas a esta regra, e em nossa mesma legislação encontramos disposições taes como a do art. 107 já citado, o qual contém, segundo demonstraremos, uma excepção notavel á mesma regra.

Na verdade, se a justiça e a politica desaprovam igualmente a punição dos *actos preparatorios*, não é, como nos observa Rossi, por falta de immoralidade n’elles, nem porque deixem de produzir algum mal material, algum perigo; por quanto, se um crime resolvido é um estado de cousas mais perigoso para a sociedade e para os individuos, do que a possibilidade geral de um crime, com mais forte razão a *preparação* de um crime é um facto que causa já uma offensa mais ou menos grave á segurança publica e particular. Não ha, pois, falta absoluta de direito de punir na sociedade, continúa o mesmo publicista: ella o poderia se tivesse os meios, e se reconhecesse n’isso *utilidade* politica. “Essa utilidade e esses meios não existem em caso algum quanto aos actos internos. Mas

¹ Vide os autores citados na nota antecedente.

² Curso do *Cod. Pen.*, liç. 9.

haveria exageração em sustentar que os actos preparatorios não apresentam jamais um caso de excepção. O perigo d'esses actos póde ser algumas vezes mui grande, e ainda que o seu character seja incerto, elles são comtudo actos exteriores que offerecem materia para a inducção¹."

12. Em consecuencia do exposto, Rossi distingue tres classes de factos excepçionaes que podem ser punidos como actos preparatorios: — 1º, os factos que elle chama meios *occasionaes* de crimes, como a vadição, a mendicidade, o porte d'armas, as casas de jogo, etc.; 2º, os factos que, sem serem propriamente actos de execução, são todavia geralmente considerados como meios preparatorios para certos crimes, factos que o legislador póde facilmente apanhar e descrever na lei; factos, emfim, cuja ligação com a resolução criminosa, sem ser tão directa e tão immediata como se fossem actos de execução, é tal que se póde sem perigo submeter o autor d'elles ás eventualidades de um processo criminal, etc.; 3º, finalmente a conspiração².

13. Da punição das duas primeiras classes de actos ácima apontados temos nós exemplos nos arts. 281, 295, 296, 297, 300 e 30 do nosso Codigo; mas notemos bem, que, em taes casos, o nosso legislador os pune, não como actos preparatorios de algum crime, mas como delictos especiaes ou *sui generis*, segundo o valor intrinseco d'elles, e abstrahindo do crime que possam preparar. De maneira que, ainda quando se chegue a provar que a nenhum fim criminoso se encaminhavam, não deixam por isso os seus autores de soffrer as penas, fulminadas a taes actos. Só a conspiração prevista no art. 107, e outros factos semelhantes é que constituem uma excepção formal ao principio da impunidade, que acoberta os *actos preparatorios*, porque ahi a prova do fim criminoso indicado pela lei é essencial á punição do facto, que aliás só por se dirigir a esse fim é criminado e punido³.

¹ Tratado de Dir. Pen. liv 2º cap. 17.

² Trat. de Dir. Pen., no lug. cit.

³ Vide Rossi e Boitard, *Liç. sobre o Cod. Pen.*, nº 22 e 23.

14. Só com os actos que constituem um *principio* de execução, e que se costumam designar pelo nome de *tentativa*, é que começa regularmente a criminalidade social. Mas não nos occuparemos por ora com essa phase importante do crime, que o nosso Codigo particularmente nos convida a examinar no § 2º deste mesmo artigo; contentemo-nos com ter chegado a este resultado: — que, relativamente ao material, ao exterior, é necessario, *em regra*, para legitimar a acção da justiça humana, que haja um facto pelo menos *principiado*.

III

15. O legislador, declarando como necessaria á existencia do crime uma acção ou omissão, teve em vistas um facto material *consummado*, ou por outra, a infracção a mais completa que se possa imaginar; e tal é a que por um lado recebeu sua inteira execução da parte do agente, e por outro produziu todo o effeito desejado sobre a victima, ou todo o mal do delicto, que a lei indica em sua definição, e quer prevenir com a pena: *verbi gratia*, a morte no homicidio, a tirada fraudulenta da cousa alheia no furto. É de alguma sorte o delicto debaixo de sua primeira fórma, ou como diz Ortolan, — o typo do delicto, de sorte que, os outros termos que d'elle se aproximam mais ou menos sem o attingir, não são de facto senão os seus diminutivos.

16. Ora, todas as vezes que o crime apparece com esse gráo de plenitude, devemos ter a infracção da lei por completa e o crime por *consummado*, embora o criminoso possa por actos posteriores modificar em uma certa proporção os resultados nocivos do seu attentado. Assim, o ladrão que tem realisado inteiramente a tirada da cousa alheia, ainda que depois, movido pelo arrependimento, a restitua, e faça deste modo cessar o prejuizo, não póde todavia fazer com isto desaparecer o seu crime de furto, que continúa a subsistir. Similhantermente o autor de um ferimento, que, tocado dos soffrimentos de sua victima, administra-lhe com suas proprias mãos os remedios que devem sara-lo, não se livra por isto do

crime de ferimento, que é um facto consummado, sobre o qual nada póde o seu arrependimento. Estes e outros factos semelhantes posteriores á execução, servindo de prova ao arrependimento do delinquente, poderiam sem duvida ser-lhe tomados em consideração como uma circumstancia attenuante (ainda que o nosso Codigo os não toma); mas aos olhos do criminalista elles são insufficientes para apagar a culpabilidade. A acção repressiva nasce desde o momento em que a infracção acaba de completar-se pelo ultimo acto de execução, e os actos posteriores são impotentes para suspender-lhe a marcha¹.

17. Tratando-se do crime consummado, cumpre não confundir o resultado que se espera do crime com a sua execução. Sempre que a lei penal não exige para a existencia do crime senão a existencia de um certo facto, seja aliás qual fôr o seu resultado, logo que se realiza inteiramente esse facto, existe o crime *consummado*. Assim o crime de falsidade ou de perjurio estão *consummados* desde que o falsario tem fabricado a escriptura falsa, desde que a testemunha concluiu o seu falso depoimento em juizo.

Pelo contrario sempre que a lei exige como elemento essencial do crime um certo resultado, um acontecimento funesto, só quando esse acontecimento ou esse resultado se realisam é que póde existir crime consummado: *Eventus expectetur*, diz a L. 15, § 9 *Dig. de paenis*; e não se realisando elles, ainda que se tenha consummado o facto material que o devia produzir, ha sómente o que propriamente se chama delicto *mallogrado* ou tentativa completa. Neste ultimo caso estão, por exemplo, o homicidio e o aborto, que só se podem dizer consummados quando ao tiro se seguio a morte, ou quando á administração das drogas se seguio a expulsão do feto, sendo a existência de taes resultados a condição *sine qua non* destes delictos².

¹ Conf. Trebutien, *Curso Elem. de Dir. Crim*, liç. 10, nº 6.

² O Cod. de Baviera diz expressamente no art. 37: "Um crime será consummado (*vollendet*) quando o acto criminoso reunir em si todas as condições especificadas pela lei

18. Ordinariamente a palavra acção emprega-se na dupla significação de *comissão* ou acto positivo de fazer alguma coisa, e *omissão*, acto negativo que consiste em abster-se, omittir ou deixar de fazer. O nosso legislador, porém, quiz ser tão claro e explicito quanto convém ser na redacção de uma lei penal.

19. Como a justiça e os interesses da sociedade podem ser lesados não só pela *acção* do homem, mas também pela sua *inacção*, d'aqui vem que a lei penal ou é imperativa ou proibitiva: deixar de fazer o que ella manda é um delicto de *omissão*, delicto *negativo*, segundo a phrase de certos Jurisconsultos (*delinquere in omittendo*); fazer o que ella prohiibe é um delicto de acção, ou delicto *positivo* (*delinquere in committendo*).

20. A este respeito costumam geralmente observar os criminalistas de accordo com as theorias do Direito Natural, que, em todas as nossas relações de homem a homem, sem que seja necessario suppôr uma situação especial, e quer se trate de interesses graves ou ligeiros, sempre somos obrigados a abster-nos dos actos que podem offender ao direito de outrem, e que isso é um dever universal juridicamente exigivel em todas as occasiões; ao passo que, pelo contrario, o dever de empregarmos nossa actividade no serviço ou em soccorro dos outros, bem que largamente comprehendido no numero dos deveres moraes, não existe como obrigação de direito, como dever juridicamente exigivel pela coacção, senão em certas situações e em razão de certos motivos particulares. D'ahi resulta que as leis penaes prohibitivas são muito mais numerosas do que as imperativas, e os delictos de acção muito mais frequentes e variados que os de *omissão*. Além d'isto, sendo o emprego

na definição do dito crime." E no art. 38: "Quando uma das condições d'essa definição legal fôr que o acto criminoso tenha produzido uma consequencia e um effeito determinados, o crime não se reputará consummado senão quando essa consequencia e esse effeito houverem tido lugar, suppondo alias o acto em si mesmo acabado." Às infracções que consistem no simples acto criminoso, independentemente de suas consequencias, chamam os criminalistas allemães — *crimes formaes* (*formale verbrechen*). — Vide Rossi. *Trat. de Dir. Pen.*, parte 1^a, caps. 27 e 31.

de nossa actividade em prejuizo do direito de outrem, dada a egualdade de todas as outras condições, cousa muito mais criminosa em si e mais perigosa para a sociedade, do que o conservarmo-nos na inercia, segue-se ainda, que os delictos de inacção, *caeteris paribus*, são muito menos graves que os delictos de acção. E é o que realmente se verifica em todos os Codigos, onde os grandes delictos, segundo observa Bentham, são em geral do genero positivo, sendo sómente á classe dos delictos publicos que pertencem os delictos negativos mais graves¹.

21. Aqui vem a pello uma questão mui debatida pelos criminalistas, e aventada pelo Sr. Mendes da Cunha nas suas *Observações* ao nosso Codigo Criminal. "Póde entrar em duvida, diz esse distincto magistrado, se nos termos e no espirito do art. 2º estão comprehendidos aquelles que, podendo, não obstem á perpetração de algum delicto, segundo a antiga maxima proverbial: — *qui non vetat peccare, jubet.*" — Ora, quanto a nós a decisão d'esta questão, acha-se fóra de toda a duvida, se se trata de um *delicto principal*, segundo o nosso direito positivo, pois em nenhum dos artigos d'este Codigo se achará punida a omissão do que, podendo não obsta á perpetração d'este ou d'aquelle crime, sendo mesmo evidente, como observa o Sr. Mendes da Cunha, que o nosso artigo não trata da *omissão relativa aos actos puniveis de outros, mas á lei punitiva de todos*. Se, porém, a omissão do que póde e não impede o crime, deve ser considerada como um *delicto accessorio*, isto é, como um facto de complicitade comprehendido nos termos do art. 5º, ou se pelo menos conviria que assim o fosse, tal é a verdadeira questão que nos propomos a examinar quando tratarmos d'aquelle artigo, limitando-nos por ora a ponderar com Bentham, que muitos casos ha, nos quaes, em um systema aperfeiçoado de legislação, o delicto negativo póde e deve ser posto ao lado do delicto positivo. "*Qui non defendit nec obsistit,*

¹ "Basta o somno do pastor diz Bentham, para fazer perecer o rebanho." Princip. do *Cod. Pen.*, part. 1ª cap. 3º. Vide mais Ortolan, *Elem. de Dir. Pen.* n.ºs 597 a 599.

Não falta comtudo quem pense que, moralmente, não ha differença entre os delictos por commissão e os delictos por omissão, sendo apenas os ultimos de facto menos numerosos.

si potest, injuriae, tam est in vitio quam si parentes, aut amicos, aut patriam deserat." Cic., *de Offic.*, l. 1º, cap. 7º¹.

IV

22. Temos até aqui considerado o primeiro elemento ou condição essencial de todo o crime — *o facto material*; e uma vez conhecido elle, podemos chegar á apreciação do outro elemento que chamamos — *moral* — porque se refere á vontade do homem, sem a qual nenhum crime póde haver de sua parte (acção ou omissão *voluntaria*, diz o nosso artigo). Ora, este segundo elemento não é menos importante, nem menos essencial do que o primeiro; existe pelo contrario entre ambos a mesma relação que prende o effeito á causa, sendo sómente a influencia da vontade no facto material contrario á lei quem póde determinar em definitiva a criminalidade da infracção. "Todas as acções contrarias ás leis, diz justamente Filangieri, não são delictos; todos aquelles que as commettem não devem ser chamados criminosos. A acção sem a vontade não é criminosa; a vontade sem acção não deve expôr á pena. O delicto consiste, pois, na violação da lei junta á vontade de a violar²." Tal é em verdade o grande principio da jurisprudencia criminal: — *Sine voluntate non crimen*. Mas, tanto tem de simples o seu enunciado, quanto a sua applicação de delicada na theoria, e de espinhosa na pratica, como para diante veremos.

23. O que é a vontade? O que devemos entender por acção ou omissão *voluntaria*? Eis o que antes de tudo nos cumpre examinar.

¹ Vide Bentham, Princip. do *Cod. Pen.*, part. 1ª cap. 3º — Não faltam tambem legisladores que assim o tenham entendido e sancionado. No *Deuteronomio* e no *Exodo*, livros sagrados dos Hebreos, encontram-se varias disposições semelhantes a esta: "*Non videbis bovem fratris tui, aut ovem errantes, et praeteribis. Sed reduces fratri tuo. Deut.*, cap. 22 § 1º vers. 1." Entre os Egypcios, segundo refere Diodoro de Sicilia, era punido com a morte aquelle que, podendo soccorrer um homem atacado por salteadores, não o fazia. Liç. 1 cap. 67. — Mesmo em nossos dias o Codigo d'Austria dispõe: — "Será qualificado delicto e punido como tal, o facto d'aquelle que omitta scientemente impedir o crime, quando podia faze-lo facilmente e sem perigo. Arts. 80 e 81 — E o Cod. da Prussia contém uma disposição analoga.

² *Scienza da Legisl*, liv. 3º part. 2ª, cap. 13.

A vontade, no sentido particular que de ordinario lhe attribuem os psychologos e criminalistas, é a faculdade ou poder de querer ou não querer, isto é, a faculdade que tem o espirito humano de determinar-se a fazer ou não fazer um certo acto, e de pôr em movimento ou conservar em repouso os instrumentos do corpo, interiores ou exteriores, necessarios á execução. Tomada n'este sentido, é evidente que a *vontade* confunde-se com a liberdade, e fazer de uma e outra duas condições distinctas em direito penal, seria, como bem diz Ortolan, commetter um pleonasmio. "É porque Deos nos dotou de uma fôrça livre, diz esse escriptor, para nos resolvermos em um sentido ou em outro, para obrar ou não obrar, que se pôde dizer indifferentemente que Elle nos dotou de liberdade ou de vontade. Esse poder de resolução com imperio sobre os orgãos de nossa actividade é o poder de liberdade ou de vontade: as duas palavras nesta primeira accepção só representam uma ideia¹."

24. Considerada como synonymo de *actividade*, a vontade nem sempre se manifesta da maneira por que acabamos de descreve-la; e aquelles que a consideram debaixo d'este ponto de vista, costumam assignar-lhe mais um ou dous grãos de desenvolvimento: o *instincto* e a *espontaneidade*. Deixando, porém, aos psychologos a descriminação d'esses differentes modos por que lhes parece desenvolver-se a *vontade*, para por este meio explicarem todos os movimentos e todas as acções do homem, contentemo-nos com ter definido essa faculdade no seu sentido verdadeiro e proprio, por ser aquelle de que tambem partio o nosso legislador, e que ao criminalista cumpre conhecer².

¹ Elementos de *Dir. Pen.*, ns 238 e 239.

² A vontade e a liberdade do homem tem sido objecto de muitas definições e de graves controversias entre os philosophos. Mas nós pensamos com um celebre escriptor que, nesta materia, se ha mil maneiras de enganarmo-nos, não ha senão uma de termos razão: "A vontade, como diz Santo Agostinho, não é senão a liberdade." Vulgarmente fazem consistir a liberdade no — poder de fazer ou não fazer uma acção conforme se tem resolvido, ou, por outra, no poder de executar as determinações da vontade; e tal é a noção autorisada por alguns philosophos, taes como Locke e Condillac. Porém, se a liberdade consiste no poder de fazer aquillo que temos resolvido, é evidente, como observa um distincto psychologo, que nada pôde haver de menos livre, nem de mais necessario do que uma tal liberdade, visto como o que ha de mais necessario em nós, é

25. Mas, se tal é a *vontade*, está claro que ella envolve e presuppõe a intelligencia, porque não se pôde conceber o homem querendo uma cousa sem d'ella ter conhecimento: "*Nihil volitum, quod non precognitum,*" tal é o axioma da escola. Tinha, pois, razão Filangieri quando definia a *vontade* — a faculdade d'alma que nos determina a obrar conforme os movimentos do coração e os *calculos da razão*.

O que é, porém, conhecer uma acção? É, segundo nos diz o mesmo criminalista, — perceber o fim d'ella e as circumstancias que a acompanham; e sendo assim, está claro que *acção* ou *omissão* voluntaria só pôde ser aquella, que nasce da determinação da vontade, precedida do desejo e do conhecimento do fim, assim como das circumstancias d'essa mesma acção ou omissão; ou, por outra, aquella que emana da vontade do homem obrando com conhecimento do que faz e do fim para que obra. Tal é a maneira ordinaria de obrar dos sêres intelligentes, que não obram como taes, senão quando conhecem a natureza dos seus actos¹.

26. Ora, se o homem é um ser intelligente e livre; se pela intelligencia elle comprehende e aprecia o que é bem e o que é mal; se pela liberdade ou vontade tem o poder de preferir o bem ao mal; e se, preferindo este a aquelle, tem consciencia de que essa escolha corre por sua conta e risco, segue-se que a responsabilidade do homem por suas acções livres ou voluntarias é bem fundada, e que é legitima a

que — á uma resolução da vontade, quando ella recahe sobre uma cousa factível, succede a acção mesma que executa, que realisa a resolução da vontade; de sorte que, diz Jouffroy, entre o querer e o fazer, todas as vezes que aquillo que se quer é possível, ha uma consequencia necessaria. Fazer consistir a liberdade no poder de executar, é tomar o resultado ou o signal exterior da liberdade, que é a acção physica, pela liberdade mesma que é toda *moral*. Se, pois, a liberdade não é o poder de fazer, ella, como bem diz o conde de Maistre com Santo Agostinho não pôde ser senão o de querer; e o poder de querer é a vontade. Pôde-se ver o desenvolvimento destas ideias, fóra dos autores citados na bella analyse de Mr Cousin sobre o acto livre. Hist. da Philos I. 3. liç. 25, e do Verd., do Bel. e do Bem, liç. 12 e 14.

¹ "Um ser livre, como diz Tap. d'Azeglio, é um ser essencialmente intelligente, e reciprocamente um ser sem intelligencia não pôde ser livre; as outras operações do homem são ou animaes, ou vegetaes, ou mechanicas; não são *actos humanos*." Ens. theor. de *Dir. Nat.*

intervenção da lei penal que o chama á contas quando por elle é desobedecida e contrariada em suas justas prescripções.

Vê-se, portanto, a razão que teve o nosso legislador para considerar crime ou delicto toda a acção ou omissão *voluntaria contraria ás leis penaes*; e com esta sua definição lançou elle as bases da imputabilidade das acções humanas, e da sua imputação em todos os casos¹.

27. Não insistiremos mais por ora acerca d'este assumpto importante, visto que elle deve achar desenvolvimentos ulteriores que o tornem mais conhecido, quando tratarmos dos arts. 3 e 10. Continuemos, pois, na analyse da definição do delicto, segundo o Codice, reservando o exame das graves questões que se prendem ao seu elemento moral, para a explicação d'aquelles artigos, onde ellas tem lugar proprio.

V

28. Para que uma acção ou omissão voluntaria se possa considerar como crime ou delicto, em sentido proprio, é mister ainda que ella seja *contraria á lei*, e não a uma lei qualquer, mas sómente a uma *lei penal*. É pela opposição ou contrariedade que o homem estabelece voluntariamente entre a prescripção da lei e os seus actos, que elle offende a justiça, levanta-se contra o poder social que a protege, e tornando-se assim refractario chama sobre sua cabeça um justo castigo, uma pena. D'aqui resulta que, por mais contraria que pareça uma acção á

¹ O termo *imputar*, como nos diz Burlamaqui, é tirado da arithmetica, e significa propriamente pôr uma somma em conta de alguem. Imputar uma acção a alguem é, pois attribuir-lh'a como ao seu verdadeiro autor, pô-la, por assim dizer, em sua conta, e torna-lo responsavel por ella. Cumpre, porém, não confundir a *imputabilidade* das acções humanas com a sua *imputação actual*. A primeira é uma qualidade essencial das acções humanas, emquanto produzidas pelo entendimento e pela vontade, de serem susceptiveis de *imputação*; a segunda é um acto do juiz e suppõe, além da *imputabilidade*, alguma *necessidade* moral de obrar ou de não obrar de uma certa maneira; ou, por outra, alguma obrigação exigindo que se faça ou deixe de fazer uma certa acção, Cons. Burlamaqui, Princip. de *Dir. da Nat.*, e das G., part. 1^a, cap. 2^o, e part. 2^a cap 9^o; Rossi, *Trat. de Dir. Pen.*, l. 2^o cap. 10; e Ortolan, *Elem. de Dir. Pen.*, n^o 220.

moral e mesmo á ordem publica, ella não póde constituir um delicto, se não se realizar *inteiramente* contra a prescripção de uma lei, ou, segundo se exprime Rauter¹, com as circumstancias e nas circumstancias suppostas pela definição do crime dada pelo legislador; de maneira que, faltando uma ou outra das condições exigidas na lei, deixa de existir o delicto. É um corollario rigoroso da doutrina contida no art. 1º.

29. Mas nem toda a acção ou omissão prevenidas pela lei debaixo de uma certa pena, constituem só por isto um crime ou delicto, ainda mesmo que na previsão d'ellas tenham entrado considerações de ordem publica. Ha muitas acções e omissões que são punidas pela lei civil, e que não podem constituir delictos propriamente ditos. Neste caso estão as infracções do direito civil em materia de testamentos, inventarios, poder paterno, tutella, etc., etc. É necessario para haver crime, no sentido proprio desta palavra, que a disposição infringida pertença a uma *lei penal*, como nos diz o nosso mesmo legislador; e tal é aquella, que tem por fim immediato garantir a paz e a tranquillidade publica por meio das penas². O legislador expressamente reconheceo esta distincção, quando, estabelecendo a regra do art. 310, exceptuou d'ella "as acções ou omissões que não são *puramente criminaes*, ás quaes pelos regimentos das autoridades e leis sobre o processo esteja imposta alguma multa ou outra pena," acções e omissões estas que se costumam designar pelo nome de *delictos de disciplina*.

30. A primeira vista poder-se-hia pensar que tal distincção não é mais do que uma pura subtileza; porém adverte Rauter, que ella é de uma importancia real, pois tem, entre outras, por consequencia impedir que se considere como expiada perante a lei criminal, uma acção que, apresentando ao mesmo tempo uma falta de disciplina e um delicto, só houver sido punida como *delicto de disciplina*.

¹ Trat. de *Dir. Crim.*, tom. 1º nº 49.

² Vide Rauter. Trat. de *Dir. Crim.*, tom, 1º ns. 2 e 47.

31. Não pensemos, porém, pelo que acabamos de dizer, que só se devam considerar como leis penaes as que formam este Código. Não; existe ainda um certo numero de leis anteriores e posteriores a elle, que tambem são leis penaes propriamente ditas. A algumas d'entre ellas refere-se o art. 308 em seus paragraphos; e quanto ás mais, nós as encontraremos em nosso caminho, e opportunamente conheceremos as suas disposições¹.

LIÇÃO SEGUNDA

DA TENTATIVA

SUMMARIO

Recapitulação de doutrina. — Definição da tentativa segundo o Cod. — Correlação de ideias entre os termos tentativa e intenção. — Consequencias a tirar d'ahi. — Nos delictos culposos não se póde dar tentativa. — Exame dos elementos constitutivos da tentativa. — Actos exteriores, actos preparatorios. — Necessidade de recorrer á theoria para determinar os caracteres d'esses actos, e separa-los do principio da execução. — Confirmação pelo Código da doutrina já exposta quanto à impunidade geralmente concedida aos actos preparatorios. — Do principio de execução. — O Direito Romano nenhum auxilio offerece para se fixarem os caracteres distinctivos dos actos que o constituem. —

¹ Vide o *Appendice* á segunda edição do nosso *Cod. Crim.* annotado, 1858.

Theoria dos antigos criminalistas a respeito, e insufficiencia d'ella, não obstante terem-na mais ou menos adoptado alguns Codigos modernos. — Theoria do conde de Rossi. — Regra a que ella conduz, de applicação difficil e sujeita á excepções. — Desenvolvimento da materia e exemplos. — Impossibilidade de determinar *á priori* de uma maneira absoluta os caracteres precisos do principio de execução. — Só a apreciação de cada caso, confrontado com a definição do delicto, póde habilitar-nos a decidir se a execução foi principiada ou só preparada. — Distincção mantida entre os preparativos e o principio de execução. — Advertencia aos juizes. — Critica que se póde fazer ao Cod., e justificação de sua disposição. — Difficuldade em distinguir o crime principiado e o crime consummado. — Meio de nos sairmos d'ella. — Da possibilidade da desistencia voluntaria, segundo elemento essencial da tentativa. — A justiça e o interesse social reclamam uma pena para a tentativa interrompida por circumstancias fortuitas, mas não para a que o é por vontade do agente. — Discussão a respeito e dissidencia com alguns criminalistas. — Para que a tentativa fique impune não é mister que a vontade do desistente seja pura em seus motivos. — Se devemos ou não presumir que a desistencia foi voluntaria. — A impunidade concedida

pela lei á tentativa voluntariamente suspensa é só relativa ao delicto que o agente tinha principiado a executar, e não ao que por ventura tenha commettido com o seu principio de execução. — Nova dificuldade na apreciação dos actos que constituem a tentativa.

I

1. Vimos pela analyse do paragrapho antecedente, onde o legislador nos deo a definição do delicto, que este é um facto complexo, composto de actos internos e externos; — que os actos internos, taes como o pensamento e a resolução do crime, não pertenciam á esphera da lei penal, ainda que fossem manifestados pelo proprio testemunho do individuo, e que de facto elles ficavam absolutamente impunes em nosso Codigo, como devem fica-lo em toda boa legislação. Vimos mais que os actos materiaes, exteriores, *actos preparatorios* propriamente ditos, tambem não deviam em geral fazer objecto das criminações da justiça humana, mas que mesmo no Codigo encontravamos excepções a esse principio. Vimos finalmente que a acção d'essa justiça só começava em regra a desenvolver-se desde o momento em que havia um *principio de execução* do crime, principio a que se dá o nome de *tentativa*, e que o § 2º do nosso Código define nos seguintes termos:

"Julgar-se-ha crime ou delicto:

"A tentativa do crime quando for manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente.

"Não será punida a tentativa do crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de dous mezes de prisão simples, ou desterro para fóra da comarca. (Art. 2º, § 2º)."

É, pois, do estudo do facto material, debaixo do aspecto de facto *principiado*, que agora devemos occupar-nos. Mas antes de entrar propriamente nesse estudo importante, convém que façamos uma observação.

2. Entre os termos *tentativa* e *intenção* ha, como judiciosamente observa Ortolan, uma correlação de idéias, que muito imporia notar-se. A intenção (de *tendere in*) é o facto psychologico, o facto interior da tendencia, da direcção de nossa vontade, e por consequencia de nossas acções para produzir um resultado. A *tentativa* (de *tentare*, frequentativo de *tenere*, apalpar, tactear) é o facto de ter mettido mãos aos actos exteriores tendentes á producção d'esse resultado (*ad-tentare*¹). A conclusão que d'aqui tira Ortolan, é que não existe *tentativa* em direito penal, senão quando ha um acto ou uma serie de actos, não sómente exteriores, mas de execução (*actes de main mise*) tendentes ao acabamento do delicto. Isto é verdade, e será um dos pontos do nosso estudo. Mas a conclusão que agora queremos previamente tirar é que — na *tentativa* de um crime não póde deixar de existir o elemento moral da voluntariedade do agente, e isto *em toda a sua plenitude*, o que aliás nem sempre se dá no delicto consummado, como veremos no art. 3º; d'onde a consequencia — que nos delictos filhos da culpa (*delicta culposa*), e aos quaes costumam os criminalistas francezes, ainda que muito impropriamente, chamar *involuntarios*, nenhuma questão póde haver ácerca da tentativa, pela simples razão de que esta se não póde dar em taes delictos, segundo o que acabamos de ver.

Isto posto, entremos no exame do *facto principiado*, que o nosso Codigo tambem chama *tentativa*, e considera como crime, do mesmo modo que o facto consummado, dadas as condições por elle exigidas.

¹ *Elem. de Dir. Pen.*, nº 989.

3. Na definição da *tentativa*, que nos é dada neste § 2º, tres cousas ha, e principalmente duas, que reclamam a nossa atenção e pedem um exame particular: — os *actos exteriores*, o *principio de execução*, e as *circumstancias* por que esta foi suspensa ou deixou de *ter effeito*.

Os *actos exteriores* a que se refere o legislador são sem duvida esses mesmos *actos preparatorios* de que já acima tratamos (liç. 1ª nº 9). Antepondo-os ao *principio* de execução, e parecendo por isso mesmo reconhecer a differença fundamental que os separa dos actos por que *principia* aquella, o legislador com tudo, longe de determinar os caracteres distinctivos de uns e outros, deixou pelo contrario a apreciação d'elles ao criterio dos juizes e jurados. Nestas circumstancias torna-se indispensavel pedir á theoria as luzes, que nos devem guiar na applicação de tão importante artigo da lei penal.

Ora, nós já dissemos o que deviamos entender por actos exteriores *preparatorios* do crime, e notando desde logo a difficuldade que havia em distingui-los muitas vezes dos *actos de execução*, procurámos todavia por meio de alguns exemplos tornar saliente a differença fundamental que separa essas duas especies de actos. Passando portanto agora a occupar-nos particularmente do *principio de execução*, procuraremos completar o estudo da materia como nos for possivel.

4. Bom é notar ainda, que o legislador, exigindo para criminar a *tentativa*, que ella seja manifestada por *actos exteriores* e *principio de execução*, confirma-nos com suas proprias expressões a verdade da doutrina já exposta ácerca da impunidade geralmente concedida aos simples *actos preparatorios*. É como se elle nos dissesse — que nem todo acto exterior, praticado em consequencia de uma resolução criminosa, basta para constituir a tentativa punivel, mas que é necessario além disto um *principio de execução*. Deste modo pois, é o principio de execução um elemento capital, que, reunido á contingencia das circumstancias pelas

quaes não chegou aquella a ter effeito, representa-nos a *tentativa* do crime com os verdadeiros caracteres que a distinguem.

II

5. Mas, em primeiro lugar, o que devemos entender por esse *principio de execução*, e quaes os actos que o constituem? Poder-se-ha á *priori*, e em puro direito estabelecer os caracteres distinctivos de semelhantes actos, a cuja existencia subordina a lei a punição da tentativa?

6. Para a solução d'estas questões delicadas debalde recorreríamos ao Direito Romano, como fazem alguns, pois não encontraremos alli nenhuma instrucção a tal respeito. Os Romanos estavam certamente longe de ter, em materia de tentativa (*conatus*), as mesmas ideias que os modernos; e a theorial geral por estes formulada, á qual aliás se conformam o nosso e mais outros Codigos contemporaneos, lhes era inteiramente estranha. Tanto isto é verdade, que, segundo observa um estimavel escriptor, não encontraremos uma só vez no *Corpus Juris* as palavras — *conatus delinquendi* — reunidas como expressão technica. Faltando-lhes umCodigo Penal Geral, no sentido que hoje ligamos a esta expressão, todo o seu direito criminal compunha-se de *leis especiaes*, cada uma das quaes regulava uma certa especie de crimes, sendo a estes exclusivamente applicaveis as suas disposições. Taes eram as leis — Cornelia de *sicariis*, Pompea de *parricidiis*, Julia de *adulteriis et de stupro, etc., etc.* Á vista d'isto, comprehende-se que não podesse haver em tal legislação uma disposição geral sobre a tentativa. Quando uma lei queria punir certos actos (*preparatorios* ou *de execução*), que considerariamos hoje como tentativa do crime previsto por essa lei, ella descrevia esses actos, e os punia como um crime especial ou *sui generis*. Não havia portanto nenhuma regra geral que punisse os actos preparatorios ou o começo de execução do crime, mas sim disposições particulares que puniam actos descriptos especialmente na lei; e estas

disposições nem podiam ser estendidas a outros actos, nem tão pouco applicaveis aos crimes não previstos pelas leis em que ellas se achavam¹.

7. Os antigos criminalistas tinham, é verdade, sua theoria a este respeito; mas não ligando tambem á tentativa (*conatus*) a significação restricta em que hoje a tomamos, de bem pouca utilidade nos podem servir suas ideias n'esta parte. Para esses criminalistas havia tentativa desde o momento em que o agente tinha dado um passo, praticado um acto, feito um preparativo qualquer destinado a conduzi-lo aos seus fins criminosos, ainda que fosse sómente procurar as armas, dispôr os meios a que devia soccorrer-se, etc. Todavia, elles tomavam em consideração a differente gravidade dos factos, segundo estes eram mais ou menos proximos do crime (*remotus actus et proximus*). Dahi a distincção da tentativa em *remota e proxima* (*conatus remotus, conatus proximus*). A remota comprehendia sómente os simples actos de preparação (*verbi gratia, si quis gladium strinxerit*); a proxima começava quando o agente tinha chegado aos actos de execução, que directa e immediatamente deviam realizar o crime (*verbi gratia, si percusserit*). Tal era em geral a marcha da antiga jurisprudencia criminal, e ainda hoje mais ou menos seguida por alguns Codigos modernos². Mas, como se vê, bem pouca luz nos pôde ainda vir desta fonte. Recorramos, portanto, aos nossos verdadeiros guias nesta materia, que são aos escriptores

¹ Vide Nypels, Comment. á Theor. do *Cod. Pen. Fr.*, por Ad. Chauveau e F. Helie, ed. da Belgica, cap. 10, nº 554.

No mesmo caso do Direito Romano estava a nossa antiga legislação, onde não havia systema fixo a respeito da tentativa, sendo esta punida sómente em um ou outro caso especial. Assim, por exemplo, a Ord., liv. 5º tit. 35. § 2º, punia com a morte o veneficio, *posto que de tomar a peçonha se não seguisse a morte*. Tambem na França a tentativa era, por assim dizer, desconhecida, de maneira que o mesmo Cod. Pen. de 25 de Set. 1791 só punia o ataque com designio de matar, e a tentativa de envenenamento; e só depois da Lei 22 prairial do anno 4º, foi que a legislação franceza começou a conter disposição geral sobre a tentativa.

² Assim para o Cod. de Baviera "ha em geral tentativa, quando, na intenção de commetter um crime, alguém emprehende *actos exteriores* que tem por fim a consummação ou *preparação* d'esse crime" art. 57. — Quando a tentativa criminosa é levada tão perto da consummação do crime, que o delinquente chega ao acto que devia realizar immediatamente e directamente o crime, ha *tentativa proxima*, art. 60. — Quando a tentativa criminosa fica nos actos que não formam senão a preparação do factio constitutivo do crime, ha *tentativa remota*, art. 62.

modernos, cujas ideias vão prevalecendo geralmente nas legislações dos povos, e ouçamos antes de tudo ao chefe da moderna escola franceza, o conde de Rossi.

8. "Ha sempre, diz esse insigne criminalista, um facto ou um complexo de factos, que são os unicos que constituem o fim que o agente quer attingir, a acção criminosa que elle se propõe. Tudo que precede ou segue esta acção, póde ter com ella relações mais ou menos estreitas; mas não é o que a constitue; ella póde ter lugar sem esses precedentes, ou com precedentes differentes¹." Por conseguinte é mister desprender essa acção dos actos que não são inteiramente ligados com ella, que não formam uma parte intrinseca d'ella: e esses são os *actos preparatorios*. Similhantes actos podem estar concluidos, e todavia póde a acção ainda não ter começado: a tentativa póde apenas preparar-se legalmente, mas não existir ainda. Ella apparece e torna-se digna de uma pena, quando o primeiro dos actos, cujo complexo compõe o crime, foi commettido, e continua até a perfeição do acto que acaba e consumma o crime. O *acto preparatorio* póde causar algum alarma, mas sem perigo actual; a tentativa põe o direito em perigo, mas sem o violar ainda; o crime consummado viola o direito e offende a segurança publica.

9. Em quanto não se trata senão de actos interiores, continúa Rossi, ou mesmo de actos exteriores simplesmente preparatorios, o crime está já começado *subjectivamente*, mas não *objectivamente*. O direito geral de segurança póde ter já recebido graves abalos, mas o *direito especial*, cuja violação constitue o fim directo do crime, ainda não foi encetado, nem mesmo directamente atacado; elle ainda está em toda sua integridade. A existencia do homem, a quem quer matar o sicario *ambulans cum telo*, ainda não recebeo nenhuma offensa². Chegando a

¹ Trat. de Dir. Pen., liv. 2º, cap. 27.

² Rossi allude aqui á Lei 7ª Cod. ad leg. de sicariis onde se diz: "Is, qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa, sicut is, qui hominem occiderit, legis corneliae sicariis pena exercetur." É, como se vê, a assimilação, não da tentativa, mas de um acto preparatorio ao crime consummado.

victima designada, o assassino começa o seu ataque por um primeiro golpe. Suspendamos n'este momento o braço do criminoso. O assassinato está começado mesmo *objectivamente*. Embora mude o assassino de vontade, embora, prostrado aos pés da victima, implore o seu perdão, e lhe prodigalise os soccorros, é todavia certo que elle *principiou* o assassinato. Se o golpe dado não era mortal, a vida do homem atacado podia ainda ser salva: ella podia sê-lo, note-se bem, ou por um acontecimento qualquer, ou por uma mudança de vontade no agente criminoso. O crime não estava, pois, acabado nem *subjectiva*, nem *objectivamente*.

Do mesmo modo concertar o envenenamento de uma pessoa, comprar o veneno, confiar-se ao individuo encarregado de o administrar, não é ainda senão preparar o envenenamento; não ha ainda *principio* de execução, verdadeira tentativa. Se o veneno é lançado, e vai ser apresentado á victima, nós não hesitamos em affirmar que ha n'isso *tentativa*, e que ella dura em quanto o criminoso está ainda em estado de impedir a consummação do crime, ou em quanto um acontecimento qualquer póde suspendê-la¹.

10. Assim, pois, segundo Rossi o *principio de execução* é "todo aquelle acto que põe em perigo o direito especial, cuja violação directa constitue o fim do crime;" ou por outra, e segundo a sua propria doutrina, o *principio de execução* é o começo do acto ou actos que, nos termos da lei, constituem o delicto. — Por consequencia são *actos de execução* todos aquelles que fazem parte integrante da acção criminosa, e pela sua reunião a constituem inteiramente. Sejam, porém, quaes forem os termos de que se sirvam os criminalistas n'este caso, mister é confessar que a definição dos *actos de execução* jamais poderá passar de uma regra ordinaria, necessaria sim, mas insufficiente e de difficil applicação, por não ser possivel apresentar nenhum signal caracteristico e geral, que possa

¹ Trat, de Dir. Pen., liv, 2º cap. 28.

indicar, de uma maneira absoluta e indubitavel em todos os casos, o que é mera preparação, e o que é execução.

III

11. Sem duvida, em quanto aquelle que tem resolvido commetter um crime, não faz mais do que preparar os instrumentos, dispor os meios da acção sem passar a ella, sem empregar, sem pôr em obra esses instrumentos ou esses meios, de maneira que lhe fique sempre a liberdade de principiar ou não a fazer uso d'elles, todos conhecerão e serão concordes em dizer que taes actos são verdadeiros *preparativos*. Sem duvida ainda, desde o momento em que o agente de um projecto criminoso tem começado o acto mesmo, que segundo a definição da lei constitue o delicto, — o acto que por si mesmo e immediatamente, sem mais outra operação intermediaria, tende a produzir o mal do delicto, ou que *põe em perigo o direito especial cuja violação directa constitue o seu fim*, como, por exemplo, se elle deo o primeiro golpe na victima que quer assassinar, se lançou mão dos objectos que quer furtar; sem duvida, diremos, n'estas e n'outras hypotheses semelhantes, todos conhecerão e dirão seguramente que ha um *principio de execução*. Mas fóra d'estas hypotheses e mesmo n'ellas, quantos actos intermediarios, que não sendo ainda o acto mesmo do delicto, aproximam-se d'elle cada vez mais, e lançam a duvida no espirito ácerca do character que se lhes deve attribuir?

12. O agente póde principiar a usar dos instrumentos e dos meios por elle preparados; póde avançar mais ou menos para o acto constitutivo do delicto, sem que com tudo tenha ainda chegado a elle. O assassino, por exemplo, póde ter-se dirigido ao lugar escolhido, pôr-se n'elle de emboscada, e collocar a sua arma na posição mais commoda para descarregar o golpe; o roubador póde ter entrado na casa com o auxilio de uma gazua ou de uma escada, e ser ahi descoberto antes de ter posto as mãos em algum objecto susceptivel de ser furtado, etc. E o que decidir a respeito de qualquer destes actos? Em direito, e *á priori* nada de

absoluto quanto a nós, porque em taes casos tudo depende ainda das circunstancias.

Aquelle que se acha de emboscada, e com sua arma em uma certa posição, póde esperar um animal qualquer, sobre tudo se o lugar for proprio para a caça: — aquelle que se introduz na casa de outro pela maneira indicada, póde ter em vistas um crime differente do roubo, *verbi gratia*, um rapto, um assassinato. Em nenhum dos dous casos, portanto, os factos descriptos provam invencivelmente a intenção certa do agente; elles ainda não formam parte integrante de uma acção criminosa determinada. Mas, se o primeiro d'esses dous individuos acha-se justamente no lugar, e a horas em que costuma passar o seu inimigo, a quem já ameaçou de morte, etc; se o segundo é um roubador de profissão, e nenhum outro fim se póde assignar á sua introducção na casa senão o roubo, como affirmar então que não ha *principio de execução*? Por ventura o acto exterior, d'onde resulta um perigo actual para o direito contra o qual quer attentar immediatamente o agente, não será um principio de execução do delicto no sentido da lei?

13. Fôrça é logo reconhecer com Ortolan que “ha casos nos quaes, conforme a natureza do delicto e as circunstancias, haveria subtileza em dizer que o agente ainda não principiou o delicto, quando elle tem chegado por uma serie de operações ao momento de o commetter. Recuar-se-ha na pratica perante uma tal subtileza, sobre tudo quando os actos preliminares realizados, e mui visinhos do delicto forem meios usuaes, meios de tal sorte ligados com o delicto, que fizerem, por assim dizer, corpo com elle, e offenderem direitos da mesma natureza. Difficilmente, por exemplo, se lembrará alguém de dizer que a escalada, o arrombamento de uma porta são um começo ou principio de *execução* dos crimes de homicidio, de estupro, de rapto, de falsidade, etc., bem que esteja provado que taes actos tiveram lugar com a intenção de executar essas especies de crimes; a analogia, a connexão logica de criminação, de que acabamos de fallar, não existe entre crimes contra as pessoas, contra

a fé pública e privada, e a escalada e o arrombamento, que por si mesmos não são mais do que offensas á propriedade. Mas, facilmente, pela razão inversa, todos se inclinirão a considera-los como um começo de execução de roubo¹.

14. A introdução de um individuo na casa alheia por meio de uma escalada ou arrombamento, não será, pois, sempre e necessariamente um começo de execução de roubo; mas, se se tratar de um rougador de profissão, se nenhum outro fim se poder assignar á sua entrada clandestina, se elle já estiver no quarto onde se acham os objectos de sua cobiça, etc., etc., como sustentar que tudo isto não passa de *preparação*? "Eu não posso admittir, diz com razão Bertauld, que o salteador armado, que me detém na estrada, que me pede a bolsa ou a vida, escape á penalidade da tentativa, porque fui soccorrido antes que elle começasse a despojar-me²."

15. A compra do veneno é para Rossi, segundo vimos, uma preparação ao envenenamento; se, porém, o derramam na taça que vai ser offerecida á victima, então ha *principio de execução*. Mas é esta tambem uma solução que não póde ser absoluta, e que se acha subordinada ás circumstancias. Assim, se a victima estava presente, se lhe apresentaram a taça, ou se ella mais tarde devia ir procura-la no lugar em que pedio que a botassem, é fóra de duvida que existe um *principio de execução*, uma *tentativa* de envenenamento. Porém, se o veneno foi lançado na taça, e esta não é ainda offerecida, nem deixada á disposição da victima designada; se um longo intervallo deve decorrer antes do momento fixado para a consummação do envenenamento, então parece que, como diz Bertauld, ha um grande passo para o crime, mas o ponto de chegada acha-se ainda mui longe para dizer-se que a sua execução foi principiada.

¹ *Elem. de Dir. Crim.* n° 1013.

² *Curso de Cod. Pen.*, liç. 9ª.

Similhantermente Rauter entende que ha *principio de execução* e tentativa no facto d'aquelle que, resolvido a matar outro, de quem se acha separado por alguns quartos do mesmo aposento que ambos habitam, marcha armado para o lugar onde sabe que se acha a sua victima, mas é detido no caminho. O mesmo criminalista, porém, tem o cuidado de advertir, que a circumstancia de ter-se posto o assassino em movimento para o lugar onde pretende commetter o crime não é sufficiente por si só para fazê-lo considerar como autor de uma tentativa; porque do contrario, diz elle, seria necessario punir por tentativa de assassinato aquelle que, tendo-se posto á caminho de Cantão, na China, para ferir seu inimigo em Londres, fosse impedido de realizar o seu projecto por uma tempestade¹.

16. Vê-se, portanto, pelos exemplos que acabamos de apresentar, e por outros mais que seria facil figurar, que é forçoso reconhecer, como aliás reconhece Rossi, não obstante a sua definição, que na realidade é impossivel determinar *á priori*, por uma lei e de uma maneira geral os caracteres precisos, pelos quaes se possa conhecer em todos os casos o verdadeiro *principio de execução* do delicto, e distinguir os actos que o constituem d'aquelles que só são — preparatorios. É a definição legal do facto mesmo do delicto que deve servir antes de tudo de guia aos juizes nesta materia; — é somente a apreciação da natureza particular de cada caso, confrontado com aquella definição, que póde bem habilita-los a decidir se a execução do crime foi ou não effectivamente principiada. Cumpre, porém, não esquecer, como nos adverte o mesmo Rossi, que as difficuldades de detalhe não podem fazer pôr em duvida a maxima de que os preparativos e o principio de execução são cousas differentes por sua natureza. Assim, em quanto os primeiros nenhuma relação directa e immediata tem com o designio do agente, os segundos pelo contrario, tendo ordinariamente com esse designio uma relação immediata e necessaria, dão logo a conhecer qual a infracção que elle se

¹ Vide o Trat. theor e prat. de *Dir. Crim. Fr.*, tom. 1º, nº 108.

propõe commetter. Em quanto os *actos preparatorios* não tendem a produzir por si mesmos o mal do delicto, não passando de uma preparação para obrar; os *actos de execução* produzem uma certa parte do delicto, sendo já o principio da acção malefica do criminoso no ataque do direito que tem em vistas destruir.

17. Taes são, depois da definição mesma do *principio de execução*, as regras especiaes que em tão delicada matéria se podem apresentar. Mas attendam os juizes, á vista das considerações já expendidas, que não devem exagerar a applicação d'ellas, e que a lei os investio do poder de apreciar e decidir prudentemente pela natureza e circumstancias do facto — se é verdade que em tal ou tal caso, sujeito ao seu conhecimento, houve *principio de execução*, ou sómente *actos preparatorios*: — attenda finalmente que — “ha no direito penal questões de intenção e de moralidade, e tambem de segurança social, que dominam os factos materiaes e lhes imprimem seu verdadeiro character no ponto de vista da repressão¹.”

IV

18. Mas, se por um lado, o que ha de essencial a examinar na tentativa, é, como dissemos, o *principio de execução*, e se por outro lado não é possivel estabelecer um meio seguro e infallivel de distinguir o primeiro dos segundos, não se poderá censurar o nosso legislador por ter adoptado quasi litteralmente a mesma redacção do art. 2º do Codice Penal francez, redacção que, já em 1830 parecia reclamar, no entender de alguns criminalistas, um melhoramento que a tornasse mais clara, e fizesse desaparecer a distincção tantas vezes incomprehensivel, estabelecida entre *actos exteriores* e *principio de execução*?

19. Nós pensamos que não, e eis aqui as razões por que assim nos decidimos. Na definição da *tentativa* inserida no art 2º do projecto do

¹ Bertauld, *Curso de Cod. Pen.*, liç. 9ª.

Código Penal francês, não se tinha feito menção dos actos exteriores, segundo nos refere Bourguignon: o presidente do conselho de estado, porém, a fez restabelecer, pretendendo que esta redacção conforme á lei de 22 *praerial* do anno 4, tirava muitas duvidas e difficuldades; e a esta opinião se acosta o jurisconsulto apontado com valiosas razões. “Eu concebo mui bem, diz elle, que o *principio de execução* exprime alguma cousa mais que a manifestação por *actos exteriores*; e se os actos que caracterizam o *principio de execução* fossem claramente definidos, poder-se-hia sem inconveniente supprimir a menção dos *actos exteriores*. Mas, quando as tentativas se compõem de um grande numero de circumstancias, é as mais das vezes mui difficil determinar o instante preciso em que começou a execução; os mesmos criminalistas enganam-se n’isto. Annunciando aos jurados que a tentativa deve ser manifestada por *actos exteriores* e seguida de um *principio de execução*, vós lhes ensinai a graduar as circumstancias, e a distinguir as que são decisivas d’aquellas que o não são. Ao passo que, supprimindo a menção dos *actos exteriores*, vós os expondes a confundi-los, vós os privais de uma ideia intermediaria, de um dos elementos da definição, e poderá muitas vezes acontecer-lhes tomar por um *principio de execução* certos actos exteriores, que não devem ter este caracter¹.”

20. Vê-se, pois, que é precisamente a impossibilidade de estabelecer *á priori* os limites que separam os preparativos do *principio de execução*, que torna necessaria na lei a menção de ambos; e como o principal fim d’esta menção, segundo acabamos de ver, é despertar a attenção dos juizes, cremos que ninguem poderá duvidar da importancia das regras e dos exemplos apresentados para guia-los na pratica, para habilita-los a conhecer e declaramos casos occurrentes o limite legal em que o facto projectado deixa de ser tolerado, e cahe debaixo das penas fulminadas á *tentativa* verdadeira.

¹ Jurisprudencia dos *Cods. Crims.*, tomo 3º; *Cod. Pen.*, art. 2º, nº 2.

21. Não obstante estas razões, o art. 2º do Código Penal francês foi reformado pela lei de 28 de Abril de 1832, suprimindo-se a menção dos *actos exteriores*, sem que todavia fosse motivada tal supressão, sendo que, nas discussões havidas, nada se disse a respeito. Pretendem os AA. da Theoria d'esse Código, que esta modificação só teve por fim *corrigir* uma redacção embaraçadôra, e facilitar a applicação que elle estorvava. Entretanto, acrescentam elles, "essa modificação poderia, se fosse mal comprehendida ter algum perigo." Ora, como a lei, apagando os *actos exteriores* d'entre as circumstancias elementares da tentativa, não quiz de certo confundi-los com os actos de execução, e continuou a restringir a estes a criminação, segue-se que, longe de dispensar a necessidade de estabelecer o limite entre uns e outros, tornou-a, por assim dizer, ainda mais urgente e difficil de satisfazer-se, porque perdeu-se a vantagem de uma advertencia expressa a tal respeito, por parte do legislador, o que é sempre muito conveniente.

22. Não é, porém, a distincção dos *actos preparatorios* e do *principio de execução*, a unica difficuldade que se póde encontrar em materia tão importante como a *tentativa*. E sem que deixemos ainda o *principio de execução*, que é o seu caracteristico essencial, devemos ainda advertir com Rossi, que não é tambem cousa facil determinar, em muitos casos, o instante preciso em que o delicto deixou de ser uma *tentativa*, e tomou o caracter de crime consummado. Assim, o ladrão que, tendo já em suas mãos o objecto alheio, marcha com elle para sahir do quarto d'onde o tirou, tem consummado o seu crime de furto, ou será necessario para isso que elle tenha sahido? São questões, diremos nós com o mesmo criminalista, cujo exame e solução se deve deixar á justiça pratica, orientada pelas regras especiaes de applicação, que a jurisprudencia tira da lei, e desenvolve para a instrucção de todos.

V

23. Temos até aqui tratado do primeiro elemento essencial da *tentativa* — o *principio de execução*. Mas não basta a existencia d'elle, para que a tentativa seja punivel nos termos do nosso paragrafo: é ainda necessario que a execução *principiada* deixe de *ter efeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente*. Ora, como estas expressões da lei parecem suppôr que a execução tambem pôde deixar de *ter efeito* por circunstancias *dependentes* da vontade do agente, d'ahi resulta claramente que o segundo elemento, a segunda condição essencial, característica da tentativa em geral, é — a possibilidade da desistencia voluntaria por parte do seu autor; ainda que a tentativa punida seja sómente aquella, em que tal desistencia se não dá. É a isto que agora devemos attender.

24. “Depois de termos demonstrado, diz Rossi, que o acto preparatorio mesmo pôde, por via de excepção, ser punido todas as vezes que o interesse publico o requer, e que a justiça social tem os meios de proceder racionalmente, e de garantir a legitimidade de sua acção, seria absurdo determo-nos em provar que a verdadeira tentativa é em si mesma punivel. Os actos que a constituem tem com a resolução criminosa uma relação directa e immediata. O mal moral e o mal politico tomarão um gráo de gravidade superior ao dos actos puramente preparatorios¹.” Resta, pois, sómente, entre outras questões, o examinar em que casos a justiça, combinando-se com o interesse social, exige a punição da *tentativa*; e é o que vamos fazer agora.

25. Quando o individuo que projecta um crime, tem passado dos actos preparatorios ao *principio de execução*, e neste momento é surpreendido em sua carreira por uma circumstancia fortuita, ou independente de sua vontade, não podemos conhecer qual teria sido o movimento d'esta vontade no instante que se seguio ao apparecimento de

¹ Trat. de Dir. Pen., liv. 2º, cap. 29.

tal circumstancia. É sem duvida possivel que o arrependimento ou o temor lhe houvessem feito suspender por si mesmo a execução do crime; mas, em quanto ignoramos qual teria sido a sua determinação ulterior, sabemos *positivamente*, que elle tinha resolvido commetter o crime, e que tinha principiado a executa-lo. A sua immoralidade chegou a um gráo subido, e com ella cresceo o perigo social, pela perspectiva de um crime que vai completar-se. Desde então, os dous elementos em que se funda a justiça humana, as duas condições que legitimam a penalidade, concorrem juntamente em alto gráo no autor do principio de execução, ou da *tentativa*. É mister, pois, que a presumpção de arrependimento, aliás tão valiosa em relação aos actos preparatorios, ceda aqui a est'outra presumpção contraria: — que aquelle que *principiou* a executar o crime, te-lo-hia consummado, se a circumstancia imprevista e accidental o não tivesse interrompido; e nesta presumpção se estriba particularmente a pena da tentativa na hypothese do nosso paragrapho. O legislador, de certo, não poderia, sem grande inepecia, deixar-se levar por um elemento desconhecido, e consentir que o autor do *principio de execução* se acobertasse com a possibilidade de um arrependimento tardio, que se não manifestou: elle deve pedir-lhe contas do que até ahi fez, e tanto a justiça como a utilidade social reclamam uma pena para a sua *tentativa*.

26. Se, porém, a execução principiada deixa de ter effeito, não por uma circumstancia fortuita, como acabamos de figurar, mas por desistencia voluntaria do agente, então a lei deve fechar os olhos, e conceder a impunidade á tentativa. A determinação ulterior da vontade do individuo, que na primeira hypothese era desconhecida, e autorisava o rigor da lei contra elle, por se presumir que não mudaria, torna-se aqui manifesta e conhecida: sabe-se positivamente que elle recuou e desistio da empreza começada por sua livre vontade; e essa desistencia voluntaria, que bem póde ser filha de um verdadeiro arrependimento, lhe é tomada em boa consideração.

Alguns autores, em cujo numero entra Rossi, entendem que neste caso a justiça humana *não tem o direito* de repellir o arrependimento conhecido antes da consummação do crime, e empregar o rigor contra o arrependido, não so porque a tentativa voluntariamente suspensa não produziu ainda o mal que o autor tinha em vistas, e não inspira por isto muito alarma, mas tambem porque, ficando muitas vezes desconhecida aos individuos a quem ameaçava, não apresenta senão factos incompletos, de uma apreciação difficil, e que para serem punidos, dariam lugar a investigações inquisitoriaes, a erros e inexactidões da parte da justiça.

27. Parece-nos, porem, que estas razões não são procedentes, e nem se acham mesmo em muita harmonia com a theoria do insigne criminalista ácerca da natureza e valor dos actos de execução. Em primeiro lugar a ausencia do mal, que o autor da tentativa tinha em vistas produzir, é uma circumstancia que tanto se dá na que foi suspensa voluntariamente, como na que o foi por uma causa fortuita; e se n'aquella o alarma é sem duvida menor do que nesta, o que logicamente se póde concluir é que a pena em um caso deve ser menor do que no outro. Depois d'isto, desde que ha um principio de execução conhecido, ha um facto apreciavel, pelo qual se póde chegar com alguma segurança ao conhecimento da resolução criminosa, ha um facto que tendo posto em perigo um direito, e accarretando sempre alguma perturbação á ordem social póde em *rigor* ser punido, ao menos excepcionalmente, com muito mais razão do que a simples resolução revelada ou conhecida somente por actos preparatorios¹. Finalmente o arrependimento não póde ser um

¹ Tratando dos actos *preparatorios* Rossi convém em que não ha na sociedade falta absoluta de direito para puni-los. "Ella o poderia, diz elle, se tivesse os meios e se n'isso reconhecesse utilidade politica. Essa utilidade e esses meios não existem em caso algum quanto aos actos externos. Mas haveria exageração em sustentar que os actos preparatorios não apresentam nunca um caso de excepção. O perigo desses actos póde ser algumas vezes mui grande, e posto que seu character seja incerto, elles são entretanto actos interiores que dão materia para a inducção." *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 2º, cap. 27. — Ora, se assim é com o autor dos actos preparatorios, porque não poderia ser assim tambem com o autor da tentativa voluntariamente abandonada? — Bertauld pensa

motivo suficiente para livrar da pena, em nossa hypothese, o autor da tentativa, porque é inadmissível que elle exista ou seja sincero em todos os casos. Póde a justiça humana sondar os corações e certificar-se de que a desistencia não foi temporaria, e antes o resultado de algum perigo que mais tarde se espera remover, do que de um verdadeiro arrependimento?

28. Não é, portanto, na justiça moral, ou no arrependimento, que devemos procurar os motivos da impunidade da tentativa voluntariamente suspensa. Essa impunidade é antes de tudo baseada em considerações de interesse publico; a política e a prudencia legislativa a reclamam fortemente. Na verdade, como o reconhece e diz o proprio Rossi “importa aos individuos e á sociedade que tem o dever de os proteger, sustar o crime em sua carreira, e favorecer a desistencia voluntaria dos mal intencionados. Uma sanccão penal qualquer contra a tentativa abandonada seria pelo contrario um aguilhão que os incitaria a satisfazer seus perversos desejos. A interrupção voluntaria do crime é muitas vezes o facto de um homem ainda sensivel á honra ou á piedade; mas, se puzermos diante dos seus olhos o espectáculo de um processo criminal, a piedade saberá calmar-se, e a honra sentirá que já está perdida¹.”

29. Eis ahi com effeito a verdadeira razão, a razão sufficiente em que se fundou o legislador. Imporia prevenir a consummação do crime, dando a aquelle que principiou a executa-lo um grande interesse em deter-se e desistir do seu intento; e como não póde haver interesse mais poderoso e efficaz do que a impunidade offerecida ao delinquente, a lei declara que não haverá pena para o *principio de execução* que não teve effeito por desistencia voluntaria do agente.

30. D’aqui resulta não ser necessario que a vontade do desistente seja pura em seus motivos: o temor do castigo, a inspiração do

que ambas estão na mesma posição. Curso de *Cod. Pen.*, liç. 9^a; Cons. os ns. 6 e 11 da nossa liç. antecedente.

¹ Trat. de *Dir. Pen.*, liv. 2^o, cap. 32.

medo, segundo se exprime Bertauld, não viciam no ponto de vista social a determinação que recúa perante o acabamento do crime. A ameaça mesmo de uma denuncia não é considerada senão como um mobil para o agente, um estímulo para usar de sua liberdade em um certo sentido; ella não é considerada como um constrangimento, como uma cousa estranha que impedio a realização completa do crime. A desistencia, como observa Rauter, não deixa de ser voluntaria, porque foi provocada por motivos de maior ou menor peso. E como aliás investigar o mobil interno que dirigio a vontade do agente? Como sondar o pensamento, e conhecer se sobre elle imperou a justiça ou o medo de um perigo qualquer?

Todavia, nós convimos com Bertauld em que, ainda aqui, nada se deve exagerar; e por conseguinte, se o agente, em quanto tratava de executar o crime, foi inopinadamente surpreendido e posto em presença de uma força da qual não poderia ter esperança razoavel de triumphar para concluir o crime, bem se pôde dizer que houve, não uma desistencia voluntaria, mas uma interrupção imposta; não um acto de liberdade, mas um facto de força maior¹.

31. Sendo sómente punivel nos termos do nosso paragrapho, e pelas razões que acabamos de ver, aquella tentativa que não foi adiante ou deixou de ter effeito por circumstancias independentes da vontade do delinquente; e ficando *á contrario sensu*, impune aquella de cuja continuação espontaneamente se absteve o agente, pôde entrar em questão — se se deve presumir a desistencia voluntaria, ou se pelo contrario deve a justiça publica exigir dos indiciados em tentativa a prova de que não houve suspensão fortuita, independente da vontade d'elles, ou de que a sua desistencia não foi puramente temporaria. O Codice de Baviera, no art. 58, decidio resolutamente que a desistencia voluntaria não se presume; mas nós pensamos, no silencio do nosso legislador, que, não só seria demasiada dureza o exigir provas negativas, as mais das

¹ Vide Curso do *Cod. Pen.*, liç. 9^a e Rauter, *Trat. theor. e prat de Direito Crim.*, tom 1^o, n^o 104.

vezes difíceis de serem exibidas, senão também que frustrar-se-hiam com essa medida, segundo judiciosamente observa Rossi, as vantagens resultantes da impunidade da tentativa abandonada. Com efeito, fazer correr aos indivíduos muitas eventualidades, sujeita-los a provas perigosas, fazer pender a balança em favor da accusação, seria, como diz aquelle publicista, desviar os autores de tentativa de toda a ideia de desistencia voluntaria, desistencia que aliás se deve favorecer por amor mesmo dos indivíduos contra quem as tentativas são dirigidas. Por conseguinte, em quanto a accusação não conseguir provar que a tentativa foi interrompida por circumstancias fortuitas independentes da vontade do indiciado, deve-se presumir que a desistencia d'este foi voluntaria, livrando-o assim do onus da prova. Tal é a solução que nos parece mais em harmonia com o espirito da lei penal neste ponto.

32. Convém agora notar bem, que a impunidade concedida pela lei na hypothese de que acabamos de tratar, é sómente relativa ao delicto que o agente tinha principiado a executar, e do qual desistio voluntariamente sem que ainda tivesse causado com os seus actos parte alguma do mal projectado. Por quanto, se a tentativa ou os actos de execução por elle praticados constituem em si mesmos um delicto *sui generis*, um delicto previsto pela lei, então a desistencia voluntaria não póde impedir a punição d'esse crime especial já consummado: "*Nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desiit*," diz Ulpiano na L. 65, Dig. *de furtis*. Assim, por exemplo, se com o designio de matar dá um individuo o primeiro golpe em seu inimigo, fazendo-lhe um ferimento, e logo, movido pela compaixão, detém-se e recúa, não será este individuo de certo punido pelo crime de homicidio a que renunciou, attenta a sua desistencia voluntaria; mas sê-lo-ha pelo de ferimento, e segundo a gravidade d'este, pois o ferimento é delicto completo e previsto pela lei penal (arts. 201 a 205). Comtudo, nas hypotheses d'esta ordem, não é pequena a differença, segundo o nosso Codigo, entre a desistencia voluntaria e a forçada, porque, em quanto o desistente voluntario é

punido com as penas menos graves do ferimento ou do crime menor que commetteo com o seu principio de execução, o desistente forçado é punido com as penas mais graves do homicidio ou do outro crime maior que pretendia commetter, e no qual é absorvido o crime resultante do principio de execução sómente¹.

33. Entretanto aqui se apresenta uma nova dificuldade na apreciação dos actos que constituem a tentativa. Dissemos que esses actos, sendo um principio de execução, offereciam um meio mais seguro para chegarmos ao conhecimento da intenção do agente, do que os simples actos preparatorios. Cumpre, porém, observar agora com Rossi, que ha factos que não bastam para tirar ao juiz toda a incerteza relativamente á resolução interna do agente; e que isto é sobretudo verdadeiro com respeito aos actos que podem ser ao mesmo tempo a execução completa de um delicto *sui generis*, e o começo de outro delicto, do mesmo modo que na hypothese ha pouco figurada. Como saber se o designio d'aquelle que ferio, era com effeito matar, segundo suppozemos para o nosso fim, e não ferir simplesmente? É evidente, diz Rossi, que a duvida não pôde ser resolvida senão pela reunião das circumstancias accessorias; é necessaria ao juiz a prova de alguma cousa mais, além do facto do ferimento².

¹ O Cod. de Baviera dispõe a este respeito o seguinte: Se a tentativa constitue já por si mesma um crime completo, (tentativa *complexa* ou *qualificada*), applicar-se-hão as penas estabelecidas contra a tentativa, augmentadas com a aggravção legal, salvo se a pena do crime completo, contido na tentativa, for mais grave que a do crime tentado. Neste ultimo caso applicar-se-ha a pena mais forte, independentemente da aggravção sobredita." Art. 69. — E o Codigo das Duas Sicilias tambem diz: "Nos crimes frustrados ou tentados, de maneira entretanto que os actos de execução constituam por si mesmos um crime consummado, confrontar-se-ha a pena estabelecida para o crime consummado com a estabelecida para o crime frustrado ou tentado, e applicar-se-ha a *pena mais grave*." Art. 72.

² Trat. de *Dir. Pen.*, liv. 2º, cap. 29.

LIÇÃO TERCEIRA

DA TENTATIVA

(CONTINUAÇÃO)

SUMMARIO

Diferenças que se podem notar na execução do crime desde o principio até a integridade da execução, e quaes devam ser consideradas pelo legislador. — Do crime frustrado, ou tentativa completa. — Distincções e denominações diversas. — Confusão pelo nosso Codigo do crime frustrado e da tentativa incompleta ou verdadeira tentativa. — Critica de alguns autores, e apreciação d'ella. — Justificação do Codigo com esclarecimento da materia por via de exemplos. — Se a tentativa de uma cousa impossivel em si mesmo, ou só pela natureza dos meios empregados deve ser punida. — Exame e solução da questão. — Se para punir-se o complice de uma tentativa é mister que elle tenha tomado parte no principio de execução. — Exame e solução. — O Jury deve ser consultado explicitamente sobre todas as condições de facto, que a lei exige como constitutivas da tentativa. — Impossibilidade de substituir nos quisitos as expressões da lei por outras equivalentes. — O individuo accusado de

um crime póde ser julgado e condemnado só como criminoso da tentativa d'elle, se só isto resultar dos debates. — Não se devem considerar tentativas de crimes certos actos praticados no transporte da colera, mas puni-los pelo que são em si mesmos. — Delictos cuja tentativa é quasi impossivel. — Justificação do Codigo quanto á isenção da pena para a tentativa dos menores delictos. — Observação final para a boa intelligencia do § 2º do art. 2º.

I

1. Não chegámos ainda ao termo dos nossos estudos acerca da tentativa; por isso cumpre-nos continuar.

Temos visto que ha tentativa desde que ha principio de execução, e que ella continúa em quanto existe a possibilidade da desistencia voluntaria do delinquente. Por conseguinte, é claro que a tentativa cessa, logo que a execução do crime foi completada no sentido exposto nos ns. 15 e 17 da liç. 1ª. Considerando, porém, esses dous termos extremos da empreza criminosa chega-se a notar algumas differenças na execução do crime, quer ella se reduza a um só acto destinado por sua natureza e por seus effeitos ordinarios a produzir por si só todo o mal do delicto, quer exija actos repelidos, operações multiplas, cuja realisação total é que deve produzir o resultado desejado. É evidente, por exemplo, que, quanto mais se aproxima o delinquente da consummação, tanto maior gravidade vai adquirindo o crime. Mas segue-se d'aqui que o legislador deva tomar em consideração, e consignar na lei todas essas differenças, afim de graduar a pena segundo os progressos da tentativa? Não, dizem os autores da Theoria do Codigo Penal francez, o legislador só deve indicar aquelles grãos que póde verificar com certeza. E

quaes são esses grãos? Dous, segundo os mesmos criminalistas: — a *tentativa incompleta*, ou tentativa propriamente dita, de que até aqui temos filiado, e a *tentativa completa* ou *delicto frustrado*, acerca do qual devemos agora dizer alguma cousa para bem comprehendermos o nosso paragrapho.

2. Quando o delinquente, antes de ter acabado os actos que pretendia realizar, e cuja reunião constituo a execução completa do crime, detem-se voluntariamente, ou é detido contra sua vontade no decurso desses actos, diz-se que ha *tentativa incompleta*, tentativa propriamente dita, ou ainda segundo a terminologia de Rossi, crime *começado objectivamente*; — quando o agente tem acabado inteiramente os actos de execução, sem que todavia o effeito desejado ou o mal do delicto tenha sido produzido, diz-se que ha *tentativa completa*, ou *crime frustrado*, e na phrase de Rossi, crime consummado *subjectivamente*, mas não *objectivamente*. Assim, um individuo dispara uma arma de fogo sobre aquelle a quem queria matar, mas ou não o attinge, ou o fere, porém não mortalmente: — um perverso quer matar a mulher pelo veneno, e depois de o ter comprado, lança-o no alimento que offerece á victima, e esta effectivamente o toma; mas logo se manifestam os primeiros symptomas do envenenamento, acode a medicina e a mulher é salva. N'estes e outros casos similhantes, dizem os criminalistas modernos, não houve sómente *tentativa*; os actos, os meios empregados são de ordinario sufficientes para dar a morte; o crime não podia mais ser voluntariamente suspenso pela vontade do seu autor, pois elle acabou todos os actos da execução. Mas, esse crime tambem não foi consummado; porque uma condição essencial do homicidio é que a morte tinha tido lugar, e este resultado não se seguiu aos actos materiaes praticados com o intento de o produzir; — logo o que ha é um crime *frustrado*¹.

¹ Vide Rossi, Trat. de *Dir. Pen.*, liv. 2º, cap. 28; e Ortolan, Elem. de *Dir. Pen.*, n.º 990. — Rauter, Trat. theorico e pratico de *Dir. Crim.*, tomo 1º, ns. 96 e 104 falla de *delicto*

3. Á vista do exposto é fácil conhecer que o nosso Código, do mesmo modo que o Código Penal francês, confundiu a tentativa propriamente dita com o crime frustrado, o que de certo importa a confusão de duas hypotheses realmente distintas: — a hypothese na qual resta ainda alguma coisa a fazer ao agente para consummar o crime, sendo-lhe então facultativo suspender a execução *pricipiada*, e a hypothese em que o agente não tem mais a faculdade de deter-se, porque sua obra, tanto quanto dependia d'elle, está acabada, havendo sómente suspensão no resultado da sua acção. Assim, pois, desde o momento em que o agente, tendo praticado actos de execução, deixa de conseguir o effeito ou resultado que se propunha obter, o nosso Código vê n'isso uma *tentativa*, quer a obra do agente tenha sido interrompida, quer tenha sido toda executada: para declarar o crime consummado ou não consummado elle não toma em consideração o gráo de violação da lei mas unicamente a existencia ou não existencia do resultado da acção; de maneira que não ha para elle consummação em quanto o crime não está completo *objectivamente*.

4. Os criminalistas criticam, e não sem algum fundamento, este modo de encarar e confundir cousas diversas, muito principalmente quando dessa confusão não deixa de resultar, segundo pensam, alguma offensa á justiça. Ha, dizem elles, entre o crime tentado e o crime frustrado uma differença moral e social bem apreciavel, visto que o primeiro não suppõe necessariamente no agente uma immoralidade tão profunda e tão perseverante como o segundo; e desde então parece que essa differença em um dos elementos do crime devia acarretar tambem uma differença na penalidade.

frustrado em sentido diverso do em que tomamos aqui esta expressão. Para elle o delicto frustrado é o que nós chamamos com Rossi *tentativa vãa por impossibilidade de fim*. Advirta-se que não se póde tratar de crime frustrado senão nos casos em que a lei penal exige, como parte integrante do crime, um certo resultado, como no homicidio, no aborto, etc. Nos outros casos o delicto é plenamente consummado desde que o facto ou os factos definidos pela lei penal são praticados, ainda que não produzam nenhum resultado particular nocivo, porque esse resultado não é uma condição legal do delicto. Vide o nº 17 da nossa liç. 1ª.

Nós, porém, entendemos que, se não é possível justificar completamente em *theoria* a confusão da *tentativa* e do crime *frustrado*, pelo menos o procedimento dos legisladores que a conservaram, é bem desculpável com relação á pratica. Se com effeito não convém augmentar *sem necessidade* os perigos da justiça humana, e se o legislador só deve assignar os grãos de violação da lei, que se podem *verificar com precisão e certeza*, então não ha de certo grande fundamento para se criticar a confusão de que tratamos.

5. Nós já vimos a difficuldade que havia em distinguir na pratica os actos preparatorios dos actos de execução, e se admittimos a distincção legal entre elles, foi porque reconhecemos que a justiça social, não devendo punir os primeiros senão em casos excepcionaes, principalmente por causa da sua natureza duvidosa, achava-se todavia na obrigação de punir em regra os segundos, salvo o caso da desistencia voluntaria (sem delicto algum *sui generis*), porque assim o exigia o mesmo interesse publico de accordo com a justiça. Ora, será por ventura cousa facil distinguir na pratica a *tentativa incompleta* da *tentativa completa* ou do *delicto frustrado*? E para autorisar essa distincção na lei haverá a mesma necessidade que ha a respeito dos actos preparatorios e de execução? Entendemos que não; e para nos convenceremos d'isto basta que recorramos de novo aos exemplos.

Pedro, tencionando matar a Paulo lança mão de uma arma de fogo, e pondo-se á espera da sua victima, dispara-lhe o tiro. Poder-se-ha dizer absolutamente que ha aqui um crime frustrado, porque o facto de atirar é de natureza que por si só póde, e mesmo de ordinario causa a morte? Poder-se-ha dizer que Pedro fez tudo quanto estava em seu poder para tirar a vida ao seu inimigo; que não era mais possível uma desistencia voluntaria de sua parte, e que por conseguinte o crime está consummado *objectivamente*? Parece-nos que não. E a prova d'isto é que Pedro sabendo que podia errar a victima, ou não acertar em lugar mortal, como muitas vezes succede, foi tambem armado de um punhal

para com elle *acabar* o que porventura não conseguisse só com o tiro; e se o não apanhassemos de improviso, immediatamente depois do tiro, elle se teria lançado sobre a victima incolume ainda, ou já ferida, para consummar pelo punhal o assassinato, ou recuaria arrependido.

Ainda mais; Francisco, querendo livrar-se de sua companheira, lança uma certa quantidade de veneno no alimento que ella deve tomar, e que effectivamente toma. Descoberto este facto, poder-se-ha sustentar absolutamente que Francisco é autor de um *crime frustrado*, porque fez tudo quanto estava em seu poder para matar a mulher, e porque depois do que fez não lhe era mais possível desistir voluntariamente do seu intento? Tambem não. E a prova é, que Francisco, propondo-se matar *lentamente* a sua victima, afim de evitar a facil descoberta do seu crime, não ingerio logo no alimento da mulher todo o veneno que tinha em seu poder, e que seria bastante para mata-la de *uma vez*¹. Por conseguinte, aqui temos ainda, contra a supposição commum, faltando alguma cousa a fazer ao delinquente; aqui temos a possibilidade de uma desistencia, etc., etc. Nem se diga que ha n'isto subtileza, ou que não temos razão para tanto escrupulo. As hypotheses que figuramos são muito factiveis, e mesmo em nossos dias as temos visto realizadas por mais de uma vez². Além d'isto, quando se é subtil e escrupuloso com o elemento moral do delicto, a vontade perversa, não se póde deixar de sê-lo igualmente com o elemento material, ou com os factos que a revelam.

6. Recorrendo, pois, aos mesmos exemplos com que os criminalistas modernos costumam caracterisar o *crime frustrado*, por elles vemos quanto é difficil, para não dizer impossivel, conhecê-lo e differença-lo da *tentativa* em muitos casos. É que com effeito a differença

¹ Pedimos ao leitor perdão d'este exemplo, que póde talvez escandalisa-lo. Mas elle tem a vantagem de mostrar claramente a possibilidade da hypothese, e oxalá que estivesse tanto abaixo da moralidade publica, que não podesse mesmo ser figurado.

² Quantos assassinatos começados pelo bacamarte, e acabados pelo punhal ou pela faca, nesta nossa terra, digna por certo de melhor sorte!

entre elles assignada, é, ao menos em nosso pensar, mais de theoria do que de pratica.

7. Representemo-nos, diz Rossi, um delicto cuja execução resulte de *tres actos* successivos: representemo-nos ao mesmo tempo um agente detido no primeiro, outro no segundo acto. Ambos elles são criminosos de tentativa mais ou menos proxima; e considerando a execução em seu todo, em sua perfeição, podemos dizer que o facto de cada um dos dous agentes é uma parte mais ou menos consideravel d'ella, porém uma parte sómente. Mas se um agente acaba de fazer o ultimo acto, e, antes de conhecer-se o seu resultado, perguntarmos: "Consummou elle o crime? Ninguem responderá que não. Se o acto não é uma parte da execução, é o complemento d'ella. Restava alguma coisa a fazer? Não¹." Tudo isto, nós o confessamos, é muito bem pensado e muito bem dito em theoria; mas na pratica os factos não se accommodam sempre justamente a estas supposições. Como determinar o numero preciso de actos, praticados os quaes, devemos dar a execução de um crime por acabada? O mesmo delinquente, parece-nos que os não póde contar sempre exactamente d'ante mão; porque ainda mesmo depois de feitos os seus calculos a respeito, elle reservará alguma coisa para a occasião, que de certo póde exigir mais do que elle calculará fazer.

8. Mas, se não é facil, nem mesmo possivel determinar o numero de actos que são necessarios para se consummar este ou aquelle crime; se mesmo como confessa Rossi², é *cousa difficil em certos casos o reconhecer se a execução de um crime podia ainda ser suspensa ou retractada pela vontade do agente*, para que mais essa distincção na lei entre *tentativa* e crime *frustrado*, com differença nas penas, segundo se exige? Qual a necessidade que a reclama? Se o legislador não punisse a tentativa ou o principio de execução, se elle esperasse, para punir o perverso, que elle consummasse o seu crime, ou realisasse o seu intento,

¹ Trat. de Dir. Pen., liv. 2º cap. 33.

² Trat. de Dir. Pen., liv. 2º, cap. 29.

faltaria de certo ao dever, deixando os direitos dos individuos expostos a uma violação que se podia impedir, não garantiria como lhe cumpre a ordem social. Eis ahi porque nós admittimos que elle distingua os actos preparatorios, que aliás não devem ser punidos, dos actos de execução que o devem ser, embora haja difficuldade em distinguir um dos outros em muitos casos. Mas uma vez prevenida a violação dos direitos individuaes pela punição da tentativa, e satisfeito assim o interesse social, nós não vemos bem qual a utilidade que colheria o legislador em distinguir a tentativa do crime *frustrado*, para punir a este com penas mais graves; ou por outra, em differençar e punir o que praticou todos os actos de execução, mais severamente, do que aquelle que só praticou alguns, quando o resultado é o mesmo, isto é, quando em ambos os casos o mal objectivo não passa do *perigo* e do *alarma*. Seria, por um rigor de justiça, e para punir uma immoralidade que se reputa maior, dar lugar a erros, expondo muitas vezes o autor de uma *tentativa* propriamente dita a ser punido com as penas do *delicto frustrado*, sem que aliás se possa assegurar que este não será algumas vezes punido com as penas d'aquella.

9. Passemos agora a considerar algumas questões mais importantes, que sobre tão vasto assumpto se costumam agitar.

10. Visto que a tentativa para ser punivel carece de um principio de execução, d'aqui póde-se concluir que a tentativa de uma cousa impossivel em si mesma, ou absolutamente impossivel pela natureza dos meios empregados, não é nunca punivel, pois o que é impossivel não póde ser executado, e o que não póde ser executado, não póde ter *principio* de execução. Tal é com effeito a opinião de Rossi, que em taes circumstancias qualifica a tentativa de *vã por impossibilidade do fim ou do meio*; e esta opinião, geralmente recebida pelos mais acreditados autores, funda-se em boas razões. Exemplifiquemos, porém, antes de tudo. Um individuo quer matar a outro, arma-se de um punhal, entra de noite em seu quarto e descarrega-lhe os golpes; mas não fere

senão um cadaver, porque o pobre homem que elle suppunha dormindo, havia expirado momentos antes, de uma apoplexia fulminante. Temos aqui uma tentativa *vã* por impossibilidade do fim, impossibilidade proveniente do objecto mesmo do delicto. Outro individuo que conseguir o mesmo resultado, e em vez de administrar veneno ao seu inimigo, administra-lhe nitro, ou qualquer outra substancia inerte, que lhe deram como venenosa; a victima a toma, porém nada soffre. Temos uma tentativa *vã* por impossibilidade proveniente do meio: o homem podia ser morto, mas o nitro é que não podia causar a morte. Ora, nestas duas hypotheses, e n'outras semelhantes, como sustentar que ha *tentativa* de assassinato, e que esta deve ser punida, porque, se não teve effeito, foi por circumstancias independentes da vontade do delinquente? Eis a questão.

11. Como a tentativa, diz Rossi, é um *principio de execução*, não pôde haver tentativa quando alguém se propõe fazer o impossível, ou quando se propõe fazer o que é possível por meios absolutamente fóra de proporção com o fim. Em taes casos, se não ha loucura, pôde haver perversidade moral acompanhada de ignorancia ou de erro; mas só se pôde principiar o que é possível, porque a ideia de *principio* suppõe a possibilidade de attingir o fim pela applicação mais ou menos prolongada do meio. O menino que tirava agua do mar com uma conchinha principiava a executar o esgoto do oceano? Era isto uma tentativa para pôr em sêco o globo terrestre? Mas figurai homens que façam alguma cousa de semelhante ao redor de uma cisterna, e concebereis immediatamente a tentativa de esgoto. Collocai essa cisterna em um deserto, e podereis ver n'isso a *tentativa* de um grande crime¹. Assim,

¹ *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 2º, cap. 30. — Belime, em sua *Philosophia do Direito*, liv. 3º, cap. 6º, § 3º, censura amargamente Rossi por esta sua doutrina. "A sociedade, diz elle, não é ameaçada de ver pôr em sêco o oceano; mas é muito interessada em que não se commettam erros taes como se suppõe." Entretanto, por maior que seja o interesse da sociedade a esse respeito, será sempre impossível ver, como quer Belime, uma *tentativa mui caracterisada* em factos semelhantes a esse do menino. O que é possível porque é conforme á sciencia e á justiça, é descobrir alguma criminalidade n'esses factos, e punilos como adiante diremos. Vide o nº 17.

pois, de balde se supporá que o agente, nas hypotheses em questão, tinha tido incontestavelmente a intenção de commetter um crime tão grave como o assassinato, e que tenha empregado actos exteriores que se reputavam capazes de o produzir. Ainda quando tudo isto se dê por demonstrado, o crime de assassinato não deixará de ser imaginario, e os actos exteriores incapazes absolutamente de o produzir, segundo as mesmas leis da natureza. Ora, um delicto imaginário, sem realidade physica possível; um delicto que não existio nem podia existir senão na cabeça do agente, não póde ser objecto da justiça social.

12. E note-se que a solução que acabamos de adoptar, tanto é applicavel ao caso em que a resolução criminosa póde consummar-se de um só jacto, como áquelle em que ella exige, para chegar ao seu termo, operações diferentes e actos successivos. Se o crime é impossivel em si mesmo por falta de objecto ou de materia, ou porque os meios empregados são impotentes para o realisar, jámais se poderá dizer que houve verdadeira tentativa ou verdadeiro crime frustrado. Se a tentativa incompleta é o principio do delicto, e se ter principiado uma cousa é tê-la feito em parte, como avançar que se tem feito em parte aquillo que é impossivel fazer-se em todos os pontos? Do mesmo modo, a tentativa completa, a tentativa levada ao seu ultimo periodo versa sobre a ideia de que o effeito do acto ou actos consummados pelo agente foi frustrado; mas como a ideia de que um effeito foi frustrado envolve necessariamente a ideia de que elle podia ter sido produzido, é claro que, se esse effeito era impossivel, não se póde dizer que elle foi frustrado. Por conseguinte, dada a impossibilidade absoluta e invencivel da existencia do delicto, quaesquer que tenham sido os actos do agente, não póde haver nem *tentativa completa* ou *incompleta*, nem effeito frustrado. Poderá haver, como dissemos, um simulacro do delicto ou da tentativa, mas a justiça não póde punir esse simulacro como uma realidade.

13. Entretanto, depois de haver lançado as bases desta argumentação, por si só tão valiosa, Rossi e com elle Le Sellyer, recorrem

ainda a outro argumento, que não só não nos parece procedente, mas que mesmo não podemos admittir. Segundo elles dizem, para que a sociedade tenha o direito de punir, é mister que possa da criminalidade dos factos concluir a criminalidade da intenção.

Ora, como na questão occorrente a vontade criminosa não póde ser demonstrada só pelos factos, pois que estes não são susceptíveis de causar o mal desejado, seria necessario seguir o processo contrario, e da criminalidade da intenção concluir a criminalidade dos factos; seria lançar-se em todos os perigos inherentes á punição do pensamento ou da vontade¹.

14. Parece-nos, como a Bertauld, que esta argumentação não póde ser aceita, e tem um vicio que se deve notar. Não é exacto, como justamente observa aquelle escriptor, que a verificação da criminalidade da vontade que se detém, não possa ser pedida senão ao *facto debaixo do qual ella se manifesta*, e Rossi mesmo, em outra occasião, parece bem tê-lo reconhecido². É a vontade que presidio ao facto, que deve caracterisalo, e por conseguinte não é necessaria e exclusivamente o facto material que se deve apreciar para julgar essa vontade. O essencial é isto: O agente principiou a executar tal crime, a violar a lei? A isto responde Bertauld nestes termos, referindo-se sempre ao nosso caso; "O que é que a lei prohibe? O homicidio, o envenenamento, e portanto os actos que podiam chegar a elles. A lei não podia prohibir, sob as penas do homicidio, actos que não podiam em nenhuma hypothese chegar a produzi-lo, pois que não punio a vontade de envenenar ou de matar. A lei prohibio os actos perigosos, e não as resoluções impotentes ainda que más. Se a lei prohibisse, segundo a expressão de Muyart de Vouglans, o *esforço* para

¹ Trat. de *Dir. Pen.*, liv. 2º, cap. 30; e Trat. de *Dir. Crim.*, tom 1º, nº 18.

² Ha factos, segundo Rossi (liv. 2º, cap. 29), que não bastam para tirar ao juiz toda a incerteza relativamente á resolução criminosa. Assim, deram umas pancadas, fizeram um ferimento: diremos que houve tentativa de homicidio, ou só o crime de ferimento? "É evidente, diz elle, que a duvida não póde ler resolvida senão *pelo conjuncto das circumstancias accessorias*; é mister ao juiz *alguma cousa mais que o facto do ferimento*."

commetter o crime, seria necessario regeitar as soluções de M^{rs} Rossi, Le Sellyer e Rauter. A resolução criminosa pôde manifestar-se com effeito por actos exteriores tão expressivos, que o fim, cuja realização se propunha o agente, tenha o character da evidencia. Mas se a lei preocupou-se menos da immoralidade do agente que do perigo social, ahi onde não houver, apesar da perversidade da intenção, nenhum perigo, ella pôde, e deve talvez abster-se de ferir.

“Para ferir logicamente, continua o mesmo autor, apesar da impossibilidade do fim ou da impotencia do meio empregado para attingir o fim, fôra mister que a sociedade proclamasse que as resoluções criminosas, formadas, assentadas são uma causa sufficiente de alarma, de perturbação para legitimar sua acção. Uma vez proclamado este principio, o que importaria que o meio não estivesse em relação com o fim, ou que este não fosse realisavel¹?” Mas nós já sabemos que não é possível uma similhante declaração por parte da sociedade, ao menos por via de disposição geral.

15. Se a realização do crime houvesse sido possível, de certo que a circumstancia de não ter elle tido effeito, não livraria o agente da penalidade respectiva. Mas por que? Porque em tal caso a pessoa contra quem foram dirigidos os actos exteriores, e com ella a sociedade, teria corrido o risco de um prejuizo determinado; porque então é que se poderia dizer, que se esse prejuizo se não realisou, foi por circumstancias independentes da vontade que o queria, porque só assim é que poderia haver um principio de infracção da lei, apto para legitimar a applicação da pena correspondente. Mas desde que a pretendida victima, e a sociedade com ella, acha-se em perfeita segurança protegida (pela mesma lei da natureza; desde que não ha perigo do mal, nem medo de reincidencia ou

¹ Curso do *Cod. Pen.*, liç. 9^a —É preciso notar que não aceitamos d'esta citação de Bertauld o que ella parece ter de absoluto; mas sómente o que se pôde conciliar com a doutrina que adiante exporemos. Vide o n^o 17.

imitação; desde que não ha, em summa, um verdadeiro principio de violação da lei, o que é que póde legitimar a penalidade por tentativa?

16. Objectarão que taes actos, taes tentativas revelam a vontade perversa do agente, a qual é muito para temer? Mas nós respondemos que não é unicamente na prova da vontade commetter um crime, que a pena d'este crime deve ser baseada. Dirão mais, que dos actos praticados se póde concluir pelo menos que ha no agente disposição para commetter esse genero de delicto, podendo-se justamente receiar que elle o não commetta algum dia, empregando meios com que seja possivel realisa-lo? Isto é verdade. Mas qual póde ser o alcance deste raciocinio? Quanto ao passado, diremos com Ortolan, elle só prova uma cousa, a disposição para esse genero de delicto; e quanto ao futuro um receio. Ora, a disposição para um delicto não basta para se poder infligir a pena d'elle, e o receio para o futuro ainda menos. Se applicasseis essa pena não seria em razão dos factos passados, pois é reconhecido que esses factos não podem ser qualificados de tentativa de um delicto impossivel; seria em razão da possibilidade futura de um delicto analogo, e d'este modo ficariéis de certo bem longe das bases da penalidade humana¹!

17. Entretanto os actos do agente, em nossa hypothese, não sendo puniveis, *como tentativa de um delicto que era impossivel*, não poderão ser punidos por outro titulo, não poderão ao menos dar lugar a medidas de prevenção? Parece-nos que sim. Como Ortolan, nós tambem não vemos nos principios da justiça social nada que se opponha a isso. É certo, diz muito bem aquelle escriptor, que a resolução do agente era immoral; é certo que essa resolução foi manifestada por actos phisicos exteriores, os quaes, bem que impotentes segundo as leis da natureza para realisar o delicto, podem comtudo ser sufficientes para produzir por si mesmos um certo alarma, um certo mal social. Ora, se ha casos em que

¹ *Elem. de Dir. Pen.*, ns. 1006 e 1007.

só a manifestação de uma vontade malefica é punível, e disto temos a prova no § 4º d'este mesmo art. 2º e no art. 207, nos quaes o nosso legislador pune a *ameaça* e a *conspiração*, como não poderia dar-se o mesmo, na proporção desejada, com os actos de que nos occupamos? Seria mais uma especie de delicto bem inferior, seria mais um delicto *sui generis*, a respeito do qual o dever do legislador, assim como a respeito de todos os outros delictos, é sempre conservar-se no duplo limite do justo e do util¹. E depois, se é licito infligir uma pena ao delicto frustrado, não póde ser absolutamente illicito fazer a mesma cousa a respeito da tentativa irrealisavel, ainda que em proporções mui diferentes.

Nós temos, é verdade, o recurso aos *termos de segurança* do qual em taes casos podemos lançar mão; recurso que nos é dado pelo art. 12, § 3º do Codigo do Processo Criminal, e 112 do Regulamento nº 120 de 31 de Janeiro de 1842, os quaes autorisam o juiz a comminar uma certa pena ao individuo legalmente suspeito da pretensão de commetter algum crime. Mas este meio preventivo é talvez insufficiente nos casos em que ha mais do que uma simples suspeita de crime, e taes são os de que agora nos occupamos. Uma repressão mais forte parece necessaria para corrigir o perverso, e tranquillisar a sociedade contra a sua audacia bem manifestada².

18. Cumpre, porém, ter muito em vistas que, para desviar a penalidade da tentativa em semelhantes casos, é necessario que a impotencia do meio, ou a impossibilidade do fim sejam absolutas: uma extrema difficuldade, uma inverosimilhança de realização não podem livrar o agente da responsabilidade penal. Assim, é fóra de duvida que, se o agente querendo commetter um homicidio, erra o golpe porque uma fôrça estranha desvia sua mão, porque não tem geito ou está perturbado, porque a bala ou o punhal encontram um obstaculo imprevisto, porque

¹ *Elem. de Dir. Pen.*, nº 1008

² Só em quanto se oppõem a isto, é que Rossi e Bertauld não nos parecem ter razão, vindo a sua doutrina a despertar mesmo uma certa indignação, como em Belime e outros. Vide o nº 11, nota.

mistura o veneno com uma substancia que lhe neutralisa os efeitos perniciosos, etc., etc., então ha, no sentido da lei, verdadeira tentativa que deixou de ter efeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente.

19. Sempre que a impossibilidade não é absoluta e radical, mas sómente relativa ou problematica, o individuo e a sociedade tem corrido o risco de um mal, de que so foram livres por um feliz acaso, por uma circunstancia fortuita, cuja efficacia nada tinha de certo. Ha então um facto exterior, um facto de execução perigoso, um facto cujas consequencias nocivas foram apenas paralyzadas, e isto independentemente da vontade do agente. Pelo contrario quando os factos exteriores não encerravam mesmo o germen de um perigo, a sociedade não tem que recusar-se a levar em conta a boa fortuna que conjurou um perigo ausente; ella verifica que o agente quiz violar a lei, e póde puni-lo do modo que acima dissemos, mas não como tendo principiado a viola-la, ou como autor de uma *tentativa*.

Finalmente convém observar ainda sobre este ponto que, se os factos denunciados como tentativa de uma cousa impossivel, produziram entretanto um delicto especial, ou *sui generis*, então esse delicto torna-se justamente objecto da justiça penal, como vimos que acontecia com a mesma tentativa voluntariamente suspensa pelo agente¹.

20. Se o autor da tentativa de um crime não pode ser punido, segundo o nosso paragrapho, senão quando houve de sua parte *principio de execução*, deveremos dizer o mesmo a respeito d'aquelle que foi seu complice! Será necessario para punir esse complice que elle tenha tomado parte no *principio de execução* da tentativa? Certamente não; porque de outra sorte não haveria mais differença entre o complice e o autor da tentativa. O complice da tentativa, pois, deve ser condemnado todas as vezes que essa tentativa for commettida com as circunstancias

¹ Rossi, *Trat. de Dir. Pen.*, liv, 2º cap. 30.

elementares que a constituem, e elle houver concorrido para ella *directamente* nos termos do art. 5º.

21. Com effeito, a tentativa do crime, quando reúne todas as circumstancias características fixadas n'este § 2º, é considerada como crime pela lei, e fórma um *crime principal*, que só differe do crime consummado porque circumstancias independentes da vontade do seu autor não permittiram a inteira realisação do projecto criminoso; mas isto não obsta a que a intenção do autor fosse sempre consumma-lo. Ora, como é a essa consummação que necessariamente se refere a *concurrência directa* prestada pelo complice, segue-se que a criminalidade d'essa concorrência fica subordinada ao character que definitivamente tiver a acção principal aos olhos das leis; de sorte que, se esta acção não foi consummada porque o autor d'ella foi detido contra sua vontade, o principio de execução que ella recebeu lhe imprime todavia o character criminoso.

D'aqui resulta, portanto, que o complice póde ser criminoso em razão de factos, que não bastariam para condemnar o autor principal da acção, e que assim elle póde ser punido só por ter auxiliado o autor nos simples preparativos para a execução do crime, preparativos que por si sós não bastam para que se considere criminoso o autor do projecto, sendo para isto necessario que elle o tenha principiado a executar.

22. Não se poderia objectar que, em consequencia d'esta doutrina, vem a ficar o complice em uma posição menos favoravel do que o autor da tentativa, visto como se não exige a seu respeito uma das circumstancias que se exigem para a punição do autor, a saber — o principio de execução; porquanto é falso, como bem diz Le Sellyer, que essa circumstancia não seja exigida a seu respeito. Ella é exigida como um dos elementos constitutivos da tentativa de que elle é complice; mas é

exigida do autor da tentativa e não do complice. De outra sorte o complice tornar-se-hia também autor¹.

23. Similhantermente não valeria o dizer-se que em tal caso ficará dependente do autor da tentativa, dando ou não principio de execução ao crime, fazer com que o complice possa ser punido ou não. Na verdade é sempre isso que necessariamente acontece aos complices, mesmo quando elles não são complices de tentativas, mas de crimes consummados. Isto provém da natureza das cousas, pois que sendo a complicitade, como veremos, um crime accessorio que se liga a um crime principal, e dependendo do autor d'este consumma-lo ou não, segue-se que, n'este sentido, será sempre exacto dizer que d'elle depende fazer com que aja ou não complicitade. A objecção, portanto, reduz-se a dizer que para haver complice é necessario que haja crime principal, o que nunca ninguem pretendeo contestar.

24. Mas, se longe de ter tomado parte no principio de execução da tentativa, o complice opportunamente contribuiu para obstar a sua *consummação*, n'este caso elle fica isento de toda a pena, visto que póde invocar a disposição, restrictiva do nosso paragrapho. Na verdade, se o principal autor desistindo voluntariamente do seu intento, mesmo depois de *princiada* a execução, não póde ser punido, é mister convir que o complice, concorrendo voluntariamente para mallograr a tentativa, também não póde sê-lo, ainda que, segundo observa Rauter, não deva esta circumstancia aproveitar ao autor, se o obstaculo proveniente do complice foi independente de sua vontade e contrario a ella².

25. Consistindo a tentativa em condições de facto determinadas pela lei, e sendo o jury chamado a pronunciar sobre tudo que é de facto, d'ahi se segue que, nos processos de tentativa, deve o jury ser explicitamente consultado nos quesitos ácerca da existencias das

¹ Trat. de *Dir. Crim.*, tom. 1º; nº 19. Vide também Rauter, *Trat. theor. e prat. de Dir. Crim.*, nº 117.

² *Trat. theor. e prat. do Dir. Crim.*, nº 118.

tres circunstancias características de que temos fallado; isto é, deve o juiz de direito perguntar — se a tentativa de que o réo é accusado, foi manifestada por *actos* exteriores e principio de execução, e se esta deixou de ter efeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente. Não poderia bastar, para a applicação de uma pena, que se perguntasse sómente se houve tentativa, e que esta fosse declarada constante: é necessario que se reconheça, que a tentativa reunio todos os caracteres especificados neste § 2º; por quanto, póde o accusado ser declarado criminoso de uma tentativa, que não sendo a que o Codigo quer punir, não poderá passar de um projecto, cuja repressão não compete a justiça social. Tal é a regra, de que, segundo o testemunho dos distinctos autores da Theoria do Codigo Penal francez, se não tem desviado a jurisprudencia na França.

26. E note-se que as expressões da lei, enunciativas das circunstancias características da tentativa, não podem ser suppridas nos quesitos por outras equivalentes; por quanto, admittidas as expressões equivalentes, como reconhecer-se que ellas teem precisamente o mesmo valor dos termos da lei? Que interpretação poderia certificar-nos d'isto? E como basear uma pena sobre uma interpretação? Eis o que nos observam os mais acreditados autores, recommendando por isso, que os quesitos sejam feitos ao jury nos proprios termos da lei, e que mesmo o presidente do tribunal chame a atenção dos juizes de facto sobre as circunstancias constitutivas da tentativa, e as diferenças que entre ellas ha¹.

27. Em geral, quando um individuo é accusado de um crime consummado, póde ser julgado e condemnado como criminoso da tentativa d'esse crime, se os debates fornecem a prova de que houve sómente tentativa acompanhada das circunstancias exigidas. Considerando o Codigo a tentativa como crime, e não sendo ella de certo outra cousa mais do que uma modificação, um diminutivo do crime

¹ Chauveau e Helie, theoria do *Cod. Pen. Fr.*, cap. 10, ns 598 e 599 da ediç. belga. Vide no mesmo sentido Le Sellyer, *Trat. de Dir. Crim.*, tom. 1º, nº 25.

mesmo, está claro que a accusação de um crime consummado comprehende necessariamente a accusação da tentativa d'esse crime. Assim, por exemplo, se alguém é accusado de um furto ou roubo consummado, e resulta dos debates que não houve mais que uma tentativa d'esses crimes, a questão da tentativa póde ser posta ao jury.

Entretanto a regra que acabamos de estabelecer, não é isenta de difficuldade em outros casos, isto é, n'aquelles em que, versando a accusação sobre um crime consummado, quer-se pôr a questão de um outro crime, em lugar da questão de tentativa do crime sobre o qual versa a accusação. Assim, por exemplo, a respeito do accusado por crime de ferimentos, a questão da tentativa de homicidio não deve ser proposta sem alguma distincção. Com effeito, o limite que separa as pancadas e ferimentos da tentativa de homicidio é muito difficil de alcançar-se: não ha tentativa de homicidio só porque os ferimentos foram graves, ou feitos com arma mortifera; é necessario ainda que tenha havido intenção de matar. A questão de tentativa, portanto, não deve ser posta senão quando resultar dos debates que as pancadas ou ferimentos foram feitos com vontade de matar, circumstancia esta que deve ser expressamente envolvida nos quesitos. Do contrario, devem elles versar unicamente sobre os ferimentos¹.

28. Antes de passarmos á segunda e ultima parte do nosso paragrapho, convém por fim advertir ainda acerca da primeira, que ha certos actos, que quasi se não podem considerar como tentativas, segundo judiciosamente observa Rossi. Taes são os actos praticados no transporte da colera; elles podem ser delictos *sui generis*; mas não se poderia considera-los como principio de execução de um delicto mais grave, pois que a tentativa suppõe em geral a reflexão. Seria com effeito demasiada severidade considerar um ferimento feito em uma rixa como

¹ Vide Le Sellyer, *Trat. de Dir. Crim.*, tom. 1º, ns. 22 e 23.

uma tentativa de homicídio, se realmente a rixa, a colera e a provocação são provadas. Deve-se tomar o facto material pelo que elle é em si.

Convém igualmente advertir, que ha delictos commettidos de sangue frio, cuja tentativa é entretanto uma cousa quasi impossivel: póde-se prepara-los, póde-se executa-los, mas quasi que se não póde tenta-los ao menos de uma maneira apreciavel, sem os consummar; e n'este caso estão, por exemplo, a injuria e a calumnia verbaes¹. Ha, finalmente, certas tentativas de que seria tão cruel quanto imprudente occupar a justiça publica; e a de adulterio está neste caso².

29. Temos estudado as condições exigidas pelo Codigo para que a tentativa seja punivel. Resta porém indagar se se deve punir sem excepção a tentativa de todos os crimes que a admittem. Ora, a isto responde a ultima parte do nosso paragrapho, onde se determina que não será punida a tentativa do crime ao qual não esteja imposta pena maior que a de dous mezes de prisão simples ou desterro para fóra da comarca. "*De minimis non curat praetor,*" diz Carnot, ao art. 3º do Codigo Penal francez; mais isto não basta.

"O interesse que tem a sociedade na punição dos pequenos delictos, explica Rossi, é já tão fraco, que elle se torna quasi nullo, se não se trata mais que de simples tentativas. Se, por um lado, não se póde deixar impune o mal positivo produzido pelo delicto consummado, por outro não ha conveniencia em multiplicar esses pequenos processos, quando o mal positivo não teve lugar, e quando tudo se limita a um perigo e a um alarma, senão imaginarios ao menos mui ligeiros³." A exiguidade do perigo social, e a inconveniencia dos pequenos processos são portanto os motivos justificativos da disposição do legislador nesta parte: "*In*

¹ Note-se que, ao contrario do *delicto mallogrado* (nota ao nº 2) a verdadeira tentativa ou a tentativa incompleta póde dar-se em todos os delictos que *em geral* admittem uma tentativa; e são aquelles a respeito dos quaes o principio de execução não constitue já o delicto consummado.

² Rossi, *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 2º cap. 31.

³ *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 2º, cap. 31.

levibus delictis, dizia Farinaceo, *non punitur affectus, seu conatus effectus non secuto.*"

30. A redacção da primeira parte do nosso § 2º dá ainda lugar a uma observação interessante. Ella parece suppôr, como diz Haus, que póde existir uma tentativa não manifestada por actos exteriores ou uma tentativa manifestada por actos exteriores e não seguida de um principio de execução... Mas desde que ha verdadeira *tentativa*, ha principio de execução, sem o que a tentativa não seria mais concebivel. Fôra mister, por conseguinte, dizer segundo o mesmo escriptor: "A resolução de commetter um crime quando for manifestada, etc."¹

LIÇÃO QUARTA

DO ABUSO DE PODER E DA AMEAÇA

SUMMARIO

DO ABUSO DE PODER. — Critica de que é susceptivel o Codigo por incluir o abuso do poder na qualificação geral dos delictos. — Opinião do Dr. Mendes da Cunha e divergencia nossa. — Justificação plausivel do Codigo. — Excellencia do § 3º do art. 2º quanto ao fundo da disposição. — Definição do abuso de poder *lato et stricto sensu*. — Duas especies de abuso do poder propriamente dito. — Fundamento da disposição do Codigo a respeito de ambas. — Falsa illação que se poderia tirar das ultimas expressões do § 3º. — Distincção

¹ Haus. Observ. sobre o projecto de revisão, tom. 1º, p. 66.

necessaria entre os direitos e os interesses dos cidadãos. — A utilidade publica jámais póde autorisar a violação dos primeiros. — Desenvolvimento e justificação d'esta doutrina.

DA AMEAÇA. — Maior facilidade de justificar o Codigo emquanto incluye a ameaça na qualificação geral dos delictos. — Doutrina de Chauveau e Helie e do conde Rossi sobre a punição da ameaça. — Regeição. — Verdadeira, talvez, com referencia ao Codigo Penal francez, essa doutrina é manifestamente inadmissivel entre nós. — O Codigo brasileiro, punindo a ameaça, não pune a resolução criminosa, mas pune um facto em si mesmo immoral e nocivo. — Desenvolvimento e sustentação da opinião por nós adoptada. — Importancia pratica d'esta discussão pelas consequencias diversas das duas doutrinas. — Opinião de L. Zuppeta e do Dr. Mendes da Cunha acerca da ameaça. — Refutação de ambos. — Remissão ao art. 207 do Codigo.

I

1. Tendo o legislador definido o crime — “toda acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes;” e tendo em seguida considerado como crime — a tentativa do crime, — equiparando assim a acção *principiada* á acção *consummada*, parece que neste ponto tudo estava dito, e que já não restava mais lugar á disposição d'este § 3º.

Assim porém o não entenderam os redactores do nosso Código; e ei-los declarando-nos ainda expressamente, que também se julgará crime:

"O abuso de 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." (art. 2º, § 3º.)

2. Que motivos se poderão assignar á semelhante disposição? Dar-se-ha que o abuso de poder, mesmo como o define o legislador, possa consistir em outra cousa, que não seja uma *acção* ou *omissão*? E porventura essa acção ou omissão qualquer da autoridade que abusa, poderá ser considerada como crime, e punida sem um artigo de lei especial que assim o qualifique, fulminando-lhe a competente pena? Eis o que ninguém de certo quererá sustentar em face das terminantes e salutaes disposições dos arts. 1º e 33.

3. O Dr. Mendes da Cunha, nas suas *Observações*, diz que "este paragraho dentro da qualificação geral dos delictos é uma advertencia sollicita aos funcionarios de todas as ordens, e a expressão do limite e circumspecção que devem guardar no exercicio pratico de suas attribuições; o que faz recordar, continúa elle, a seguinte maxima de M^r Degerando: — o empregado como empregado não tem senão deveres; só a sociedade e os cidadãos tem direitos¹."

Esta maneira de encarar o § 3º, por parte de um dos nossos mais talentosos e esclarecidos magistrados, fornece-nos mais uma prova de que não é sempre facil justificar sequer o lugar que occupam os differentes artigos de uma lei.

4. Deixando de parte a maxima de M^r Degerando, com que, por exagerada, não concordamos inteiramente, visto não se poder negar certos direitos aos funcionarios publicos, a quem a mesma lei os concede com respeito a essa qualidade, nós perguntaremos sómente: Para que

¹ Observações sobre alguns artigos do *Cod. Pen.*, pag. 21.

essa advertencia vaga do Codigo, quando n'elle mesmo encontram os funcionarios advertencias especiaes, tão explicitas quanto satisfactorias, porque trazem logo com sigo a comminação de uma pena para o caso de não serem attendidas? Parece, portanto, que no rigor das cousas poder-se-hia com algum fundamento criticar o nosso paragrapho como contendo uma definição ou classificação realmente escusada, definição que nada acrescenta á energia das disposições regressivas do Codigo na materia sujeita: e que, podendo dar lugar á confusão, devéra antes ser eliminada.

5. Não pensemos, porém, que se não possa de alguma sorte justificar o legislador, explicando a presença do § 3º do art. 2º. É com effeito sabido que, sôb o imperio do antigo regimen, a irresponsabilidade do governo perante os subditos da monarchia estendia-se ordinariamente aos funcionarios ou agentes d'esse governo, e por esta razão são bem raras às disposições da antiga legislação penal, semelhantes ás que nos efferece este Codigo nos arts. 129, 135 e 137 a 152, para garantia dos particulares, sendo sómente mais abundantes as que tendiam a garantir o Estado contra os seus agentes, ou estes contra os cidadãos. Estava-se então ainda longe de pensar e admittir — que as honras e os empregos fossem verdadeiros *cargos*, isto é, *fardos*, ou *officios*, isto é, *deveres*; pelo contrario elles serviam muitas vezes de fomento á corrupção, facilitando os abusos pela esperança de uma escandalosa impunidade¹. Mudada, porém, a fórma do governo, a Constituição Política do Imperio alterou profundamente esta ordem de cousas, proclamando nos arts. 133 § 3º, 156 e 179 § 29 a responsabilidade dos ministros de Estado, magistrados, officiaes de justiça e mais empregados publicos pelos abusos de poder, prevaricações e omissões praticadas no exercicio de suas funcções. Era, pois, natural que o presente Codigo, organizado em observancia de um preceito d'essa Constituição (art. 179 § 18), procurasse desde o seu

¹ Quem terá perdido a lembrança da celebre Ord. do liv. 5º, tit. 38, segundo a qual — “achando o homem casado sua mulher em adulterio, licitamente podia matar assim a ella, como o adultero, *salvo se o marido fosse peão, e o adultero Fidalgo, ou Desembargador, ou pessoa de maior qualidade!*” Porque então, se matasse alguma das sobreditas pessoas, seria degradado para Africa!

principio pôr-se em harmonia com a lei fundamental, estabelecendo correlativamente, em fôrma de abreviatura, uma disposição ou regra geral que dominasse todos os abusos de poder, e da qual elle devia partir depois, para qualificar e punir como taes aquellas acções illicitas dos funcionarios, que sendo prejudiciaes ao Estado ou aos particulares, lhe parecessem comportar similhante qualificação.

Eis ahi, quanto a nós o que se pôde dizer em abono do lugar que occupa este parographo na qualificação geral dos delictos.

6. Encarando agora o § 3º quanto ao fundo da disposição que encerra, fóra de nossa parte trabalho vão, se procurassemos justifica-lo. Sabe-se geralmente, e nem ha hoje quem conteste, que a instituição do poder social não tem outro fim que não seja o bem da sociedade; e é isto mesmo o que expressamente nos ensina a nossa Santa Religião chamando o poder, pela boca do grande Apostolo — ministro de Deos para o bem (*minister Dei in bonum*). Por conseguinte, se os funcionarios publicos, revestidos do poder, esquecendo-se de sua missão, o convertem em instrumento do mal, damnificando o Estado, opprimindo ou vexando por qualquer maneira os cidadãos, rigorosas contas lhes devem ser pedidas. A ordem publica recebe então um golpe tanto mais profundo, quanto elle provém d'aquelles mesmos que eram especialmente encarregados de mantê-la: é um mal em si mesmo grave, e talvez ainda mais grave pelas funestas consequencias do exemplo. O povo, no acertado pensar de um publicista celebre, não se deprava, ou não se corrige senão pelo exemplo de seus chefes, e nunca a sociedade perece senão por culpa do poder encarregado de a conservar.

Já em Roma, no tempo da republica, o principio salutar da responsabilidade dos magistrados ou funcionarios publicos, tinha sido consagrado pelas leis Valerias, e applicado a todos os factos abusivos, como o indicam, entre outras, as leis *de peculatu*, *de pecuniis repetundis*, *de ambitu*, *etc.*, *etc.* Nos tempos modernos e nos paizes como o nosso,

onde o poder publico com suas divisões é considerado como delegação de nação, tem sido o mesmo principio proclamado com mais ou menos energia pelas Constituições, e tem recebido os necessarios desenvolvimentos nas leis regulamentares destinadas á sua applicação.

7. A palavra *abuso* (do latim *ab*, fóra, e *usus*, uso) é uma das que comportam a mais extensa significação: é por ella que geralmente se costuma designar todo acto que ultrapassa os limites da lei, da justiça ou da razão. Com referencia, porém, ao exercicio do poder ou autoridade publica, um distincto criminalista, Achilles Morin, define o *abuso* do poder *lato sensu* — “a violação do dever imposto a todo funcionario de conter-se estrictamente na applicação das leis que elle tem a missão de observar ou executar¹.” A definição que nos dá o nosso paragrapho é mais restricta: para nós o abuso de poder, como já vimos, é — “o uso do poder conferido por lei contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, sem que a utilidade publica o exija.” — Nós encontraremos na verdade diversas cathegorias de factos, que poderíamos qualificar como abusos de poder *lato sensu*, mas que entretanto são reprimidos pelo legislador debaixo de outra qualificação que lhe pareceo mais adaptada, *verbi gratia*, a prevaricação, a peita, o suborno, a concussão, etc., sendo sómente aos factos previstos na Secção 5^a, cap. 1^o, tit. 5^o da Segunda Parte, que elle julgou dever applicar a qualificação de — *abusos de poder*. Tal foi o seu systema, e tal deve ser a linguagem technica do criminalista brasileiro.

8. Resulta da definição do Codigo, que o *abuso de poder* póde ser de duas especies: — contra os interesses publicos, ou em prejuizo de particulares, — e de ambas estas especies temos exemplos nos artigos que comprehende a Secção 5^a ha pouco citada. Assim o empregado abusa do seu poder contra os interesses publicos, quando, *verbi gratia*, continua a exercer as funcções do emprego depois de saber officialmente que foi

¹ Repertorio de *Dir. Crim.*, vb.^o. — Abuso de autoridade.

suspensão, demissão, etc. (art. 140); quando excede os limites das funções próprias do emprego (art. 139); quando expede uma ordem ou requisição ilegal (art. 142): abusa do poder em prejuízo de particulares quando, *verbi gratia*, excede a prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar os seus subordinados (art. 144); quando commette violências no exercício do emprego ou a pretexto de exercê-las (art. 145); quando se constitue devedor ou afiançado de algum seu subordinado (art. 149).

9. Promover os interesses collectivos da sociedade, e fazê-los prevalecer contra os interesses individuais, tal é a lei suprema de todo o funcionario publico, e o fim immediato de sua instituição. Se elle, por consequente, perdendo de vista o norte que o deve guiar, afasta-se do caminho que lhe indica a lei, e emprega o poder que esta lhe conferio em prejuizo da mesma causa publica, a responsabilidade deve ser inevitavel, e a falta severamente punida. Entretanto, se o funcionario, como dissemos, deve antepôr os interesses publicos aos individuais, elle não deve menos trabalhar por conciliar as exigencias d'estes diversos interesses tanto quanto o permittirem as circumstancias e as necessidades sociaes, não lhes sendo jamais permittido sacrificar os segundos sem que os primeiros o exijam inevitavelmente. E d'aqui vem a limitação contida na ultima parte do nosso paragrapho.

10. A respeito de similhante limitação convém muito acautelar-nos contra uma illação que d'ella irreflectidamente se poderia tirar. Na verdade, considerando oCodigo abuso de poder — o uso do poder conferido por lei... em *prejuizo de particulares* — *sem que a utilidade publica o exija*, poder-se-hia, não distinguindo como convém entre os interesses e os direitos dos cidadãos, pretender que a mesma violação d'estes direitos pelo poder publico, pôde em alguns casos ser legitimada sob o pretexto da utilidade publica, visto que a lei falla indistinctamente de — *prejuizo dos particulares*, sem distinguir entre o prejuizo que pôde resultar do sacrificio de um simples interesses, e o que

póde resultar da violação de *direitos propriamente ditos*. Esta distincção, porém, é indispensavel; e não só este Codigo, mas ainda a lei fundamental do nosso Estado repellem invencivelmente a conclusão que agora queremos prevenir¹."

11. Se fosse permittido ao poder subordinar os direitos dos cidadãos á utilidade publica, teria o caso de dizer-se que a nossa liberdade, honra, vida e propriedade estariam em continuo perigo, podendo de um momento para outro ser sacrificadas sob o pretexto da salvacção publica. Foi por isto que a Constituição, a qual não teve nem podia razoavelmente ter outro fim senão garantir a inviolabilidade dos direitos dos cidadãos, concluiu a enumeraçõ das differentes attribuições do poder executivo com a seguinte disposiçõ: "Prover a tudo que for concernente á segurança interna e externa do Estado, *na fôrma da Constituição*" (art. 102 § 15). Aqui temos, pois, formalmente excluida da alçada dos agentes do poder responsavel a faculdade de pôr, em caso algum, o arbitrio em lugar do direito; e é a mesma Constituição quem nos declara, que os poderes constitucionaes não podem suspendê-la no que diz respeito aos direitos individuaes dos cidadãos, salvo nos casos e circumstancias especificadas no § 33 do art 179, ficando ainda as autoridades, mesmo no caso de uma suspensã de garantias, na obrigaçõ de responderem pelos abusos que praticarem contra os direitos dos cidadãos (cit. § 35).

12. Por conseguinte, quando o Codigo falla do *prejuizo dos particulares*, e torna o abuso de poder n'esta parte dependente da *utilidade publica*, devemos entender que o legislador quiz resguardar

¹ No uso commum de fallar o interesse e o direito muitas vezes se confundem; mais ha realmente entre essas duas expressões uma grande differença. — Todo o direito é um verdadeiro interesse, mais nem todo o interesse é um direito. — En geral o interesse é a vantagem que podemos ter em um estado de cousas qualquer; o direito, porém, é essa vantagem, por assim dizer, consolidada e garantida pela lei: é um poder moral de obrar ou de exigir que outros obrem ou se abstenham em nosso favor, até mesmo mediante a coacção.

De grande importancia e frequente applicaçõ no Direito Administrativo, a distincção entre direitos e interesses tambem tem aqui lugar, e deve por isso ser recordada.

mesmo os simples interesses dos cidadãos, não permittindo que elles fossem desattendidos e menosprezados á êsmo pelo poder, a quem aliás impõe a obrigação de attendê-los e respeita-los fóra dos casos de uma collisão inevitavel entre elles e a utilidade publica; porque então, pela mesma natureza da sociedade, devem os interesses collectivos prevalecer aos individuaes, sendo preferivel o prejuizo de alguns ao da generalidade. E com effeito é esta a doutrina de que o nosso Codigo fez applicação nos arts. 144 a 151, onde elle protege antes interesses do que direitos, reservando a garantia d'estes por meio da sancção penal para outros artigos, principalmente da sua terceira parte, em cujo ultimo artigo (275) declara, que o abuso do poder dos empregados publicos nos crimes particulares será considerado circumstancia aggravante.

13. Taes são as ideias cuja applicação e desenvolvimento procuraremos apresentar opportunamente, julgando por ora sufficiente a enunciação de uma doutrina, que parece não dever encontrar contradictores em paiz livre como o nosso.

DA AMEAÇA

1. A disposição do § 4º do art. 2º, incluindo "*a ameaça de fazer algum mal a alguém*" na classificação geral dos delictos, justifica-se talvez mais satisfactoriamente que a do paragrapho antecedente sobre o abuso de poder, como passamos a mostrar.

2. Da doutrina contida nos §§ 1º e 2º d'este artigo, resultam os seguintes corollarios já opportunamente expostos e desinvolvidos: 1º, que o pensamento e mesmo a resolução de commetter um crime, ainda que sejam conhecidos, devem ficar impunes de uma maneira absoluta, como effectivamente ficam, segundo o Codigo brasileiro; 2º, que os actos preparatorios do crime sem principio de execução tambem devem ficar impunes, mas não absolutamente, visto como a gravidade do perigo social póde em certos casos legitimar a sua punição por modo excepcional. Mas, isto posto, não se poderia, dada a não existencia d'este paragrapho, oppôr

como contraria ao principio absoluto de que a vontade só de commetter o crime não deve ser punida, a disposição do art. 207, onde o legislador define a ameaça e fulmina-lhe penas? Não se poderia concluir d'ahi que o legislador, aproveitando-se do conhecimento da resolução criminosa manifestada pela declaração verbal ou escripta do ameaçador, dirige-se a elle para puni-lo só por causa da sua vontade, carecendo assim de methodo, ou antes de coherencia em suas disposições? Parece que sim.

3. Não sendo em verdade a ameaça a mesma acção criminosa que o ameaçador declara pretender executar, e não sendo tambem o principio de execução d'ella, nem mesmo por via de regra um acto que a prepare, debaixo de que ponto de vista poderia collocar-se o legislador para crimina-la e puni-la? É o que vamos averiguar.

4. A lei penal, dizem Chauveau e Helie referindo-se ao Codigo francez, não collocou as ameaças na cathegoria dos delictos ou dos crimes senão quando revelam a resolução assentada e séria de commetter um attentado contra as pessoas. É considerando-as debaixo d'este ponto de vista que ella as collocou na ordem dos crimes... Assim a simples ameaça verbal, proferida em um momento de colera, não constitue delicto algum; porquanto não é a palavra, a injuria que a lei pune, mas a resolução criminosa, e essa especie de ameaça sempre vaga e irreflectida não indica nenhuma resolução¹.

Rossi de seu lado, referindo-se ainda ao Codigo Penal francez (arts. 305 a 308), entende igualmente que se não póde deixar de reconhecer nas penas que elle fulmina ás ameaças, uma excepção ao principio segundo o qual a vontade que não é seguida de nenhum principio de execução não é punivel. A pena attinge o crime, diz elle, antes de todo acto de execução, antes mesmo de todo acto preparatorio, porque de certo a ameaça o não é, sobretudo quando não é acompanhada de nenhuma ordem ou condição; ella o attinge porque se julga ter uma

¹ Theor. do *Cod. Pen. francez*, cap. 47.

prova material e sufficiente, dada pelo proprio delinquente, de uma resolução criminosa e séria... Aquelle que ameaça descobre o seu projecto. A punição da ameaça não póde ser senão uma excepção á impunidade da resolução criminosa¹.

5. Ora, quanto a nós o legislador brasileiro collocou-se em um ponto de vista mui diverso para punir a ameaça, e parece-nos absolutamente inadmissivel, com referencia ao nosso Codigo, a maneira de pensar de Rossi e dos autores da Theoria do Codigo Penal francez a similhante respeito. Com effeito nós entendemos que o legislador brasileiro, tanto pela disposição geral d'este § 4º, como pela sua applicação no art. 207, bem claramente nos deo a conhecer que, punindo a ameaça, não quiz punir a resolução criminosa do individuo, mas sim um facto de uma natureza particular, e que em si mesmo lhe pareceo dever ser reprimido como delicto *sui generis*, sendo precisamente por este motivo que elle contempla a *ameaça* na sua classificação geral dos delictos, o que, se por um lado torna bem manifesta sua intenção, por outro estabelece a regularidade do seu methodo e a coherencia de suas vistas².

6. Que o Codigo brasileiro não pune na *ameaça* a resolução criminosa, é o que se não póde duvidar á vista do art. 207, onde elle fulmina as mesmas penas a toda e qualquer especie de ameaça, quer seja feita por palavra, quer por escripto ou por outro qualquer modo, e ainda sem attenção alguma á grandeza do mal que o ameaçador promette realizar. Em verdade, sendo a intenção tanto mais immoral quanto mais firme se aproxima do crime, sendo o perigo resultante da *ameaça* tanto mais grave quanto mais provavel é a sua realisação, como poderia o

¹ Trat. do *Dir. Pen.*, liv. 2º, caps. 26 e 27. — É preciso notar que, differentemente de Rossi nesta passagem, nós pensamos que a ameaça póde algumas vezes ser um primeiro passo, um meio para sondar o terreno, para verificar as forças de um adversario, e por conseguinte um verdadeiro acto preparatorio do delicto.

² O Codigo Criminal brasileiro não se recommenda, com effeito só pela justiça e humanidade de suas disposições; mas tambem pela excellencia do seu methodo, que faz d'elle uma obra scientifica, onde os principios antecedem regularmente ás consequencias e ás applicações.

legislador, se quizesse punir na *ameaça* a vontade criminosa, deixar de distinguir, por exemplo, a *ameaça* escripta da *ameaça* verbal, a *ameaça* simples da *ameaça* condicional? E podemos supôr que o legislador brasileiro lenha cahido em tão flagrante injustiça, em tão grosseira incoherencia?

7. Nós comprehendemos que se possa dizer com Rossi, Chauveau e Helie, que o Codigo Penal francez, punindo a *ameaça*, pune por excepção a vontade criminosa, e julgamos mesmo mais plausivel esta opinião que a de Boitard e Trebutien, os quaes sustentam o contrario¹; mas, se assim pensamos, é porque vemos aquelle Codigo distinguir diferentes especies de *ameaças* para graduar as penas, punindo, *verbi gratia*, mais severamente a *ameaça* escripta do que a verbal, a *ameaça* acompanhada de uma ordem ou condição, do que aquella que o não é, e deixando finalmente impune a simples *ameaça* verbal. Isto, com effeito, parece indicar que o legislador francez teve em vistas a resolução criminosa, e julgando que esta só se podia dar como mais ou menos provavel nas circumstancias que acabamos de mencionar, só n'estas hypotheses a criminou e punio. "A *ameaça*, dizem por isso Chauveau e Hellie, revela uma resolução criminosa quando é feita por *escripto*, ou quando é *acompanhada de uma ordem ou condição*... Em um e outro caso ella não foi ligeiramente proferida, mas nasceo da reflexão; ella tomou desde então um character sério que póde inspirar um justo alarma, e a justiça social póde legitimamente intervir para prevenir a execução de um crime²." E como, no entender do legislador francez, a resolução criminosa se revela com mais certeza nas *ameaças* escriptas do que nas verbaes, por isso tambem elle as punio mais severamente.

Ora, não entrando o nosso Codigo em nenhuma distincção a respeito do modo por que é feita a *ameaça*, e não tendo por conseguinte em mira a maior ou menor probabilidade de sua execução, como

¹ Liç. sobre o *Cod. Pen.*, nº 23; — Curso elementar de *Dir. Crim.*, tom. 1º, pag. 94.

² Theor. do *Cod. Pen.* francez, cap. 47.

pretender, sem injúria, que elle se dirige á vontade ou resolução criminosa para puni-la?

8. Ainda não é tudo. Sendo a intenção tanto mais perversa quanto maior é o mal a que tende, como, sem injustiça, poderia o legislador deixar de considerar a grandeza do mal que o ameaçador promette executar, se quizesse aliás punir na ameaça a vontade criminosa? Foi sem duvida attendendo em parte a esta consideração que o Codigo francez não punio toda e qualquer ameaça, ainda que feita por escripto, ou acompanhada de ordem ou condição, mas sómente aquellas que contém o annuncio de um mal grave para a pessoa a quem é dirigida, bem como o assassinato, o envenenamento, a prisão, ou qualquer outro attentado contra as pessoas punivel com a pena de morte, trabalhos forçados perpetuamente, ou deportação (art. 305); porque só n'estes casos é que o perigo, ou o mal proveniente da ameaça, tanto para o individuo como para a sociedade, lhe pareceo sufficiente para legitimar a punição de um simples projecto de crime. Se porém o nosso legislador, dominado por outras ideias, pune indistinctamente toda a promessa ou protestaço de fazer *algum mal* a alguém, com que fundamento se dirá que elle quer punir a intenção?

9. Não: O Codigo brasileiro, classificando como crime a ameaça de fazer *algum mal* a alguém, e punindo-a em todos os casos com as mesmas penas, não quiz punir de certo a vontade ou a resolução criminosa: elle encarou o facto da ameaça em si mesmo, e considerando-o como um facto immoral, capaz de offender mais ou menos gravemente á tranquillidade ou á liberdade de acção dos individuos, entendeo com razão que o devia reprimir, prescindindo da resolução criminosa do ameaçador, que realmente em caso nenhum se póde dar como certa e constante. A circumstancia de ser a ameaça *escripta*, ou *acompanhada de uma ordem* ou condição não eslabelece com effeito de maneira alguma a resolução criminosa do que a faz. Quantas ameaças escriptas não tem sido dirigidas sem que aliás houvesse da parte dos seus autores nenhuma

resolução séria, nenhum projecto real de as executar! Quantas pelo contrario, que sendo feitas por palavras, temos visto realizarem-se, porque eram filhas de uma vontade já amadurecida!

10. Foi, pois, attendendo á quasi impossibilidade de dar-se como certa a resolução do ameaçador quanto ao mal que protesta fazer, que o nosso Codigo quiz limitar-se a punir na ameaça o simples facto da declaração de uma vontade malefica, ou esta fosse real ou fingida, porque esse facto é na verdade bastante para perturbar o ameaçado em sua tranquillidade, não sabendo tambem elle, se a ameaça é filha de uma vontade séria, ou de uma pura jactancia, e por conseguinte se virá a realizar-se ou não. Esta perturbação é tanto mais grave, e tanto mais digna de ser attendida, quanto nós sabemos que influencia tem o mêdo para nos fazer acreditar na realização d'aquillo que tememos.

11. Agora, se attendermos que pôde haver ameaças graves, como a de morte, por exemplo, feitas sem nenhum proposito de as realizar, ao passo que outras menos graves, como a de um simples damno, podem ser filhas d'esse proposito: se attendermos por outro lado que as primeiras podem mesmo não fazer móssa em um homem firme e corajoso, ao passo que as segundas podem atterrar o homem fraco, e tanto mais fraco quanto é pobre e desvalido, teremos, segundo nos parece, descoberto os motivos por que o nosso legislador, deixando, para se não transviar, a sombra fugitiva e inconstante pela realidade, dirige-se ao facto mesmo da ameaça para o punir indistinctamente com as mesmas penas, como um facto illicito e prejudicial aos individuos, reservando a punição da vontade ou resolução criminosa do ameaçador para quando elle passar a executa-la, porque só então é que, com segurança, á vista dos factos, se poderá dá-la como certa e constante.

12. Nem se pense que a discussão em que acabamos de entrar seja ociosa ou de pequena importancia na pratica. Não: aquelles que entenderem com Rossi que a lei pune a ameaça porque julga ver

n'ella uma prova material e sufficiente dada pelo mesmo delinquente de uma vontade criminosa e séria, estes não podem deixar de admittir como consequencia logica, que o autor da ameaça deve ficar ao abrigo da pena, se conseguir provar que não tinha nenhuma intenção séria de realizar o mal que prometteo fazer. E quem com o nosso Codigo na mão quererá sustentar similhante doutrina? Nós o repetimos: se aquella opinião póde ser sustentada entre os criminalistas francezes com plausivel fundamento, como já dissemos, entre nós ella é absolutamente inadmissivel, porque o nosso Codigo evidentemente só pune o facto da ameaça isolado, e como constituindo uma infracção principal *sui generis*, facto que é bastante para causar uma perturbação social, offerecendo um motivo de terror ao individuo ameaçado, e tirando-lhe a tranquillidade de espirito a que tem direito, sem que aliás seja este resultado dependente do pensamento intimo do ameaçador. Em uma palavra, entre nós é que justamente se póde dizer com Boitard¹ sem receio de contestação, que a ameaça é um delicto sui generis absolutamente independente de uma resolução criminosa que ella não estabelece, não prova de maneira alguma; que a ameaça é um delicto que póde, e deve segundo o nosso Codigo ser punido, ainda que de facto se prove que teve lugar sem nenhuma vontade séria, sem nenhuma intenção real de a executar.

13. Entretanto não faltam autores que pensem de um modo inteiramente contrario a este. Assim, L. Zuppeta, encarecendo as ideias de Rossi, o qual entende que a ameaça, sobretudo a verbal, não merece quasi fixar a attenção do legislador, pelo pouco perigo que offerece, bastando á segurança publica e privada algumas precauções de policia, e podendo-se quando muito reprimir a ameaça escripta com uma pena ligeira; Zuppeta, dizemos, entende de sua parte que nenhuma ameaça deve ser punida, porque nenhuma póde ser *physicamente* imputavel, visto que ellas ora não passam de uma pura jactancia sem determinação interior, e ora da manifestação de um querer ou de um puro desejo. “E se

¹ Lições sobre o *Cod. Pen.*, nº 23.

no primeiro caso, diz elle, fôra estranho pôr em questão a imputabilidade, no segundo tambem não se deve concluir que sejam um *facto material* constitutivo de um detrimento social, pois que nada tem de material á excepção do tom da voz, ou do signal com que são expressadas, o que realmente não tem outro valor senão o do querer ou do simples desejo que não deve ser punido¹."

Tambem o Dr. Mendes da Cunha nas suas *Observações* a este paragrapho, citando a Destrivaux, não só parece inclinar-se a ver na punição da ameaça um castigo ao pensamento, mas ainda opina que, sendo ella sempre ou quasi sempre o resultado de um movimento de colera, e uma esteril ostentação de fôrças, etc., não se lhe póde fulminar penas por uma regra geral sem graves inconvenientes; e por isso julga que o unico meio possivel de dissipar os terrores do ameaçado é obrigar o ameaçador a assignar termo de bem viver e segurança².

14. Depois do que temos dito, parece-nos já não ser preciso refutar ao longo semelhante opinião, cuja exageração é evidente. Basta que Zuppeta reconheça, como aliás não podia deixar de reconhecer, que a ameaça é um *facto material, exterior*, ainda que seja sómente pelo som da voz, ou pelo signal com que é expressa; basta por outro lado que a experiencia nos mostre que todos os dias se fazem, e mesmo se realisam ameaças mais ou menos graves, sendo ellas para os perversos um meio habitual de satisfazerem seus intentos, e opprimir os pacificos; basta emfim que todos nós sintamos, que as ameaças nos perturbam e inquietam, tirando-nos a paz de espirito, o mais apreciavel dos bens, e coarctando muitas vezes o legitimo exercicio de nossa liberdade externa, para que todos reconheçamos a razão com que o legislador brasileiro, a exemplo de outros muitos, as criminou e punio, attribuindo-lhes assim mais algum valor do que ao querer ou simples desejo.

¹ Lições de Metaphysica da Sciencia das Leis Penaes, liç. 21.

² Observações sobre alguns artigos do *Cod. Pen.*, pag. 22.

Sim, a ameaça é um facto perigoso e capaz de produzir funestas consequências, ainda quando sendo filha de um simples gracejo, succede serem dirigidas á pessoas naturalmente desconfiadas e aprehensivas: ella não só provoca muitas vezes a reacção prévia da parte do ameaçado, mas causa-lhe um mal real nascido da apprehensão do mal futuro que receia; e se este póde ser prevenido por um *termo de segurança*, aquelle nem por isso deixa de chamar justamente sobre o ameaçador uma pena.

15. L. Zuppeta mesmo reconhece que algumas vezes a ameaça é erigida em delicto, e principalmente quando é acompanhada de uma ordem de cumprir alguma condição. Mas nesse caso, diz elle, importa que se saiba, que a ameaça longe de ser attingida como *quota parte* do facto ameaçado, é considerada como um delicto *sui generis*, em razão do *alarma* que causa. Sim, sem duvida, isto assim é segundo o nosso Codigo, porque assim foi que o nosso legislador entendeu que devia encarar seguramente a ameaça pelos motivos já apresentados. Mas, perguntamos: não teria elle razão, visto que a ameaça é capaz de produzir *alarma*?

16. O mais que resta a dizer sobre esta materia achará lugar opportuno quando chegarmos ao art. 207.

LIÇÃO QUINTA

DO DELINQUENTE

SUMMARIO

Necessidade do art. 3º do Codigo. — Consequencias falsas que sem elle se poderiam deduzir do art. 2º, § 1º. — O legislador as previne estabelecendo a má fé

como o estado psychologico em que actualmente deve achar-se o autor de uma infracção para ser considerado delinquente. — Justificação d'este grande principio. — Posto que facil á primeira vista, elle offerece todavia graves dificuldades em sua applicação. — Necessidade de entrar por isso no exame dos dous elementos que constituem a má fé. — Analyse dos differentes estados do entendimento em relação ás circumstancias de um facto qualquer. — Distincção entre o voluntario perfeito e o voluntario imperfeito. — Reconhecimento e adopção d'esta distincção pelo Codigo. — Definição da ignorancia e do erro, que, differentes entre si, confundem-se quando considerados como principio das acções. — Varias especies de ignorancia segundo os Jurisconsultos e os Moralistas. — Ninguem póde ser responsavel pela ignorancia invencivel, mas sómente pela vencivel. — Se é possivel admittir em Direito Criminal essa distincção, quer a ignorancia recaia sobre o facto, quer sobre o direito. — Regra geral do Direito Romano e fundamento d'ella. — Da maxima *nemo jus ignorare censetur*, e se ella é absoluta e inflexivel em todos os casos. — Opinião affirmativa de Dalloz e de Rossi com referencia ao Direito Penal. — Impugnação d'essa opinião, e necessidade de discutir a materia. — Distincção estabelecida a

respeito pela legislação romana. — Adopção d'essa distincção por varios Jurisconsultos modernos. — Citação de Ortolan. — Impossibilidade de acceitar a opinião particular d'este criminalista.— Citação de Guyot e de Burlamaqui. — Desinvolvimento da opinião d'estes escriptores pelos Theologos e Moralistas catholicos. — Se é possivel ignorar a mesma lei natural, e se essa ignorancia póde ser completa e invencivel. — Solução resumida da questão proposta. — Acceitação implicita pelo Codigo da solução por nós adoptada. — Accepções differentes em que se póde tomar a ignorancia de direito. — Exame da intenção como segundo elemento da má fé, e observação prévia sobre ella. — Definição da intenção, e distincção entre o voluntario directo e voluntario indirecto. — Outra distincção consequential entre o dolo e a culpa, o delicto verdadeiro e o quasi delicto. — O conhecimento e a intenção devem estender-se á acção criminosa e ás suas circumstancias accessorias. — Deve tambem a intenção acompanhar a acção no momento mesmo em que é praticada. — Pouco importa porém, que o facto material e a intenção recaiam sobre a mesma pessoa que o agente tinha em vistas, ou sobre outra qualquer. — Questão acerca da culpabilidade nos delictos cujas consequencias excederem a intenção do

agente — Solução de Ortolan, e divergencia d'ella. — Se a boa intenção e a boa fé devem considerar-se como causas exclusivas da criminalidade. — Se o principio consagrado no art. 5º póde offerecer materia para quesitos ao jury. — Controversia e solução.

I

1. O art. 3º do nosso Codigo, onde o legislador caracteriza o delinquente, é um complemento necessario do § 1º do art. 2º, onde elle nos deo a definição do delicto. Não bastava em verdade, definindo o delicto, estabelecer na vontade o fundamento da imputabilidade das acções humanas em geral; era necessario ainda formular uma regra segura, um principio director, por meio do qual se podesse conhecer, e declarar constante essa imputabilidade nos diferentes actos, que isoladamente se apresentam como sendo obra de um individuo certo e determinado; era necessario sobre tudo prevenir os erros e injustiças, que desvirtuariam talvez a acção benefica da justiça humana, se o proprio legislador nos não declarasse terminantemente que — á *voluntariedade da acção* ou omissão deve acompanhar a *voluntariedade do resultado*, ou do mal que ella produz (cousas que muitas vezes se confundem, mas não em todos os casos), afim de que o seu autor possa ser criminalmente responsabilizado e punido.

2. Com effeito, de que o delicto é toda acção ou omissão *voluntaria* contraria ás leis penaes, não se poderia concluir que é delinquente todo aquelle que *voluntariamente* pratica uma acção ou omissão, d'onde resulta uma contrariedade á lei, ou antes um mal que ella quiz acautelar e prevenir pela ameaça de uma pena? Parece que sim. Mas onde iria parar essa conclusão, e o que seria ella em seus ultimos resultados? Similhante conclusão acarretaria não só a punição da

ignorancia ou erro invencível, mas ainda dos casos fortuitos, que humanamente se não podem prever nem evitar; e isto nada menos fôra do que converter a justiça na mais cega e estúpida tyrannia.

A filha estremosa que, em momento de afflicção, offerece ao seu pai desfallecido um elixir já contra-indicado, persuadida de que lhe dá o remedio que deve reanima-lo, mas que desgraçadamente lhe apressa a morte, pratica sem duvida uma acção *voluntaria em si mesma*; o marido ausente que, falsamente persuadido do seu estado de viuvez, e depois das diligencias necessarias passa a segundas nupcias, tambem pratica uma acção *voluntaria em si*. Quem entretanto se animará a concluir que essa filha é criminosa de parricidio, e esse marido ausente criminoso de bigamia, e que por isso devem soffrer as penas comminadas a taes crimes? *Quis nomen unquam sceleris errori addidit?* perguntava Seneca. Ninguém certamente; porque, segundo o testemunho da consciencia, não basta o facto voluntario para a existencia da responsabilidade penal, mas é necessario ainda que o resultado d'esse facto, ou o mal produzido por elle seja tambem conhecido pela intelligencia e abraçado pela vontade. Assim Edipo nunca foi considerado parricida, nem incestuoso, por ter morto a seu pai e esposado a sua mãe, sem sabe-lo e quere-lo. O que a lei pune não é propriamente a infracção, mas o autor da infracção; e se, havendo vontade no acto contrario á lei, faltou todavia no agente a direcção, a tendencia para o resultado nocivo, para o mal d'elle, então não ha mais culpabilidade, não ha mais delinquente a punir¹.

3. Foi portanto para consagrar expressamente esta verdade, e para prevenir e condemnar a iniquidade das consequencias falsas, que a ignorancia ou o interesse poderiam deduzir da noção generica do delicto dada no § 1º do art. 2º, que o legislador julgou necessario, ainda depois d'ella estabelecer o estado psychologico, em que actualmente deve achar-se o autor de uma acção contraria á lei penal quanto ao resultado ou ao

¹ Vide o que adiante dizemos sob. o nº 29.

mal d'ella, para ser considerado como criminoso ou delinquente. Esse estado, como elle nos diz no presente artigo, é o de — *má fé*, — e os elementos que o constituem são — *o conhecimento do mal e a intenção de o praticar*.

4. "Que um homem, diz J. Bentham, commetta um delicto sabendo-o e querendo-o, ou sem sabe-lo e quere-lo, o mal immediato é exactamente o mesmo, mas o alarma que d'ahi resulta é mui differente. Aquelle que faz o mal com intenção e conhecimento, pinta-se ao espirito como um homem máo e perigoso. Aquelle que o fez sem intenção ou sem conhecimento não se apresenta como um homem a temer senão em razão de sua inadvertencia ou de sua ignorancia. Esta seguridade publica depois de um delicto isento de má fé, nada tem que admirar... O delinquente não julgou obrar em opposição com a lei. Se elle fez um delicto, é porque não tinha motivo para abster-se d'elle. Mas o crime de um delinquente de má fé é uma causa permanente de mal. Vê-se no que elle fez, o que quer fazer ainda. Sua conducta passada é um prognostico de sua conducta futura... O povo, guiado por um instincto justo, diz quasi sempre que um delinquente de boa fé é mais digno de lastima do que de censura¹."

5. Eis ahi pois, e já bem fundamentado este principio geral director, que segundo Bentham, e segundo o nosso Codigo, deve principalmente guiar-nos em materia de crimes ou delicto:

"Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar." (Art. 3º.)

Entretanto, longe de ser tão facil quanto á primeira vista se poderia suppôr, esse principio salutar offerece pelo contrario, segundo a declaração do proprio Bentham, consideraveis difficuldades em sua applicação. Assim, accrescenta o mesmo publicista, para bem conhecer tudo que constitue os caracteres da *má fé*, é necessario examinar todos

¹ Principios do Cod. Pen., cap. 6º.

os diferentes estados em que a alma póde achar-se no momento da acção, ou em relação á intenção, ou em relação ao conhecimento. E que modificações possíveis no entendimento e na vontade!

6. Não obstante, porém, a dificuldade inherente ao assumpto, mister é que procuremos entrar um pouco na analyse d'esses diferentes estados, e d'essas diferentes modificações que se podem dar nas duas faculdades d'alma — *entendimento e vontade* — em relação aos factos prohibidos pela lei penal. Só assim é que poderemos chegar a comprehender e explicar um pouco satisfactoriamente o art. 3º do nosso Codigo, artigo de um grande alcance, e de um interesse capital.

II

7. Principiando pelo entendimento, "tres são os estados, diz Bentham, em que elle póde achar-se relativamente ás circumstancias de um facto: — *conhecimento, ignorancia, erro ou falsa opinião*. — Sabieis que essa beberagem era um veneno; podieis ignora-lo; podieis acreditar que não faria senão um mal ligeiro, ou que, em certos casos, era um remedio."

Ora nós já vimos que conhecer uma acção era perceber o seu fim e as suas circumstancias; mas como essa percepção nem sempre se apresenta ao espirito com o mesmo gráo de precisão e de clareza, d'ahi vem a distincção, consagrada outr'ora na escola, entre o *voluntario perfeito* e o *voluntario imperfeito*, dando-se aquelle quando se obra sem hesitação ou repugnancia alguma, e com um *pleno conhecimento* do que se faz; e este quando se obra imprudentemente ou com repugnancia, e sem um inteiro conhecimento do que se pratica¹. Assim, vê-se que esta especie de voluntariedade póde ter diversos grãos segundo se obra com mais ou menos repugnancia, com mais ou menos conhecimento ou advertencia. Mas seria possível ao legislador humano distinguir e

¹ Gousset, Theologia Moral, trat. dos act. hum., tomo 1º. cap. 2º.

assignalar todas essas gradações que se podem dar no conhecimento de uma acção, para proporcionar-lhes a pena? Evidentemente não; e eis ahí porque o nosso Código, fazendo entrar n'este artigo o conhecimento do mal, sem qualificação alguma, como um dos elementos da *má fé*, sem a qual ninguém póde ser criminoso, limitou-se apenas a distinguir, por meio da attenuante do § 1º do art. 18, o conhecimento *pleno* d'aquelle que o não é, e opportunamente veremos que n'isto teve razão.

8. É claro com effeito que, não especificando o Código n'este artigo o gráo de conhecimento necessario para se dar a *má fé*, e declarando no § 1º do art. 18, que é circumstancia attenuante — o não ter havido no delinquente *pleno conhecimento* do mal — é claro, dizemos, que o legislador nos leva assim a distinguir o conhecimento elementar da *má fé* em *pleno* e *menos pleno*, e por conseguinte não se póde sem grave inexactidão avançar, como o Dr. Mendes da Cunha nas suas Observações a este artigo (sem duvida por inadvertencia) "que sem *pleno conhecimento* do mal não ha *má fé*, e que esse *pleno conhecimento* é o caracteristico e o horoscopo judiciario da *má fé*¹." Não: para que o delinquente se ache constituido em *má fé*, segundo o nosso código, não é necessario que elle tenha obrado com *pleno* conhecimento do mal; basta que esse conhecimento tenha sido *menos pleno*, porque do contrario a disposição do § 1º do art. 18 seria absurda e inexplicavel em face do art. 3º por tal modo entendido. Quem diz que não ha crime sem *má fé*, e que é uma circumstanda attenuante o não ter havido no delinquente *pleno* conhecimento do mal, diz implicita mas bem claramente, que se póde ser criminoso sem ter obrado com esse pleno conhecimento, e que se deve ser punido pelo tal ou qual conhecimento com que se obrou; diz, em uma

¹ Observações sobre alguns artigos do Cod. Pen., pag. 26 e 27. — A inadvertencia do illustre magistrado torna-se evidente, combinando-se suas observações ao art. 3º com as que faz ao art. 18º, § 1º, onde confessa "comprender, *sem hesitação*, alguma differença para distinguir o pleno do menos pleno conhecimento do mal, já quanto à natureza da acção, já quanto a todas as suas consequencias provaveis ou possiveis," pag. 219 e 226.

palavra, que para haver *má fé* e crime basta um conhecimento *menos pleno* do mal que se faz.

9. Ao conhecimento em qualquer dos seus grãos oppõe-se a *ignorancia* e o *erro*, que são como duas molestias d'alma. A ignorancia é uma privação de ideias ou de conhecimento relativamente a um objecto qualquer. O erro é a não conformidade ou opposição de nossas ideias com a natureza e o estado real das cousas, ou com as qualidades reaes do objecto. O ignorante, como bem diz Rossi, não sabe nada, está privado de todo o conhecimento. O que está em erro pensa saber e acredita, a respeito na materia, outra coisa que a verdade.

Vê-se portanto que ha entre a ignorancia e o erro uma differença real; mas, considerados como principio de nossas acções, um d'esses estados quasi não differe do outro, seguindo ambos as mesmas regras, e sendo os seus effeitos juridicos absolutamente os mesmos. Mas como, segundo observa Savigny, o ponto essencial é a ausencia do conhecimento exacto, da ideia verdadeira, poder-se-hia mesmo não fallar senão da ignorancia, visto exprimir esta palavra, na sua mais alta generalidade, esse estado defeituoso da intelligencia, de que o erro não é mais que uma modificação¹.

10. Os Jurisconsultos e Moralistas costumam distinguir varias especies de ignorancia. Primeiramente, encarada em relação ao seu objecto, a ignorancia póde ser de *facto* ou de *direito*. A ignorancia de direito é a que tem por objecto a disposição da lei ou a sua extensão: é a ignorancia do homem que não sabe se tal coisa é ordenada ou prohibida, v. g., o adulterio, a bigamia. A ignorancia de facto é a que recahe sobre um facto particular ou sobre as suas circumstancias: ella consiste, pois, não em ignorar a existencia da lei, mas em não saber que tal acção é

¹ Trat. de Dir. Rom., tom. 3º, § 115. — Burlamaqui, encarando a coisa por prisma diverso, entende pelo contrario que "na exacta precisão, só o erro propriamente é que póde ser o principio de alguma acção e não a simples ignorancia, que, não sendo em si mesma senão uma privação de ideias, nada poderia produzir." Princip. do Dir. da natur., parte 1ª, cap. 1º, § 11.

contraria á lei: v. g., ignorais se uma certa mulher é casada, e casais-vos por isso com ella.

Considerada em relação á sua origem, a ignorancia póde ser *vencível* ou *invencível*. É *vencível* quando pela acção da vontade e applicação do espirito se póde supperar e remover, applicando os meios que commumente applicam os homens cordatos e prudentes da mesma condição. É *invencível* quando se não póde supperar, ainda empregando os meios ordinarios, attenta a posição do sugeito: "*Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum etiam ejus qui eam rem DILIGENTER inquirendo notam habere posset.*" L. 9^a § 2^o D. *de jur. et fact. ignor.*¹.

11. Como o homem não é capaz de merito ou de demerito senão quando obra voluntariamente, e como elle só póde obrar voluntariamente quando tem conhecimento do que faz, segue-se que a ignorancia *invencível*, suppondo no agente a impossibilidade de adquirir o conhecimento que lhe era necessario, torna a acção *involuntaria*, e por consequencia não criminosa, (art. 2^o § 1^o). — Se a ignorancia invencível não excluísse inteiramente a imputação, se ella deixasse subsistir no acto o character criminoso seguir-se-hia que o legislador (divino ou humano) ordena e exige cousas impossiveis, o que é um absurdo. Por isso, diz Santo Agostinho: "*Non tibi deputatur ad culpam, quod invitus ignoras, sed quod negligis quaerere quae ignoras*²."

Pelo contrario a ignorancia *vencível* suppondo manifestamente uma negligencia n'aquelle que obra, pois a inapplicação da vontade é a causa unica da falta de conhecimento, não impede que seja voluntaria a acção que em consequencia d'ella se pratica, e torna o homem responsavel por tudo que em tal estado faz. Todavia, ainda que justamente se imputem as acções ou omissões filhas da ignorancia

¹ Merlin, Repert. de Jur., vb.º *ignorance*. — Gousset, Theol. mor., etc. — Cons. tambem Rossi, Trat de Dir. Pen., liv. 2º, cap. 14º a 18º incl.

² Do livre arbitrio, liv. 3º, cap. 19º.

vencível, visto como depende do agente o adquirir o conhecimento que lhe falta, é certo que a criminalidade que d'ahi resulta, acha-se sempre consideravelmente atenuada em razão da falta d'esse *pleno* conhecimento, sem o qual a voluntariedade de um acto é necessariamente diminuída: "*Talis ignorancia*, diz S. Thomaz, *diminuit voluntarium, et per consequens peccatum*¹."

III

12. Mas, poderão ser indistinctamente recebidas no Direito Criminal estas distincções ácerca da ignorancia vencível e invencível, quer ella recaia sobre o direito, quer sobre o facto? "*Regula est* (diz a L. 9 § 5 D. de jur. e facti ignor.) *uris quidem ignorantiam cuique noceri, facti vero ignorantiam non nocere.*" E os Jurisconsultos Romanos, procurando explicar essa differença entre as duas especies de ignorancia, dão como motivo ao favor concedido á de facto — que é muitas vezes difficil ou mesmo impossivel evita-la; e como motivo ao desfavor com que é tratada a de direito — a possibilidade e mesmo facilidade que todos tem de aprender directamente as regras do direito, ou de fazer-se instruir ácerca d'ellas por algum Jurisconsulto: *Cum jus fanitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat* (L. 2^a D. do cit. tit.)²."

13. D'ahi veio, pois, a maxima: "*Nemo jus ignorare censetur*," maxima bem conhecida, e em que geralmente se fundam os Jurisconsultos para sustentar que a ignorancia ou erro do direito, qualquer que seja, a ninguem aproveita em materia penal (*error juris nocet*). Mas será esta maxima absoluta inflexivel em todos os casos, e particularmente tratando-se do Direito Criminal?

¹ Sum., 2^o, *quaest.* 76^o. art. 4^o. — Gousset, Theol. Mor., tom. 1^o, Trat. dos act. hum., cap. 3^o, art. 1^o. — Comb. Rossi, Trat. de Dir. Pen, liv 2^o, cap. 18^o e 19^o.

² Os Jurisconsultos Romanos consagraram um titulo inteiro a tratar particularmente da *ignorancia de direito e da de facto*; porém elles a consideram mais como servindo para fazer adquirir, conservar, ou perder algum direito, do que como tendo alguma relação com as acções moraes. Debaixo d'este ultimo ponto de vista tudo quanto dizem reduz-se quasi ao que adiante exporemos sob n^o 16^o. Póde-se ver entretanto Voët. *ad Pandectas*, liv. 22^o, tit. 6^o, que desenvolve bem a materia, e melhor ainda Savigny, Trat. de Dir. Rom., tom. 3^o, § 115^o e app. 8^o.

14. Segundo Dalloz, a ignorancia da lei não póde absolutamente excusar o delicto. “É sobretudo para as materias criminaes, diz esse Jurisconsulto, que o principio *nemo jus ignorare censetur* foi feito. A applicação d'elle não é justa e rigorosa senão na repressão dos delictos, que as mais das vezes seria impossivel punir, se admittissemos a excusa da ignorancia do direito¹.

“Se o acto é voluntario, ensina tambem Rossi, a lei não admite attenuação sob o protexto de que o agente não conheceo a lei que infringio... Não insistiremos sobre os motivos do principio que — a ignorancia de direito não excusa. Elles são mui conhecidos. É possivel em rigor que um cidadão ignore a existencia de uma lei penal. Mas a justiça não poderia admittir a prova d'esse facto sem se abdicar, por assim dizer, a si propria. Os factos são innumeraveis em sua infinita variedade; mas as regras do direito penal são limitadas, e todo homem tem meios de conhece-las, tanto pelo menos quanto é necessario para abster-se do crime: *Cum jus finitum et possit esse et debeat*².”

15. Nós não podemos aceitar uma solução tão severa, tão inflexivel como esta; e pelo contrario entendemos que, se a regra estabelecida ácerca da ignorancia de direito não póde deixar de ter, como todas as outras, suas excepções e temperamentos, nas materias criminaes principalmente é que ella deve ceder ás reclamações da justiça e equidade.

Primeiramente é fôrça confessar que a maxima *nemo jus ignorare censetur* é uma d'essas ficções legaes um pouco violentas, que só a necessidade da manutenção da ordem social póde fazer admiltir em principio. E como, tratando-se de justiça *penal*, querer absolutamente que a ficção tenha sempre todos os effeitos da realidade? Seria isto uma

¹ Jurisp. geral, ou Repert. method., etc., vb.º *excuse*, secç. 3ª, art. 2º, nº 3º.

² Trat. de Dir. Pen., liv. 2º, cap. 22º.

tyrannia que o nosso Codigo repelle com a disposição do presente art. 3º, e com o espirito de humanidade que em todos os mais revela.

É mister portanto entrar aqui em alguma distincção, que aproximando-nos mais da verdade, nos habilite tambem a resolver a questão de um modo mais consentaneo com os principios de justiça e com as fraquezas da humanidade.

16. A legislação romana estabelecia com efeito, segundo vimos, a regra geral de que — a ignorancia de direito prejudica a qualquer, e não assim a ignorancia de facto — mas desde que se tratava de delictos, uma distincção era feita entre as leis penaes que, consagrando o direito natural, revelam-se naturalmente á consciencia do homem (*juris gentium*), e aquellas que são de uma natureza mais positiva (*juris civilis*, no sentido lato). Assim, diz a L. 2º. Cod. *de in jus vocando*: “o filho que chama seu pai a juizo, sem ter para isso obtido licença do pretor, não será isento da multa de cincoenta escudos, por ter ignorado a prohibição, visto que o *direito natural* devia instrui-lo sufficientemente da deferencia e respeito devidos ao autor de seus dias.” E a L. 38 Dig. *ad legem judiam de adulteriis* dispõe igualmente: “que aquelle, que por erro de direito commetteo um incesto com sua madrasta, sua nora, ou filha de sua mulher, soffrerá a pena infligida a esse crime, como se tivesse obrado de má fé.”

Pelo contrario a L. 7 § 4 Dig. *de jurisdictione*, isenta das penas estabelecidas contra os que rasgam ou arrancam editaes, as pessoas que o fazem por simplicidade e falta de conhecimento, *per simplicitatem et rusticitatem*. — A L. 38 § 2 Dig. *ad legem juliam de adulteriis*, excusa a mulher que por ignorancia de direito, commetteo um incesto prohibido sómente *pelas leis civis*. — A L. 15 Dig. *ad legem corneliam de falsis* isenta da pena, aquella que por ordem de sua mãe, e ignorando que a cousa fosse prohibida, escreveo com sua mão um legado que ella lhe deixára em seu testamento.

Assim pois, conforme o Direito Romano, certas pessoas (as mulheres, os menores, os pastranos, os soldados) podiam achar-se na ignorancia do *direito positivo* ou civil, e isto lhes aproveitava; mas ninguem era presumido ignorar o *direito natural*, e ainda os mais simples e os mais grosseiros não eram excusados a este respeito: *Nec in ea re rusticitati venia praebeatur*. L. 2ª Cod. de *in jus vocando*¹.

17. Seguindo os vestigios d'esta jurisprudencia, distinctos e autorisados criminalistas modernos, tratando da ignorancia de direito apresentam nos soluções pouco mais ou menos identicas, distinguindo todos entre os delictos a que chamam *mala in se*, delictos naturaes, delictos *juris gentium*, e aquelles a que chamam *mal prohibita*, ou delictos de convenção².

18. "Quanto á ignorancia de direito, diz entre outros Ortolan, conhecem todos este adagio: *Ninguem é julgado ignorar a lei.*" Se o tomassemos como exprimindo uma presumpção, cahiriamos em grande erro. Uma presumpção é uma especie de consecuencia logica, tirada, por via de inducção do geral para o particular, do que tem lugar commumente para o caso especial de que se trata. Ora, o facto geral será que cada um de nós conhece todas as leis, ou a maior parte das leis do paiz em que vive? Será isto o que tem lugar commumente, ou não será precisamente o contrario? N'esse numero infinito de leis penaes, tanto as que compõem o

¹ Vide Savigny, Trat. de Djr. Rom., tom. 3º, App. ao § 115º nº 20.

² Como adiante se verá, nós não aceitamos de maneira alguma as ideias que estas differentes denominações representam, com os systemas de direito a que ellas se ligam, systemas vindos de Roma, onde na realidade o direito civil era cousa differente, e até muitas vezes opposta ao direito natural, o que tornava necessario o officio do Pretor para fazer triumphar a *equidade*!

Entretanto, é partindo d'essas ideias e systemas, que Rauter, por exemplo, tratando da questão, exprime-se n'estes termos: "A lei penal é julgada conhecida pelo facto de sua publicação... Quanto ao mais, se o accusado, em razão de sua posição ou de seu estado particular, não se aproveitou da instrucção commum derramada no povo, e se se trata de um delicto puramente de convenção, a ignorancia da lei que creou esse delicto, póde entrar em consideração na apreciação da imputabilidade, e o Juiz póde perguntar a si mesmo, se o accusado, commettendo a acção, obrou com discernimento, isto é, com conhecimento de causa." Trat. theor. e prat. de Dir. Crim., tom. 1º, nº 61.

No mesmo sentido, e quasi *in terminis*, com os Romanos, pronuncia-se Merlin, Repert. de Jurispr., vbº *ignorance*, e outros Jurisconsultos mais.

Código, como as que, em quantidade muito maior, acham-se fóra d'elle, haverá alguém que possa dizer, mesmo entre aquelles, cuja profissão é estudá-las e applicá-las, que as conhece todas, ou quasi todas? Um viajante estrangeiro, no momento em que passa a fronteira de um Estado, acha-se de repente illuminado e instruído em todas as leis penaes d'esse Estado, as quaes tornam-se-lhe immediatamente applicaveis, e essa illumination renova-se de legislação em legislação, á medida que elle passa de paiz a paiz? Não certamente. O que significa pois o nosso adagio? Nada mais senão este facto, — que uma vez publicada a lei, e decorrido um certo praso sufficiente para que cada um esteja em estado de conhecê-la, ou de fazer-se instruir d'ella no caso de necessidade, quer a conheça, quer não, ser-lhe-ha ella applicada. Ora, como justificar uma semelhante maneira de obrar no que respeita ao direito penal? Ahi está a questão.

“Se se trata de crimes ou de delictos de direito geral, continua Ortolan, que são taes em todos os tempos e por todos os paizes, a razão que está em cada um de nós, é bastante para nos fazer conhecer a criminalidade delles, e para tornar o castigo merecido. Que necessidade ha, para que haja justiça em punir o autor de um homicidio, de um furto, de um incendio, de demonstrar que elle conhecia o texto legislativo applicavel ao crime que commetteo, e a pena comminada por esse texto? A necessidade de uma lei prévia tem um motivo principal, o de evitar o arbitrio; quanto ao conhecimento, basta que tenha sido possivel a cada um adquiri-lo.

“Se se trata d'esses factos que não tem senão uma criminalidade local, que podem ser prohibidos em um paiz ou em um tempo, e não em outro, porque dependem de interesses, de situações, de usos particulares, factos cuja criminalidade, emquanto ao mais, nunca é muito elevada na escala penal, e que se classificam pela maior parte no

numero dos delictos não intencionaes¹, cumpre a cada um informar-se, e fazer-se instruir do que é permittido, quando se achar em alguma das circumstancias a que essas leis particulares são applicaveis. Não se póde negar que aqui a ignorancia da lei, se essa ignorancia vem de um estrangeiro, de alguem que estava difficilmente em estado de ser informado da prohibição ou da prescripção, não possa em certos casos ser um motivo de attenuação; mas nós acreditamos que são gradações estas de criminalidade individual, apreciaveis somente pelo Juiz, nos limites que a lei póde deixar-lhe para graduar a pena².”

19. De bom grado aceitaríamos esta solução do illustre criminalista francez, se a não julgassemos pouco conforme ás premissas tão bellas e tão verdadeiras por elle mesmo estabelecidas. Se, attento o numero infinito das leis penaes, ninguem póde dizer que as conhece todas, nem mesmo aquelles que se occupam de estuda-las; se o estrangeiro viajante, ao passar as fronteiras de um Estado, não fica por esse facto illuminado e repentinamente instruido das suas leis; como não admittir que a ignorancia de direito possa aproveitar a um rustico, por exemplo, ou a um estrangeiro até o ponto de dirimir-lhe a criminalidade, quando se tratar de factos que não tem senão uma criminalidade local,

¹ Convém acautelarmos contra estas expressões viciosas, de que usam os criminalistas e philosophos francezes: *delictos não intencionaes*, *delictos involuntarios*. — Carecendo de exactidão philosophica, ellas poderiam induzir-nos a erros quanto á intelligencia do nosso Codigo, que mesmo litteralmente as repelle.

“Tenho visto muitos philosophos, diz Oudot com relação a este ponto, esquecerem-se de assignalar o mal moral da negligencia, e não verem desobediencia (à lei) senão na intenção (directa) de fazer mal. Elles mesmos tornam-se por isso culpados de uma grande negligencia scientifica... Mas abri todos os Codigos das nações civilisadas; e acharei sujeito a perdas e damnos e à prisão o imprudente dotado de discernimento, que causa a morte brincando com uma arma de fogo, que não julga carregada. A razão pratica, n'esta disposição e em mil outras, tem directamente contraditado a eloquente obra de M. Cousin (*Le vrai, le beau, le bien*, 14 leç.), onde lamentamos ler: *Porque não ha pena para os delictos involuntarios?* É que por isso mesmo elles não são considerados delictos.” — Oudot, *Consciencia e Sciencia do Dever*, part. 3^a, liv. 4^o.

Mas se nos Codigos das nações civilisadas ha effectivamente pena de prisão contra o homicidio filho de imprudencia, e outros crimes mais, como bem observa Oudot, é porque sem duvida tem-se visto ahi alguma intenção, alguma vontade, que sirva de fundamento á moralidade do acto e á imputação. Logo, faltando com precisão, não ha delictos não intencionaes ou delictos involuntarios, como muitas vezes se encontra nos criminalistas francezes. Vide o n^o 26

² Elem. de Dir. Pen., n^o 388.

podendo ser prohibidos em um tempo e não em outro, n'este, e não n'aquelle paiz? A justiça, e sobretudo a justiça penal não admite transacções, nem se accomoda com meios termos; ella deve ser estricta, e para isto é mister que a presumpção ceda á verdade, quando a verdade puder ser conhecida e provada¹.

Refere Cicero que havia em certa parte uma lei prohibindo que se sacrificasse um bezerro a Diana. Alguns marinheiros, apossados por furiosa tempestade, fizeram voto, se chegassem a um porto que já descobriam, de sacrificar um bezerro á divindade que ahi fosse adorada. Infelizmente o unico templo que havia n'esse porto era consagrado a Diana. Apenas desembarcados, os marinheiros, ignorando a lei, deram-se pressa em immolar um bezerro á deosa, afim de cumprirem o seu voto; e ei-los logo accusados e perseguidos². Mas não será esta justiça propria sómente de um paganismo estúpido e feroz? O que importa a publicação de uma lei, e mesmo a sua existencia por muitos annos, se de facto ella póde ser involuntariamente ignorada por alguem em certas circumstancias?

20. "Posto que ninguem, diz Guyot, seja presumido ignorar o que é prohibido pela lei, é necessario todavia convir em que, de facto, encontram-se muitas pessoas grosseiras, mui longe de saber tudo quanto a lei civil prohibe. Aos Juizes cumpre entrar em algum exame a este respeito, e usar de mais ou menos indulgencia, conforme parecer mais ou menos que o accusado ignorava ou não ignorava a lei, e segundo a lei mesma se desviar mais ou menos, nas cousas que condemna, da lei natural... Se a boa fé (que é o effeito da ignorancia) não fosse capaz de servir de escusa em muitos casos, não haveria quasi occasião em que não

¹ Em seu *Tratado da personalidade e da realidade dos estatutos*, Boullenois pretende até, que a ignorancia dos estatutos e regulamentos de policia é *presumida involuntaria*, e consequentemente digna de escusa em um estrangeiro chegado de novo a uma communa; e que sómente depois de um certo tempo, é que elle não differe, a esse respeito, do cidadão. Porém é ir um pouco mais longe do que exige a justiça. Em nosso entender basta que sendo sempre a presumpção de conhecimento da lei contra o infractor, dê-se-lhe todavia lugar á prova em contrario, etc.

² *Da Invenção*, liv. 2º, cap. 21º.

se pudesse vexar os cidadãos. Ha mil cousas que são prohibidas, e que muitos julgam todavia permittidas, ou que praticam diariamente sem suspeitar que offendem nenhuma lei a esse respeito. Mas como as penas são sómente contra os verdadeiros criminosos, e não ha crime onde não ha intenção de o commetter, a boa fé do accusado, é uma salva-guarda segura para elle, contra os rigores da lei: *In maleficiis voluntas expectatur non exitus*¹."

"A ignorancia ou o erro em materia de leis e de deveres, diz ainda Burlamaqui, passa em geral por voluntaria, e não impede a imputação das acções ou omissões que são consequencias d'ella. Mas póde haver casos particulares, nos quaes a natureza da cousa que se acha por si mesma de uma discussão difficil, junta ao character e ao estado da pessoa, cujas faculdades naturalmente acanhadas careceram ainda de cultura por uma falta de educação e de soccorros, póde tornar o erro insuperavel, e por consequencia digno de escusa. Cumpre á prudencia do legislador pesar essas circumstancias e modificar a imputação na razão d'ellas²."

21. Desenvolvendo e completando esta doutrina, sem duvida alguma mais humana e mais christã, os theologos e moralistas catholicos ensinam tambem, que — a ignorancia invencivel, ou seja de direito ou de facto torna nossas acções involuntarias, e innocentes aos olhos de Deos. Só se póde merecer ou desmerecer, diz o sabio Gousset, por um acto livre; um acto não póde ser livre senão quando é voluntario; elle não póde ser voluntario senão quando é feito com conhecimento, o que não poderia ter lugar no caso de uma ignorancia invencivel. Isto é verdade, accrescenta o veneravel Prelado, mesmo quanto á ignorancia em materia de direito natural, como o decidio o Papa Alexandre VIII condemnando esta proposição: — *Tametsi detur ignorantia invencibilis juris naturae,*

¹ Repert. de Jurisp., vb^o *excuse*. — Infelizmente Guyot partilha o erro de que a lei natural é a unica, sobre que não se póde allegar ignorancia escusavel.

² Princip. de Dir. da Natur., parte 2^a, cap. 10^o, § 4.

*haec in statu naturae lapsae operantem ex ipsa non excusat a peccato mortali*¹."

22. Póde-se, pois, ignorar alguns pontos da lei natural? Sem duvida, respondemos ainda com as mesmas autoridades: nem todos os homens tem o mesmo conhecimento da lei natural; esse conhecimento é mais ou menos perfeito, mais ou menos vasto, segundo se tem mais ou menos capacidade, mais ou menos instrução. Diz-se, é verdade, que essa lei acha-se gravada nos corações; mas é necessario saber ler-lhe os caracteres, e isto não é sempre facil nem mesmo possivel, humanamente fallando. "As paixões, os prejuizos de nascimento, os habitos inveterados perturbam a vista, e então não se vê mais nada... A lei natural é evidente nos primeiros principios; mas é facil enganar-se nas consequencias, o que tem acontecido aos homens aliás mais esclarecidos²."

Mas póde esta ignorancia ser completa e invencivel? Aqui distinguem sabiamente os theologos e moralistas entre os primeiros principios da lei natural, as consequencias proximas que d'elles se deduzem immediatamente, e as consequencias remotas, cuja relação com os principios de que decorrem, só difficilmente póde ser comprehendida. Todo aquelle que tem uso de razão, por pouco desenvolvidas que sejam suas faculdades intellectuaes, não póde ignorar invencivelmente os primeiros principios da lei natural, nem, geralmente, as consequencias proximas que d'elles derivam. Essas verdades primarias e fundamentaes, evidentes em si, acham-se ao alcance de todos, e encontram-se por toda a parte; o homem as aprende na pratica da vida, assim como descobre os primeiros principios da logica, quando põe-se a raciocinar. Quanto porém, ás consequencias remotas, bem póde o homem achar-se a respeito d'ellas em uma ignorancia invencivel, que o isente inteiramente da culpa; e a prova d'isto é que, a cada passo, encontramos divergencias e controversias ácerca de muitas d'essas consequencias entre os proprios

¹ Theol. Mor., trat. dos act. hum., cap. 3º, art. 1º.

² Bergier, *Diction de Theol.*, vbº *loi natur*.

escriptores¹. Sustentar o contrario, é pretender que todos os homens podem adquirir os mesmos conhecimentos em moral, o mesmo gráo de sciencia ácerca de tudo que pertence ao direito natural, é pretender o impossivel. "*Unanimis theologorum sententia, diz S. Affonso de Liguori, est, in conclusionibus mediatis et obscuris seu remotis a principiis utique dari et admitti debere ignorantiam invencibilem*"²."

23. Para nós que não admittimos differença alguma essencial entre o direito natural e o direito positivo, e que pelo contrario reconhecemos a identidade dos objectos de ambos, não sendo o direito natural mais que o ideal supremo de que o direito positivo deve ser em todos os pontos a traducção intelligente e a realisação pratica segundo os tempos e os lugares, para nós que não admittimos tambem o famoso systema das leis naturaes gravadas no fundo dos corações de modo que não haja necessidade de nenhuma instrucção para que o homem possa conhecer os seus deveres³, a soluçãõ da grave questãõ que nos occupa não póde, in terminis, ser outra senãõ a dos theologos e moralistas catholicos, como ahi fica expendida, e que segundo vê o leitor, é em substancia a mesma dos Jurisconsultos em ultimo lugar citados.

Entendemos pois, que, se se trata das infracções d'aquelles artigos da lei penal, em que são consagrados os primeiros principios da lei natural, ou suas consequencias immediatas (v. g., não matar, não furtar, etc.), infracções que constituem, segundo a phrase ajustada de Ortolan, delictos de direito geral, por serem taes em todos os tempos, e em todos os paizes, não póde a ignorancia de direito ser admittida como *invencivel*,

¹ Que divergencia com effeito na exposiçãõ das doutrinas sobre a lei natural e seus preceitos! E se, á vista d'isto, não se póde deixar de admittir o erro de boa fé no dominio da especulaçãõ pura, como não admitti-lo tambem no dominio da acção ou da pratica? Cumberland, pelo menos, confessava francamente: "*Verum mihi certe non obvenit tanta felicitas, ut tanto compendio ad legum naturalium notitiam pervenirem.*" De legib. natur., prolegom.

² Gousset, Theol. Moral., trat. das leis, cap. 2º, e Boutain, Philosoph. das leis sob o ponto de vista christão, cap. 4º.

³ Vide a solida e completa refutaçãõ d'este systema em Bonald, Legisl. primit., introd., e Oudot, Consc. e Scienc. do Dever, parte 3ª, liv. 5º, tit. 1º, cap. 1º.

e por conseguinte como exclusiva da imputação ou da criminalidade; mas poderá sê-lo como *vencível*, e conseguintemente como circunstancia atenuante, ainda que só mui raras vezes, ou em casos extraordinarios. Pelo contrario, se se trata das infracções d'aquelles artigos da lei penal, onde são consagradas as consequencias mediatas ou remotas dos primeiros principios da lei natural (v. g., não usar de certas armas, não jogar taes e taes jogos, etc.), infracções que não tem, por assim dizer, senão uma criminalidade local, e que, em contraposição ás primeiras, podem chamar-se delictos de *direito particular*, visto como não são de todos os tempos, nem de todos os lugares, então a ignorancia da lei penal, póde ser mais facilmente admittida, já como causa exclusiva da imputação ou da criminalidade, se se provar que foi *invencível*, e já como circunstancia atenuante sómente, se não tiver sido mais que *vencível*.

Em uma palavra, a maxima — *nemo jus ignorare censetur* — não póde razoavelmente significar outra cousa senão o que dizem os seus termos, e vem a ser — que ninguem é presumido ignorar a lei; mas d'ella não resulta que, quando essa ignorancia for provada, não deva fazer desaparecer a criminalidade, ou attenua-la, conforme for invencível ou vencível, pela grande regra de que — as presumpções, quando expressamente não são declaradas *juris et de jure* pela mesma lei, admittem prova em contrario, e devem ceder á verdade provada¹.

24. Em nosso Codigo nada ha que se opponha a tão justa solução. Antes pelo contrario, exigindo elle indistinctamente, no presente

¹ Vide n'este sentido Le Sellyer, *Trat. de Dir. Crim.*, tom. 1º, nº 115 e 116. — Concorde tambem Mello Freire, *Inst. de Dir. Crim.*, tit. 1º, § 6, nº 2, citando a Heinecio, *Dir. Natur.*, liv. 1º, cap. 4º, § 106.

Fallando do principio que não admittre a ignorancia de direito, o Dr. Mendes da Cunha em suas *Observações*, p. 220, 1) pondera que, em materia penal, elle deve ser applicado com um escrupulo digno da influencia superior, que a moral deve exercer em todas as acções humanas para quaesquer effeitos legaes. Se a necessidade, diz o illustre Magistrado, o erigio em uma presumpção legitima, uma boa legislação deve prevenir as reservas e as limitações que a humanidade aconselha. — Infelizmente o Dr. Mendes, desconhecendo o alcance do art. 3º do Cod., a sabedoria e a humanidade do legislador brasileiro ao formula-lo, entende que só "na circumstancia do § 1º do art. 18 se encontra um correctivo legal a uma applicação rigorosa d'aquelle principio! — É a verdade incompleta e mutilada por uma logica meticulosa, e por isso defectivel.

art. 5º, o conhecimento do mal para que alguém seja reputado criminoso, não nos diz, nem em parte alguma nos dá a entender que esse conhecimento, quando versar sobre as suas proibições, deva entrar na ordem das presumpções *juris et de jure*, de maneira que não admitia prova em contrario. Não: o Código Brasileiro quer que o conhecimento do mal pelo delinquente seja em regra uma realidade, e jamais uma ficção, porque só assim é que a pena pôde assentar sobre a justiça e a equidade. E a doutrina por nós professada não é, em verdade senão uma deducção logica do principio geral director consagrado em seu art. 3º.

Nem se diga que esta doutrina importa a abdicação da justiça social a si propria, como pretende Rossi. — *Fiat justitia ne pereat mundus* — Não é além d'isto um axioma admittido por todos — que mais vale deixar impune o delicto de um perverso, do que condemnar um innocente, por quanto *magis detrimentum capit respublica, si quisquam innocens damnetur, quam si nocens absolvatur?* Pois bem; só a nossa doutrina é conforme, só ella é fiel a estes grandes principios, a estas maximas salutare.

Aos jurados cumpre serem tão escrupulosos e difficeis de contentar n'esta materia, quanto o exigem a segurança individual e a publica tranquillidade¹.

¹ O Cod. Pen. de Baviera, o mais completo e philosophico da Europa, e o unico talvez que pôde correr parellas, senão levar vantagem ao nosso, dispõe sobre este ponto o seguinte: "Aquelle que, senão accusado de uma acção declarada criminosa pelo presente Codigo, pretender ter ignorado a disposição da lei penal, não será admittido a apresentar esta defesa, senão quando ella for *baseada sobre imbecillidade, estupidez grosseira, ou outros vicios da intelligencia.*" (Art. 71.) E o Commentario official feito a esse Codigo diz, que o projecto accrescentava ainda estas palavras — ou sobre falta completa de educação e de instrucção —; mas que ellas foram supprimidas, porque consideraram que o *desenvolvimento da instrucção publica* na Baviera não permittia admittir-se semelhante hypothese, e porque demais *ella entrava na precedente.* Vide Vatel, Cod. Pen. de Bav., trad.

O Cod. da Prussia tambem expressamente admite a escusa proveniente da ignorancia das leis penaes que prohibem actos d'antes permittidos ou tolerados. (Arts. 16 e 17.)

Nada ha, pois, de novo ou de extraordinario na doutrina que decorre do art. 3º do nosso Codigo, onde sem duvida o legislador brasileiro, em sua sabedoria, consultou a situação do nosso paiz ainda inculto, ou, se quizerem grandemente atrazado em materia de instrucção publica.

24 *bis*. Convém por fim notar, antes de passar a outro assumpto, que a expressão — ignorancia de direito — (*juris ignorantia*), encarada debaixo do ponto de vista que nos occupa offerece dous sentidos differentes, pois que ella póde referir-se tanto á culpabilidade do acto em si, como á ignorancia da lei penal, podendo o agente conhecer esta, e todavia por um erro de direito enganar-se sobre a culpabilidade do seu acto. Assim, por exemplo, o usufructuario de uma escrava que se apossa dos filhos d'ella, julgando que por direito lhe pertencem; ou o individuo que, por ignorancia do direito, julgando-se herdeiro de outro, apossa-se dos bens da herança, conhecem ambos a existencia da lei penal que prohibe o furto, mas por um erro de direito (direito civil no sentido estricto) enganam-se sobre a culpabilidade dos seus actos. Ora, tomada no primeiro sentido, que é o indicado nas hypotheses figuradas, nunca ninguem contestou, nem é licito duvidar, que a — ignorancia de direito possa servir ao accusado de escusa completa, ou de circumstancia attenuante sómente, conforme for vencivel ou invencivel, attenta a posição do sujeito¹.

IV

25. Temos tratado do primeiro elemento da *má fé*, que é o *conhecimento do mal*; resta-nos agora dizer alguma coisa ácerca do segundo, que é a *intenção de o praticar*. E bom é notar desde já que, emquanto a intenção suppõe o conhecimento, não sendo possivel querer o absolutamente desconhecido, o conhecimento pelo contrario não suppõe a intenção. Assim, eu posso conhecer o mal de uma acção, e coagido pratica-la; em tal caso a *má fé* não existe porque falta-lhe o elemento da intenção, que não se me póde attribuir, pois eu queria coisa diversa da que fiz².

¹ Vide Savigny, Trat. de Dir. Rom., tom. 3º append. 8º, nº 20. — Segundo o douto Jurisconsulto e romanista allemão, esta dupla accepção da *juris ignorantia* serve para se conciliarem muitas contradicções apparentes dos textos relativos a esta materia.

² É o caso previsto pelo art. 10, § 3º do Cod.

26. A intenção em geral é a tendência ou direcção da vontade para um certo fim que ella tem em vista — *ad quod intendit*; em Direito Criminal, porém, podemos dizer com Ortolan, que a intenção — é o facto de dirigir ou encaminhar a acção ou omissão para a producção do resultado prejudicial que constitue o delicto.

Ora, como a vontade ou póde dirigir-se directamente e sem intermediario ao facto criminoso prohibido pela lei, ou ainda a um facto, que não sendo prohibido, é todavia de natureza tal que bem se podia prever n'elle o perigo da existencia de outro facto criminoso, d'ahi vem a distincção entre o voluntario *directo* e o voluntario *indirecto*, ou segundo a terminologia de L. Zuppeta, entre o facto livre *doloso* e o facto livre *culposo*, distincção que tambem podemos dizer aceita pelo nosso Codigo, quando exigindo a *intenção* de praticar o mal como um dos elementos da má fé, declara no § 1º do art. 18, que é uma circumstancia attenuante — o não ter havido no delinquente *directa intenção* de praticar o mal; o que sem duvida importa o mesmo que declarar como sufficiente para a existencia da má fé, e consequentemente do delicto, uma *intenção indirecta*¹.

Entretanto, como a vontade em todas as suas direcções tem o entendimento por guia, podendo-se assegurar que o querer é

¹ Os theologos e moralistas não estão entre si de accordo no caracterisar o voluntario indirecto. Pretendem uns que, para o effeito ser indirectamente voluntario, e como tal imputado, é necessario que se tenha previsto de uma maneira *ao menos confusa*, que tal effeito devia seguir-se do acto que em si mesmo é voluntario: — outros pelo contrario julgam que, para se responder pelos effeitos de uma acção, não é necessario que se tenha realmente previsto, nem mesmo suspeitado o que aconteceo. — A primeira d'estas opiniões nos parece inadmissivel no fóro externo, pela difficuldade pratica a que conduz. Como reconhecer-se que o agente *realmente* previo *saltem in confuso* o effeito nocivo e criminoso do seu acto? A segunda só póde ser razoavelmente aceita sob a condição de que o acto seja tal, que autorise a presumpção de algum conhecimento contra o agente, de maneira que — o saber e o dever saber — possam tornar-se equivalentes aos olhos da lei, como na hypothese do art. 6, § 1º do Cod. Nós diremos, pois, com Pestel: "não é necessario que, no tempo da determinação ou da acção, o homem tenha previsto as consequencias boas ou más d'ella, ou que depois de as ter considerado com vagar, as tenha pesado. Basta que elle tenha podido fazer todas estas cousas. Elle é responsavel quando pode conhecer o que podia impedi-lo de enganar-se." *Fundamenta justitiae natur.*, parte 2º, secç. 7º, nº 284; Comb. Zuppeta, Liç. de Metaphysica da scien. das leis pen., liç 18; e Filangieri, Scienza da legislacão, liv. 3º, parte 2ª, cap. 13.

proporcionado ao conhecer, d'ahi resulta que de ordinario se confundem o voluntario *perfeito* com o voluntario *directo*, e o voluntario *imperfeito* com o voluntario *indirecto*, confusão que nos parece mesmo indicada pela redacção do § 1º do art. 18, onde se liga a ausencia do *pleno conhecimento* á ausencia da *intenção directa*, como condições para se dar a atenuação do crime.

27. Da distincção entre o voluntario *perfeito e imperfeito*, e o voluntario *directo e indirecto* resulta ainda a distincção entre o *dolo* e a *culpa*, entre o delicto verdadeiro e o *quasi delicto*, segundo os interpretes do Direito Romano e os antigos criminalistas; distincções cujo conhecimento nos póde servir para a boa intelligencia do presente artigo combinado com o § 1º do art. 18.

O dolo suppõe no delinquente o pleno conhecimento do mal e a directa intenção de o praticar: *Dolus cum adest laedendi animus vel propositum*; a culpa suppõe um conhecimento menos pleno e uma intenção indirecta; *Culpa, factum inconsultum quo alteri nocetur*. O delicto verdadeiro é o que é filho do *dolo*, o *quasi delicto* é o que resulta da *culpa*. O Direito Romano não definia este ultimo, mas dava d'elle por meio de exemplos uma ideia sufficientemente clara. Era todo o facto pelo qual alguém, sem malignidade, mas por negligencia ou imprudencia causava algum damno a outro: *Factum illicitum, sola culpa, sine dolo malo admissum* (Heinecio).

28. O nosso Codigo, ainda que pune os factos contrarios á lei penal, quando resultam da culpa, como demonstraremos mais largamente tratando do § 1º do art. 18, desconhece todavia essas denominações de — *delictos verdadeiros e quasi delictos* —; para elle toda a acção ou omissão contraria á lei penal é um verdadeiro delicto, ou seja o resultado do dolo ou da culpa; e no mesmo caso estão quasi todos os Codigos modernos. Entretanto, fazendo esta observação, não temos por menos verdade, que o essencial para nós é entendermos as *cousas*; e estas são

substancialmente as mesmas em todas as legislações criminaes dos povos civilizados, pois que todas punem, em maior ou menor escala, os crimes provenientes não só do proposito deliberado de offender, ou do *dolo*, mas também da imprudencia ou negligencia, isto é, da culpa¹.

Assim pois, é claro que a *má fé*, com a definição que lhe dá o nosso artigo, comprehende tanto o dolo máo, como a culpa; e por conseguinte, resumindo quanto até aqui temos dito ácerca do art. 3º, sempre combinado com o § 1º do art. 18, podemos concluir reproduzindo a sua disposição sob esta fórmula mais conhecida talvez: — que não póde ser criminoso aquelle que não é capaz de dolo ou de culpa; *Qui doli vel culpae non est capax, crimen committere nequit*.

29. O conhecimento e a intenção, que o Codigo exige como elementos da má fé, sem a qual não ha criminoso ou delinquente, devem estender-se não só á acção criminosa, mas também a todas as circumstancias accessorias, de que por ventura possa ella compor-se, e em razão das quaes a lei agrava a pena. Sem isto, diz mui bem Rauter, não se póde imputar ao delinquente senão o delicto existente, abstrahindo-o d'aquellas circumstancias accessorias. Assim por exemplo, o assassino que matou sem saber que a victima era seu pai, não póde ser punido com as penas do parricidio².

30. Resulta também da natureza da intenção, exigida como elemento da *má fé*, que ella deve ter acompanhado a acção criminosa no momento mesmo em que for praticada; de maneira que, sobrevindo depois de praticada a acção, deixa de existir o delicto. Assim, diz ainda o citado criminalista, aquelle que, tendo premeditado o homicidio de outro, o mata por acaso e sem o conhecer, não é criminoso de homicidio, ainda

¹ A imputabilidade das acções provenientes d'esta fonte, tem o seu fundamento na necessidade que todos temos, e no dever que corre a cada um de portar-se com circumspecção na sociedade, sendo attento sobre si e sobre os outros. A vida social, como bem disse d'Holbach, é um acto religioso em que todo o homem deve dizer a si proprio: *Sois à ce que tu fais!* Mor. Univ., secç. 3ª, cap. 12. Vide a nota ao nº 18.

² Trat. theor e prat. de Dir. Crim., tom. 1º, nº 63.

que, depois de haver reconhecido o morto, mutila o cadáver como tinha resolvido fazer meditando o seu projecto de assassinato¹.

31. Pouco importa, porém, que o facto material e a intenção criminosa recaiam sobre a mesma pessoa que o agente tinha em vistas, ou sobre outra qualquer. Assim, a vontade de matar é suficiente para constituir o homicídio, ainda que a pessoa morta não seja a mesma a quem o agente queria dar a morte; e nem o erro ácerca da pessoa da victima, póde autorisar sequer o delinquente a invocar a attenuante do § 1º do art. 18. O contrario d'isto seria restringir os termos da lei, e distinguir onde ella não distingue, sendo aliás certo que em parte alguma se exige uma relação directa entre a vontade de matar e a victima, para que o homicídio se considere como plenamente voluntario. Poder-se-hia até sustentar, que a criminalidade do agente em semelhante caso aggravase na razão do impeto para o crime, que uma tal acção suppõe, e do perigo que elle accarreta á sociedade: póde-se tomar precauções, diz justamente F. Hellie, contra um homem cujos sentimentos de vingança se suspeitam, mas não se póde tomar nenhuma contra os golpes de um furioso².

32. Segundo Ortolan é um problema de solução mui delicada em direito penal, o saber-se como se deverá medir a culpabilidade nos delictos, cujas consequencias houverem excedido a intenção do delinquente: por exemplo, querendo sómente ferir, o agente matou, porque mais de uma vez, como diz Loysel, — tal que cuida ferir, mata. Deverá n'este caso ser o delinquente punido por essas consequencias, absolutamente como se as tivesse tido em mente? Ou deverão ellas entrar

¹ Trat. theor. e prat. de Dir. Crim., tom. 1º, nº 61. — Para imputar a um ser um facto como obra sua, não basta que elle seja por natureza intelligente e livre. É necessario que tenha sido intelligente e livre especialmente *no momento em que commetteo o facto*. Oudot.

² Da Interpretação da lei pen., Rev. Crit. de legisl., 4, 1854. Alguns criminalistas antigos (Menochio e Carrerio) ensinavam pelo contrario que o homicídio era accidental, e não voluntario, quando a intenção de matar, em consequencia de um erro, não recaia sobre a victima escolhida. Mas esta doutrina deploravel tem sido repellida pelos autores modernos, e pela jurisprudencia dos Tribunaes.

no calculo da culpabilidade a titulo de culposas? Ou não deverão entrar absolutamente?

Eis aqui como o mesmo criminalista resolve a questão: “Tomaremos por ponto de partida, diz elle, e sómente como premissas do nosso raciocinio esta verdade incontestavel, que se a consequencia era necessaria, inevitavel segundo a lei physica dos factos, e evidente aos olhos do agente, este deve ser punido como tendo-a tido em vistas pois que nega-lo seria de sua parte uma sem razão, uma subtileza: assim como se, tendo cortado a cabeça a alguem, ou tendo-lhe arrancado o coração, elle pretendesse não ter querido dar-lhe a morte. Mas póde succeder que, ou a primeira d’essas condições — o character inevitavel — ou a segunda — o character de evidencia — faltem, e é sómente então que se concebe a possibilidade do agente invocar uma ausencia de intenção quanto á consequencia que teve lugar; então sómente é que a duvida se levanta.”

Ora, a este respeito Ortolan entende que, se a consequencia, não sendo necessaria e inevitavel, é todavia usual e entra na ordem commum dos factos, de maneira que seria um feliz acaso se ella deixasse de realizar-se, o agente deve ser punido como tendo-a tido em vistas, não sendo admittido a negar sua intenção a este respeito. Se pelo contrario a probabilidade era em sentido inverso, se habitualmente o facto commettido não accarretava tão desgraçadas consequencias como se se trata de pancadas ou de ferimentos, ou da administração de substancias, que occasionaram a morte, não occasionando de ordinario senão um prejuizo menos grave; — ou ainda, se a consequencia não sendo evidente aos olhos do agente, póde ser por elle razoavelmente ignorada ou não percebida; — em ambas estas hypotheses é impossivel fazer entrar com justiça essas consequencias na medida da culpabilidade, como se o agente

as houvesse tido em vistas; mas ellas devem entrar a *titulo de culpabilidade não intencional*¹."

33. Pela nossa parte, estamos longe de partilhar o sentimento de Ortolan; e nem os principios recebidos pelo legislador brasileiro autorizam essas distincções de difficil apreciação, a que elle se soccorre. Para nós não ha outra distincção a fazer senão a que resulta da combinação do art. 3º com o § 1º do art. 18, e vem a ser entre o voluntario perfeito ou imperfeito, directo ou indirecto, nos termos em que acima os definimos. Por conseguinte, sempre que se não der a respeito das consequencias de um acto, embora já criminoso em si, o pleno conhecimento e a directa intenção, não se póde faze-las entrar com justiça na medida da culpabilidade do agente como se absolutamente as houvesse tido em vistas, mas sómente a titulo de *culposas*, devendo-se reconhecer a favor do delinquente a circumstancia attenuante do § 1 do art. 18, a menos que a lei (entenda-se bem) tenha especialmente previsto o caso, como no art. 194 do nosso Codigo, onde não ha lugar a declaração de semelhante attenuante, por ter já entrado no calculo da pena a morte superveniente, sem que aliás o mal causado fosse mortal².

V

34. Póde-se perguntar agora, se a *boa intenção* e a *boa fé* não poderão ser admittidos como escusas peremptorias do crime, e é uma questão que por sua gravidade deve encontrar aqui a conveniente solução.

¹ Vide Elem. de Dir. Pen., nºs 389 a 393.

² O Direito Romano, para o qual se inclina Ortolan, era n'este ponto de uma severidade excessiva, como se vê na L. 38 § 5 D. *de paenis*; "*Qui abortionis*, diz o Jurisconsulto Paulo, *aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciunt, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quodsi eo mulier, aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.*" Mas é um rigor que nada justifica. A jurisprudencia em Athenas pendia para o extremo opposto, segundo se collige do exemplo allegado por Aristoteles, de uma mulher que dera ao seu amante uma *bebida amorosa*, de que elle morreo. Tendo sido presa essa mulher, os Juizes do Areopago a declararam innocente, porque ella tinha feito isso sem pensar. Ethic. Nic. liv. 5º, cap. 10.

A *boa intenção*, segundo a define Le Sellyer, é a vista louvável, pela qual alguém se dirige, o fim para o qual se tende por uma vontade que deseja o bem: — a *boa fé*, a opinião que se tinha da legitimidade da acção commettida. Esta differe da ignorancia, diz o mesmo autor, assim como o effeito differe da causa, e da boa intenção, em que é independente do fim que o individuo se propõe¹.

Ora, sendo assim, está claro que a solução da questão de criminalidade nos casos de *boa fé*, dependendo dos mesmos principios que acima expendemos ácerca da ignorancia de facto ou de direito, necessariamente deve de ser identica áquella que tambem por nós foi acceita e fundamentada tratando da ignorancia mesma. Não ha, pois, necessidade de voltar ao assumpto, sendo de facil applicação ao effeito aquillo que dissemos da causa².

35. Quanto á *boa intenção*, se ella não coincidir com a boa fé, ou, em outros termos, se não for o resultado da ignorancia de facto ou de direito, concernente a acção praticada, então a solução não póde ser a mesma, senão contraria. “Mais de um delicto, diz justamente Rauter, tem sido commettido com boas intenções; os delictos politicos offerecem d’isto innumerous exemplos; houve até assassinos que deram a morte para subtrahirem ás miserias d’esta vida aquelle a quem matavam, e para lhe alcançarem mais cedo os gozos da vida futura. Se a lei penal devesse transigir com as ideias particulares de cada um, ella se destruiria a si mesma³.”

¹ Trat. de Dir. Crim., tom. 1º, nº 114.

² Advirta-se que a ignorancia, considerada aqui como causa da boa fé, é a que se refere immediatamente ao facto ou ao direito que o regula, sendo por isso que, em nosso entender a solução deve ser a mesma. Vide particularmente, entre outros, o nº 20.

³ Trat. theor. e prat. de Dir. Crim., tom. 1º, nº 61. O autor refere mesmo o caso de um carpinteiro, que matou seus filhos para subtrahi-los ás seducções do mundo, e assegurar-lhes o paraizo.

Cumpre, porém, advertir que Rauter confunde a boa fé com a boa intenção, pretendendo applicar-lhes os mesmos principios, no que não nos parece ter razão salvo talvez certos casos excepcionais, em que ellas de alguma sorte vem quasi a confundir-se, mas em que, nem por isto, deve ser abraçada a solução d’esse escriptor. Vide adiante o nº 35, e notas correspondentes.

Não basta com efeito que a intenção seja boa, para que a acção se possa considerar innocente, e por consequencia isenta da pena, é necessario ainda, que essa boa intenção seja proveniente de uma vontade recta; e tal é o ensino dos moralistas catholicos n'esta parte: "*Sed bona intentio non sufficit, diz S. Thomaz, imo oportet quod adsit bona voluntas.*" Muitas vezes, accrescenta o Doutor Angelico obra o homem com uma boa intenção mas sem merito, porque lhe falta uma vontade recta. Assim, furtar para nutrir um pobre que morre á fome, é obrar com uma boa intenção, mas a bondade da intenção não escusa o mal que se commette por falta de rectidão na vontade. "São criminosos, clama o Apostolo, os que fazem o mal para que venha o bem." *Qui dicunt: faciamus mala ut veniant bona, quorum damnatio justa est.* Rom. III¹. Por consequente, se o delinquente, conhecendo a lei penal ou as circumstancias do facto, vem sómente allegar a sua boa intenção, não póde similhante motivo de escusa ser attendido, nem para dirimir, nem para attenuar a sua criminalidade.

36. A questão porém, complica-se, e torna-se de mais difficil solução, quando, segundo a linguagem de Rossi, a imputabilidade moral e imputabilidade politica deixam de coincidir, ou para fallar mais claro, quando a lei penal prohibe um acto em si licito, ou que importa o cumprimento de um dever; quando em uma palavra ha opposição manifesta entre a lei positiva e a justiça². As hypotheses d'esta ordem são felizmente mui raras; entretanto ellas podem dar-se, pois que, como diz S. Jeronimo, "*jura poli non sunt jura fori, aliae Caesaris sunt, aliae Christi leges, aliud Paulus noster, aliud Papiniamus praecipit.*" E n'estas conjuncturas tão difficeis quanto deploraveis, qual a linha de conducta a

¹ Vide o Trat. dos dous Preceitos da Caridade e dos dez Mandamentos da Lei, n^o

² Debaixo d'este ponto de vista é que se costuma distinguir entre a *legitimidade* e a *legalidade* das acções; e é por consequente nos casos excepçoes em que esta distincção se verifica, que a boa fé e a boa intenção vem a confundir-se como dissemos na nota antecedente. "*Legitimidade* é perfeição, bondade absoluta, necessidade; *legalidade* é conveniencia, bondade relativa, utilidade." De Bonald. Legisl. Primit., liv. 2^o cap. 2^o.

traçar ao homem de bem? Haverá n'aquelle que infringio a lei penal imputabilidade politica, haverá imputabilidade moral?

37. Segundo o absolutismo materialista de uma certa escola, o homem deve em todo o caso obedecer á lei do paiz; dispensa-lo em qualquer occasião d'essa obediencia, é, no dizer de Bentham, pôr as armas nas mãos de todos os fanaticos, contra todos os governos. Ha um só Estado, pergunta o chefe utilitario, que possa manter-se um dia, se cada qual se julgar em consciencia obrigado a resistir ás leis, a menos que ellas sejam conformes ás suas ideias particulares sobre as leis naturaes e a lei revelada¹?"

"A opinião pessoal do infractor sobre o merito da lei, diz tambem Rauter, não entra de nenhuma sorte na apreciação de sua intenção. Ainda que elle podesse estar convencido de que a acção prohibida pela lei é uma acção boa e até meritoria, nem por isso deixa de incorrer na pena; elle devia conformar-se á lei de seu paiz e subordinar-lhe suas acções²."

Entretanto, conforme observa Oudot, aquelles mesmos que, em nome de uma fria theoria, exigem do cidadão essa resignação estoica ao mal legal, sentiriam faltar-lhes a coragem para realisarem assim *quod hominibus altum... abominatio ante Deum*³."

38. Por outro lado os escriptores da escola espiritualista, mais ousados, e levantando um pouco mais suas vistas da terra, não só desculpam a desobediencia a uma lei manifestamente injusta, mas até a elogiam. "Collocado entre dous deveres, ensina Rossi, o homem é obrigado a obedecer áquelle que é mais imperioso para a sua consciencia. Como imputar-lhe esta escolha, sobre tudo quando é por culpa de outrem que elle se acha n'essa penosa necessidade? Havia imputabilidade moral

¹ Trat. de Legisl. Civ. e Pen. cap. 13, nº 10.

² Trat. theor. e prat. de Dir. Crim., tom. 1º, Introd., p. 27.

³ Consc. e Scienc. do Dever, tom. 1º, part. 4ª, liv. 3º.

da parte dos generaes francezes que não mandavam fuzilar os emigrados apanhados por suas tropas em paiz estrangeiro? Elles julgavam preencher um dever sagrado, e todas as consciencias não desvairadas correspondiam ao seu nobre pensamento."

"Se se trata de uma lei, acrescenta o douto criminalista, que embaraça inutil e injustamente a nossa actividade individual, convém submetter-nos a ella, esperando que por meios legitimos a façam abrogar. Mas honra áquelle que sabe affrontar os perigos de um processo, os soffrimentos de uma punição legal para não obedecer a uma lei que lhe prescrevesse violar um dever¹."

É, como se vê, a doutrina mesma do Apostolo das Gentes, que nos manda obedecer antes de tudo a Deos, fonte de toda a justiça, razão suprema de todos os nossos deveres: "*Obedire oportet Deo magis, quam hominibus*" (Act. 5, 29). E fôrça é subscrevermos á doutrina catholica, sob pena de cahirmos no despotismo e na tyrannia dos Cezares, que os pretensos liberaes (mui satisfeitos ao que parece), aceitam e fomentam com a doutrina pagã contraria. As leis humanas não podem ligar as consciencias, senão quando são o transumpto e os corollarios fieis das leis moraes, das leis divinas: — "*Leges humanae, diz S. Thomaz, si justae sint, habent vim obligandi, in foro conscienciae a lege aeterna a qua*

¹ Trat. de Dir. Pen., liv. 2º, cap. 10.

Um juriconsulto inglez, afamado pelo seu profundo respeito para com a autoridade dos governos, não hesitou tambem em proclamar esta doutrina. "Não se deve soffrer (diz Blackstone, fallando das leis naturaes e reveladas) que as leis humanas contradigam aquellas; se uma lei humana nos ordena uma cousa prohibida pelas leis naturaes ou divinas, somos obrigados a transgredir essa lei humana." Comm. 1.

Oudot porém, sem embargo da sua judiciousa observação que acima consignamos, e dizendo-se juriconsulto philosopho, recúa perante a mesma doutrina, e entende que o homem não pode encontrar salvação fóra do direito que lhe resta "*de abdicar sua patria para retirar-se momentaneamente de uma cidade, onde as bases do justo estão transtornadas!*" Singular maneira de resolver, senão de illudir a questão. Mas é que Oudot, muito inexactamente, confunde a doutrina revolucionaria da *insurreição*, com a doutrina da *resistencia passiva* e da *obediencia activa*, doutrina catholica, essencialmente ordeira e conservadora.

*derivantur, secundum istud : Per me reges regnant, et legum conditores
justa decernunt*¹.

VI

39. Outra questão não menos grave, e que não poderia passar sem um serio exame, é a que consiste em saber — se o art. 3º do nosso Codigo póde offerecer materia para quesitos ao jury. É sem duvida uma questão de interesse geral e dominante, pois que da solução della depende a efficacia ou o valor pratico do grande principio consagrado n'esse artigo, e que até agora temos procurado desenvolver e fundamentar.

Em face dos principios da sciencia, e mesmo da nossa legislação criminal, parece que a affirmativa não póde ser, duvidosa e inclinamo-nos a crer que sempre assim se entendeo geralmente, até que um Accordão celebre da Relação do Rio de Janeiro, com data de 23 de Agosto de 1850, veio lançar a duvida e a confusão nos espiritos.

Segundo esse Accordão, citado no formulario official que regula a marcha dos processos criminaes (nº 45, nota 40), não se póde propor questão sobre a materia do art. 3º, isto é, se o réo procedeo com conhecimento do mal e intenção de o praticar — por não importar similhante questão declaração de facto. Mas é fôrça confessar que, se não

¹ Proverb. 8, 15 — Sum., part. 1, 2, quaest. 96, art. 4º — Não ha nada mais curioso, nem mais digno de notar-se do que o procedimento de certos escriptores protestantes (de facto ou de direito), os quaes ao passo que se apregoam os apóstolos da liberdade, e accusam o Catholicismo de favoravel á oppressão dos povos, professam com uma ingenuidade e uma incoherencia igualmente pasmosas, a doutrina da obediencia passiva, da obediencia *quand même*, ás leis dos homens! Não se deve, porém, esperar coherencia fóra do Catholicismo; e por isso é que, condemnando o systema da *resistencia activa*, systema essencialmente desordeiro, filho do principio protestante, e ao mesmo tempo o estúpido systema da *obediencia passiva*, essencialmente oppressor, e filho do cesarismo infiel, os escriptores catholicos, collocando-se entre esses dous extremos, igualmente favoraveis á escravidão e á ruina dos povos, proclamam e ensinam a doutrina salutar da *resistencia passiva* e da *obediencia activa*, unica ao abrigo da qual podem coexistir a ordem publica e a dignidade humana. Mas é mister ver os sabios temperamentos com que a desenvolvem os seus expositores. Vide particularmente Ventura, Oração funebre de O'Connell, 1ª parte, e Balmés, o Protestantismo comparado ao Catholicismo, cap. 54.

fôra o acatamento devido ao tribunal que tal aresto proferio, escusado seria occuparmo-nos d'elle, pois o mesmo é reproduzi-lo que critica-lo.

40. É verdade que, na linguagem corrente entre os criminalistas, todo delicto compõe-se (dizem elles) de dous elementos: de um facto que constitue sua *materialidade*, e da intenção que conduzio a esse facto, e determina sua *moralidade*. Poder-se-ha porém, concluir d'este modo ordinario de fallar, que a intenção (a qual suppõe em regra o conhecimento) não seja tambem *um facto*, cuja declaração compita ao jury? Evidentemente não, porque não está no poder de ninguem, escriptor ou juiz, supprimir a verdade, isto é, a realidade das cousas; e verdade é irrefragavel que, no crime de offensas phisicas, por exemplo, tanto é *um facto*, o golpe descarregado sobre um individuo, como a determinação da vontade, que poz em movimento o braço d'aquelle que o descarregou. A unica differença, que a este respeito se pôde notar, é que alli temos um facto externo, material, que cahindo debaixo dos sentidos, pôde ser *directamente* percebido e apreciado; aqui um facto interno, psychologico ou moral, de que o proprio agente tem conhecimento pelo testemunho de sua consciencia, e os mais pelas circumstancias do facto material, que, servindo-lhe como de vehiculo de manifestação, o revelam e põem patente: "*Facti porro quaestio est, dizem os Jurisconsultos, ubi dubium est quid quis VOLUERIT, INTELLEXERIT, senserit, quidve actum sit*¹."

41. E note-se que é justamente o segundo facto, isto é, o facto moral da *volição*, que dando valor ao primeiro, faz apparecer n'elle o facto complexo chamado delicto, visto como a lei não pune o facto material, ou o prejuizo phisico por maior que seja, mas antes a vontade de o causar, vontade que é o elemento predominante da criminalidade: *sine voluntate non crimen*. D'onde resulta que, negando a possibilidade de propor ao jury questão sobre a materia do art. 3º, por não importar semelhante questão declaração de facto, o Accordão sobredito não só

¹ Alex. Scot, Bressonii, Gottl. Heinecii, Vicat, vocabul. jur. verb. Facti et juris.

desconhece uma verdade que a philosophia ensina, e que os mais celebres interpretes do direito sempre reconheceram e proclamaram, mas tambem contraria a ideia fundamental que presidio á instituição do jury, e oppõe-se ao voto evidente da lei que o consagrou. Por quanto, se, como dissemos, a lei não pune o facto material da infracção, mas o agente *moral* que a commetteo, não é evidente que, reduzindo o jury a declarar apenas, se o accusado é — *material e physicamente* — o autor do facto, e privando-o da apreciação moral, da qualificação de consciencia que deve ser dada a esse facto, despoja-se assim o mesmo jury da sua verdadeira alçada, e attenta-se mesmo contra a existencia d'essa bella instituição? E quem pretendeo nunca reduzir o jury a um tão triste e inutil papel¹?

42. Levados pela força irresistivel da verdade, os illustres redactores do Formulario sobre a marcha dos processos criminaes, não obstante haverem citado o Accordão da Relação do Rio de Janeiro, observam comtudo, um pouco mas adiante, que: “Em regra não se devem preterir quesitos sobre factos apresentados ou allegados em defesa, e tendentes á alteração dos delictos e das penas, á justificação dos crimes e á não imputação dos réos;” e mandam ver os arts. 2, § 2º, 3, §§ 5, 6, 9, 10 e 14, 45, § 2º, e 60 do Codigo Crim., e art. 115 do Reg. Nº 120 (nota 52, sob o nº 49). Não nos é possivel decidir se esta observação importa uma contradicção da parte dos seus autores, ou uma dissidencia

¹ Entre os Jurisconsultos francezes sabemos que se questiona sobre a competencia do jury para *caracterisar* os factos criminosos, ou *qualifica-los legalmente*, pretendendo uns que isto é questão de *direito*, e outros, pelo contrario, que é de *facto*. Mas todos são concordes em reconhecer que o jury é encarregado da apreciação *moral* dos factos o que não é possivel sem se conhecer da *intenção*. E isto mesmo foi expressamente declarado por um Decreto em fórmula de instrucção para o processo criminal com data de 29 de Setembro e 21 de Outubro de 1791. — “Mas a lei, disse n'esse Decreto, levou mais longe ainda a previdencia, e *como é a intenção que faz o crime*, quiz ella que os jurados, posto que certos do facto material e conhecendo o seu autor, possam perscrutar os motivos, as circumstancias, e a *moralidade* do facto. Le Sellyer, Trat. de Dir. Crim., tom. 1º, nº 115. Na Inglaterra, tambem o jury, segundo as expressões de Ricardo Philippe, não decide com justiça e verdade, não decide absolutamente nada senão quando da um *verdict* geral — *criminoso* ou *não criminoso*. — Para o que, segundo o mesmo escriptor, deve cada jury propor a si mesmo, e responder separadamente e em consciencia, antes de dar sua declaração, entre outras, ás seguintes questões: “O delicto foi commettido com uma *intenção criminosa*, e como esta intenção está provada? — Foi elle commettido com a intenção consignada no acto de accusação, isto é, foi commettido com intenção de matar, furtar, favorecer o furto, etc., etc.? Pod. e Obr. do Jury, cap. 9º”.

manifesta com a doutrina do Accordão citado, que d'est'arte vem a ficar prejudicado. Seja porém como for, o que é certo, ao menos para nós, é que com effeito não se devem preterir quesitos sobre o art. 3º do Codigo, ou sobre *a não imputação dos réos*, como bem se recommenda na observação que deixamos transcripta; e desde já procuraríamos corroborar a verdade d'esta doutrina com mais alguns argumentos, se não tivéssemos ainda um obstaculo a destruir, para faze-la triumphar completamente.

43. O obstaculo a que ácima alludimos, encontra-se no Aviso de 14 de Abril de 1858, segundo o qual não se deve propor ao jury questão sobre a circumstancia do art. 3º com a generalidade que d'elle resulta; "não, diz esse Aviso (e nesta parte muito bem), porque seja materia de direito, ou porque não possa o jury conhecer da intenção do réo, como lhe é facultado pelo art. 18, § 1º do Codigo (sem duvida) — "mas *pela razão* de que o art. 3º expressamente declara a necessidade da intenção como elemento do crime e condição essencial para a imputação, e a doutrina n'elle estatuida acha-se reproduzida nos arts. 10 e 13, nos quaes se apontam todas as *hypotheses* legitimamente comprehendidas n'aquella disposição generica, sobre a qual seria sempre perigoso propor um quesito em termos tão vagos e indeterminados."

Vê-se pois, a despeito mesmo de uma redacção embaraçada, que conforme o Aviso citado, póde-se sim propor quesitos ao jury sobre a materia do art. 3º do nosso Codigo Criminal, mas sómente nos casos dos arts. 10 e 13 do mesmo Codigo, onde se *apontam todas as hypotheses legitimamente comprehendidas na disposição generica* d'aquelle art. 3º, sendo *perigoso* propor sobre ella um quesito *em termos vagos e indeterminados*. Salvo, porém, o respeito devido ás decisões do Governo, parece-nos que esta doutrina, posto que mais plausivel e mais especiosa que a do Accordão da Relação da Côrte, não póde comtudo prevalecer contra a lettra e o espirito da nossa legislação criminal que a ella se oppõem.

44. Sem duvida o art. 10 com seus paragraphos, e tambem o art. 13 são corollarios ou applicações do art. 3º; mas não se poderia concluir d'ahi, sem grande iniquidade, e por isso sem injuria ao nosso legislador, que sejam essas as unicas applicações possiveis a fazer d'aquelle artigo.

Desde que se trata das causas exclusivas da imputação, dous systemas se apresentam, entre os quaes poderia o legislador escolher livremente se acaso as leis fossem puros actos de poder, e não, como disse um illustre publicista, actos de sabedoria e de razão: — contentar-se com estabelecer *principios geraes*, ou descer á enumerar todos os *motivos particulares* que obstam á imputação do acto criminoso. Ora, só o primeiro destes dous systemas é razoavel e satisfactorio, attenta a impossibilidade que ha de formular com precisão todos os factos particulares, descer ao detalhe de todas as causas individuaes que podem excluir a imputabilidade.

45. Seguindo, pois, este systema (adoptado tambem no Codigo Penal francez) o nosso legislador estabeleceo em principio, que nenhum acto seria imputavel quando não houvesse o concurso da intelligencia e da vontade do agente para o resultado nocivo, ou para o mal d'esse acto (art. 3º); — mas não satisfeito com isto julgou ainda conveniente fazer elle mesmo applicação do principio que proclamára, declarando que o concurso da intelligencia e da vontade era excluido por certos factos geraes, taes como a idade menor de quatorze annos, o estado de loucura, a violencia irresistivel, o acaso (art. 10 com seus paragraphos). Seguir-se-ha, porém, d'ahi, que procedendo d'esta sorte, teve o legislador em vistas prohibir a applicação pelo jury do principio preexistente, consagrado no art. 3º, quando o caso particular, que lhe for deferido, não entrar em um ou outro d'esses quatro factos geraes? Certamente não, porque seria faze-lo cahir no inconveniente do segundo systema por nós apontado, e que elle sabiamente quiz evitar; seria além

d'isto deixar sem justificação plausível a existência do art. 3º do Código, e o que mais é accusar o legislador de uma grande imprevidência.

É possível, com efeito, que se não lembrasse elle, por exemplo, do somno, do entorpecimento produzido por narcóticos, do somnambulismo, do estado de surdo e mudo de nascimento sem instrução alguma, como de outras tantas causas que podem excluir a imputação; e finalmente que esquecesse mesmo a ignorância de facto invencível, que até as Ord. do liv. 5º (tit. 12, § 1º e tit. 14), consideravam como circumstancia dirimente da criminalidade? Ou seria o legislador brasileiro tão cruel que deliberadamente deixasse expostos ás penas os que por taes causas commettessem acções contrarias á lei, não sendo possível comprehende-los seriamente em alguma das categorias do artigo 10?

Como, porém, os redactores do nosso Código Criminal, tanto pela sabedoria e prudência que revelam as suas disposições, como pelo espirito da humanidade e brandura que em todas ellas transluz, acham-se muito ácima da injuria de qualquer d'essas duas conclusões, mister é convir em que, as disposições contidas nos differentes paragraphos do art. 10, bem longe de serem restrictivas da do art. 3º, são apenas *explicativas* e *enunciativas* d'ella, e que por consequencia não se apontam ahi *todas* as hypotheses legitimamente comprehendidas n'aquella disposição generica¹.

¹ Nenhum legislador sabio poderia aspirar a uma enumeração completa de todas as hypotheses particulares, em que póde achar-se excluida a imputação de um facto criminoso.

Do mesmo modo que o nosso, o legislador da Baviera tambem estabelece em principio que "as acções ou omissões contrarias á lei, que não poderem ser imputados a uma pessoa, nem como commettidas com uma intenção criminosa, nem a titulo de negligencia, não soffrerão pena alguma." E em seguida tira elle mesmo as consequencias mais interessantes d'esse principio, mencionando certos factos que se devem considerar como exclusivos da imputação; porém, mais cauteloso, conclue a sua enumeração dizendo: "e emfim *geralmente* quando o acto tiver sido resolvido e realisado em uma perturbação qualquer dos sentidos ou da intelligencia, não imputavel ao agente, e durante a qual este não tiver tido consciencia do dito acto ou de sua criminalidade." (Arts. 119 a 121).

46. “Os preceitos eternos da justiça mandam aos jurados declararem o accusado não criminoso todas as vezes que elles estão convencidos de que a acção não lhe póde ser imputada, ainda quando os motivos particulares que lhes dão esta convicção não entrem em nenhuma das causas geraes de justificação estabelecidas pela lei, e ainda mesmo que a lei não encerre nenhum principio relativo á imputabilidade dos actos materialmente criminosos.” O juiz que em tal caso condemnasse o accusado, trahiria sua consciencia e tornar-se-hia moralmente criminoso. Nenhuma lei é obrigatoia n’esse caso. O legislador, passando em silencio uma causa de justificação, commetteo um esquecimento em prejuizo da innocencia, ou quiz ordenar uma iniquidade. No primeiro caso, deve-se reparar seu esquecimento; no segundo, não se deve obedecer.” Eis ahi as expressões accordes de dous criminalistas celebres¹, e o que elles dizem, é o que todos sentem.

Pois bem, supponhamos agora, que uma pobre mãe, salteada pelo somno, suffoca durante esse estado o filho que tinha ao peito; que a mulher de um soldado, a quem viram entre os mortos no dia do combate, e sob a fé de uma certidão passada em fórma pelo commandante do regimento, contrahe segundas nupcias, não sendo realmente morto o marido; ou que finalmente o executor da justiça, induzido a erro por algum ardil, mata outro que não o condemnado². Como se poderia salvar entre nós a qualquer d’estes accusados, prevalecendo a doutrina do Aviso de 14 de Abril de 1858? Como poderiam os jurados cumprir o seu mais sagrado dever? Negando que o accusado fosse autor do facto material (por mais bem provado que se ache este ponto) como provavelmente ha de acontecer. E que moralidade, que justiça póde haver em dar assim tratos á consciencia dos jurados, e pôr em perigo a innocencia dos réos

¹ Rossi, *Trat. de Dir. Pen.*, liv. 4º, cap. 4º; e Haus, *Observ. sobre o proj. de revis.*, tom. 1º, pag. 208.

² Sabe-se da historia de Loiseroles, que foi guilhotinado em lugar do filho, respondendo por este á chamada, e induzindo assim a erro os guardas e o executor. Vide mais os casos figurados em o nº 2.

quando o legislador criminal tão providentemente salvou estas cousas com o principio tutelar do art. 3º?

47. Entretanto, perguntar-nos-hão talvez: Se os diferentes paragraphos do art. 10 não são as *unicas* hypotheses legitimamente comprehendidas na disposição generica do art. 3º, por que razão e com que fim desceo o legislador a ellas? — Invertando os termos da pergunta, poderíamos limitar-nos a responder, perguntando por nossa vez: Se o art. 10 com seus paragraphos contém todas as hypotheses legitimamente comprehendidas no art. 3º, que razão plausivel poderá justificar a existencia d'este no Codigo? Que necessidade tinha o legislador de o formular? Seria para ter a satisfação de estabelecer um principio, e deduzir d'elle apenas um certo numero de consequencias, obstando a todas as outras que n'elle se contém? Mas bem se vê que, ainda quando se tratasse de uma obra meramente scientifica ou de pura theoria, esta resposta (que aliás parece a unica possivel) não seria satisfactoria, quanto mais tratando-se de uma obra de legislação, de um Codigo penal, onde não se póde admittir disposição alguma inutil, e sem o menor alcance pratico.

Admittida, porém, a nossa doutrina, tudo se explica. Quanto a nós, com effeito, se o legislador brasileiro, não obstante o principio consagrado no art. 3º, desceo ás hypotheses do art. 10, é porque estas lhe pareceram de tal sorte interessantes, que elle em sua sabedoria julgou necessario menciona-las, não para restringir os casos de não imputação a esses mencionados, mas para tirar d'ante mão toda a duvida a respeito d'elles, querendo com isto prevenir tanto quanto fosse possivel até um começo de processo em taes casos. Essas hypotheses são com effeito as mais frequentes; os factos que n'ellas figuram como exclusivos da imputação, facilmente podem ser verificados, dispensando por sua natureza altas indagações; e porque, desde então, não havia o legislador de providenciar em ordem a que os infelizes, perseguidos em taes circumstancias, podessem escapar aos incommodos e tormentos de um

processo com todas as suas desagradáveis consequências¹? O que fez o legislador brasileiro, é o que outros antes d'elle fizeram pelo mesmo motivo, e com o mesmo fim; é até menos do que fez o legislador da França, cujo Código não tem sido também explicado de outra sorte².

Passemos agora a outros argumentos, que porão talvez a nossa doutrina fóra de toda a duvida.

48. Não ha nada mais inconveniente, nem mesmo mais injusto, do que considerar o Código Criminal, fazendo inteira abstracção do respectivo Código do Processo. Em principio, uma tão intima ligação une estas duas partes da legislação, que não é possível explicar e resolver as questões nascidas de uma d'ellas, sem o auxilio da outra. E não obstante, é o que se tem feito na questão presente, vindo talvez d'ahi as estranhas soluções que temos combatido.

49. Conforme o Código do Processo, que organisou o jury entre nós, achando-se a causa em estado de ser decidida, e feito o resumo de toda a materia da accusação e da defesa pelo Juiz de Direito, devia este propor ao conselho ou jury de sentença, antes de outros, os seguintes quesitos:

1º Se existia crime no facto ou objecto da accusação.

¹ Em nossa opinião, é essa a utilidade pratica que resulta da classificação feita pelo legislador nos arts. 10 e 44, e a unica que póde justifica-la fóra do dominio da especulação pura, que não é de certo o do legislador. N'esses artigos separou elle certos individuos *não criminosos* por falta de imputação, de outros que, sendo capazes d'ella, e commettendo crimes, devem com tudo ficar isentos de pena por serem seus crimes *justificaveis*. Os primeiros podem ser despedidos em paz pelos juizes formadores da culpa, averiguado o estado ou situação em que se achavam ao commetter o crime, pois o legislador quiz *a priori* declara-los *não criminosos*, e só devem ser pronunciados os que ao juiz parecerem *delinquentes* em face da lei, ao menos por indícios vehementes (arts. 144 e 145 do Cod. do Proc.) — Os segundos, sendo considerados criminosos, ao menos *prima facie*, e dependendo a *justificação* de seus crimes da prova de varias circumstancias ou requisitos exigidos pela lei, não podem ser absolvidos senão pelo jury, depois de uma plena discussão a respeito. É, quanto ao mais, um ponto que, em tempo e lugar opportuno, procuraremos desenvolver.

² Vide, entre outros criminalistas, Rauter, *Trat. theor. e prat. de Dir. Crim.*, tom. 1º, nº 73, que assim justifica a existencia dos arts. 327 a 328 do Cod. Pen. francez, em presença do art. 64 do mesmo.

2º Se o acusado era criminoso. (Art. 269, §§ 1 e 2.)

Por estes dous quesitos vê-se bem claramente que o legislador, compreendendo a missão dos jurados, e guardando ao mesmo tempo escrupulosa fidelidade ás disposições do Código Criminal, conferira aos novos juizes de consciencia o mais amplo poder de decidirem, tendo diante dos olhos Deos e a lei, não só sobre a moralidade do facto em si, como especialmente sobre o conhecimento e intenção do acusado quanto ao mal da acção, bases indispensaveis para a imputação e a criminalidade individual. Como aquelle Código define o crime — toda acção ou omissão voluntaria contraria as leis penaes (art. 2º, § 1º), mandava-se perguntar ao jury se — havia crime no facto sobre que versava a accusação. Como, segundo o mesmo Código, — não ha criminoso ou delinquente sem má fé, etc. (art. 3º), mandava-se igualmente perguntar ao jury — se o acusado era criminoso. — A correlação outr’ora existente entre o Código adjectivo e o Código substantivo n’esta parte nos parece evidente e de primeira intuição, e por isso tambem manifesto e evidente o pensamento que presidio a fixação da fôrma debaixo da qual, em todo o caso, deviam ser feitos ao jury os primeiros quesitos.

50. Veio depois a Lei da Reforma de 3 de Dezembro de 1841, e o art. 269, §§ 1 e 2 do Código do Processo foi com outros muitos alterado. Não cabe em nosso proposito o entrar aqui na investigação e apreciação dos motivos que levaram o legislador a alterar a fôrma dos quesitos anteriormente estabelecida: muito longe nos levaria esse exame, e sem maior utilidade para o nosso fim. Basta nos verificar, se a citada Lei de 3 de Dezembro, alterando o Código do Processo n’esta parte, levou a sua severidade e desconfiança ao ponto de mudar o character do jury, cerceando-lhe suas naturaes attribuições.

51. Mos termos do art. 59 d’essa Lei, a primeira questão feita ao jury deve ser de conformidade com o libello: “assim o Juiz de Direito

(diz o artigo) a proporá nos seguintes termos: — O réo praticou o facto (referindo-se ao libello) com tal e tal circumstancia?" Temos aqui uma questão complexa, e versando sómente sobre a *materialidade* do facto. Concluiremos, porém, que as questões *intencionaes* foram excluidas da competencia do jury, e que por consequencia ficou o mesmo privado de apreciar a *moralidade* do acto, sem poder jamais decidir se o accusado obrou ou não com conhecimento do mal e intenção? Não; porque logo adiante lê-se no art. 61: — "Se o réo apresentar em sua defesa, ou no debate allegar como *escusa* um facto que a lei reconhece como *justificativo*, e que o isente da pena, o Juiz de Direito proporá a seguinte questão: "O jury reconhece a existencia de tal facto ou circumstancia¹?"

52. Ora, não ha duvida que a expressão — *facto justificativo*, — de que se servio n'esse artigo o legislador, não foi por elle empregada no sentido estricto ou tecnico, em que a tomaram os redactores do nosso Codigo Criminal no art. 14; pois do contrario seguir-se-hia que, em sua mente, allegando o réo em defesa algum dos factos previstos no art. 10 do mesmo Codigo, factos que não são propriamente *justificativos*, mas *exclusivos* de toda a imputação e *dirimentes* da criminalidade, não deveria o Juiz de Direito propor sobre elle nenhum quesito ao jury, o que é absurdo. É pois, evidente que a expressão — *facto justificativo* — foi alli empregada no sentido *lato*, isto é, como exprimindo todo facto ou toda razão allegada pelo réo, e que em face da lei póde servir para provar a sua innocencia, e eximi-lo da pena².

¹ Como a menoridade é sempre particularmente favorecida, manda a citada Lei, que "se o réo for menor de quatorze annos, o Juiz de Direito *fará* a seguinte questão: — o réo obrou com discernimento? (art. 62). Assim, pois, ainda que por parte de algum menor d'essa idade, levado por acaso ao jury, não se alegue como escusa ou facto justificativo, a sua falta de discernimento no acto, o Juiz deve *ex officio* propôr um quesito a respeito.

² Em geral confundem com effeito os criminalistas debaixo do nome generico de — *factos justificativos*, *excusas peremptorias*, e *circumstancias dirimentes* da criminalidade, tudo quanto póde servir para provar a innocencia do réo ou isenta-lo inteiramente da pena. Mas alguns ensinam, e com razão, que debaixo de certo ponto de vista, deve-se distinguir entre as *causas de justificação* propriamente ditas, e as *causas exclusivas da imputação*: Umas, diz Nypels, desviam a pena, bem que tenha havido concurso de intelligencia e de liberdade no agente. Não ha então delicto, porque o agente achava-se

Mas sendo assim, perguntamos: não será a allegação da falta absoluta de conhecimento do mal e da intenção de o praticar, ou facto ou circumstancia justificativa, no sentido da Lei da Reforma e em face do art. 3º do Codigo Criminal, facto sobre o qual deve o Juiz de Direito propôr uma questão ao jury? — Parece-nos que ninguem o contestará, assim como não é possivel contestar que — o não ter havido no delinquente *pleno conhecimento* do mal e *directa intenção* de o praticar — constitua uma circumstancia attenuante, sobre a qual deve ser particularmente interrogado o jury, se pelo réo for allegado (art. 18, § 1º do Cod. Criminal.)

53. E já que chegamos a este ponto, seja-nos permittido voltar ao Aviso de 14 de Abril de 1858, afim de não deixar em silencio a contradicção em que ella labora, e que por si só seria bastante para destrui-lo. Declara-se ahi com effeito, que se não póde negar ao jury o conhecer da intenção do réo — *como lhe é facultado pelo art. 18 § 1º do Cod. Crim.*; e entretanto pretende-se que *seria sempre perigoso propor ao jury um quesito nos termos vagos e indeterminados* da disposição generica contida no art. 3º. Mas onde está a differença entre um e outro caso, para que se possa dizer que ha perigo n'este, e não n'aquelle? Se ha generalidade e indeterminação nos termos do art. 3º, é fôrça confessar que ellas tambem se dão nos termos do art. 18, § 1º, e que se ha motivo para qualificar de perigoso um quesito sobre a falta *absoluta* de conhecimento e de intenção criminosa no réo, tambem o ha tratando-se

em um estado *peçoal de excepção* tal, que a moralidade intrinseca do acto acha-se supprimida, *justificada* no caso particular: taes são a legitima defesa, etc. São as *causas de justificação propriamente ditas*. Outras desviam a pena porque o crime não é imputavel ao seu autor, porque não houve concurso de intelligencia e de liberdade no agente: taes são a demencia, o constrangimento (irresistivel), a tenra idade, etc. Na realidade, estas não são causas de *justificação*, porquanto não ha delicto, pois uma de suas condições, o elemento moral, falta. Não ha desde então acto a *justificar*."

Foi esta theoria, mais scientifica, a seguida pelos sabios autores do nosso Codigo Criminal, como se evidencia da combinação dos differentes paragraphos do art. 10 com os do art. 14. Os redactores porém da Lei de 3 de Dezembro poderam afastar-se d'ella, e na verdade sem inconveniente, empregando no art. 61 as expressões — *escusa e facto justificativo* — no seu sentido lato, mais conforme á simplicidade da linguagem ordinaria entre os mesmos Jurisconsultos. Vide Merlin, vb^a *Excuse et Faits justificatifs*.

da falta de um conhecimento *pleno* e de uma intenção *directa*. Dir-se-ha talvez que, no primeiro caso, ha *maior* perigo, porque expõe-se a sociedade a ver absolvido um criminoso, ao passo que no segundo expõe-se-a sómente a vê-lo condemnado a uma pena inferior á que elle merecia; mas é uma consideração que, devendo ter sido prevista pelo legislador, não póde além d'isto ter consequencia na questão que nos occupa; porquanto, se a justiça social não é *leonina*, ella deve manter um perfeito equilibrio entre os meios de atacar o crime e as garantias de que cumpre cercar a innocencia, e se não é cega, deve ver que nada ha de mais perigoso nem de mais assustador para a sociedade do que a condemnação possivel de um innocente, o que poderá dar-se não se propondo quesitos sobre a materia do art. 3º fóra dos casos do art. 10.

54. Bem comprehendemos a fonte de que decorrem as objecções que temos combatido para fazer triumphar uma doutrina aliás acceita em todos os paizes onde vigora o systema de processo por jurados¹. A magistratura popular vai se desacreditando com os abusos; e d'ahi o espirito de desconfiança a suggerir embaraços e pês á sua mal enteia dida indulgencia. Mas pela nossa parte, não sendo dos mais

¹ Na França, sob o imperio dos Codigos de 1791 e de 3 de brumario do anno 4º, duas ordens de questões deviam ser postas ao jury: uma sobre a materialidade do facto, outras sobre a *moralidade* ou *intencionalidade*. Assim, por exemplo, em uma accusação de homicidio, o jury devia ser interrogado n'estes termos: — 1º Tal facto é constante? 2º O accusado é o seu autor? 3º Obrou elle voluntariamente? 4º Obrou com *intenção* de offender? Este systema, porém, de decompor a questão principal em questões simples, e que aliás tinha por fim facilitar a tarefa dos jurados, deo lugar a varios inconvenientes, e produziu mesmo, por seu character um pouco scientifico, o resultado contrario. Em consequencia d'isso voltou o Codigo de 1808 ao systema das questões complexas, e comprehendendo aquelles diversos elementos em uma redacção unica, dispoz, no art. 337, que "a questão resultante do acto de accusação seria proposta n'estes termos: — O accusado é *criminoso* de ter commettido tal assassinio, tal furto, etc.? E a cõrte suprema, fixando a doutrina corrente acerca da intelligencia d'este artigo, declarou em um notavel aresto que "as cõrtes *d'assises* não são autorisadas a condemnar os accusados, senão quando foram reconhecidos pelo jury criminosos de um facto qualificado crime ou delicto pela lei; — que a palavra *criminoso* é uma expressão complexa, que declara ao mesmo tempo, que o facto da accusação é constante, que o accusado é o seu autor, e que elle o commetteo com uma *intenção criminosa* — Que ahi onde essas tres circunstancias não se acham reunidas, não póde haver criminalidade, etc." (Aresto de 6 de Março de 1812.)

Na Inglaterra e nos Estados Unidos não se propõe ao jury senão uma só questão, mas nestes termos: O *accusado é criminoso*? E não se póde duvidar que semelhante questão, sendo unica, não comprehenda tanto a materialidade do facto como a intenção criminosa do accusado. Vide nota á pag. 140.

calorosos defensores do jury, pensamos que, em todo o caso, e na impossibilidade de reforma profícua, mais val supprimir, do que desnaturar ou corromper uma instituição.

Concluamos portanto, que, segundo a letra e o espirito de nossas leis não se devem preterir quesitos sobre factos allegados em defesa, e tendentes á justificação dos crimes e á não imputação dos réos. “Entre todos os males que podem succeder na distribuição da justiça, dizia o celebre Lamoignon, nenhum é comparavel ao de fazer morrer um innocente, e mais valeria absolver mil criminosos.” Não nos exponhamos pois, levados por prevenções e desconfianças, a fazer victimas. *Satius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem condemnare*: é a maxima santa da L. 5^a D. *de poenis*.

DOS
RESPONSÁVEIS NOS CRIMES
DE LIBERDADE DE EXPRESSAR OS PENSAMENTOS

SEGUNDA EDIÇÃO

AO LEITOR

As Lições que hoje publicamos, sob o titulo — *Dos Responsaveis nos Crimes de liberdade de exprimir os pensamentos* —, são a continuação d'essa tentativa, cujos primeiros actos manifestaram-se com as publicações da — *Reincidencia* — e *Do Delicto e Delinquente*.

Concorrer na medida de nossas debeis fôrças para o melhoramento da jurisprudencia criminal entre nós, procurando alargar-lhe as bases, que só uma boa *doutrina nacional* póde offerecer, foi então como hoje o nosso principal intento, na falta quasi absoluta de mais diligentes e mais autorizados propugnadores.

E o benevolo acolhimento que nos parecera ter encontrado aquelles fracos trabalhos no publico esclarecido, induz-nos a pensar que, se nenhuma gloria nos póde d'ahi provir, poder-nos-ha pelo menos ficar a satisfação de prestar com elles algum serviço ás lettras, alguma utilidade aos amantes dos estudos sérios, mui raros infelizmente em nosso paiz.

O assumpto que de presente escolhemos para a continuação do nosso empenho, não podia de certo ser mais importante; e ainda ultimamente o Aviso Circular de 27 de Fevereiro do corrente anno, expedido sobre parecer da Secção de Justiça do Conselho de Estado, que juntamos em Appendice, veio dar-nos mais uma prova bem convincente, da necessidade que ha de esclarece-lo, penetrando pela analyse o elegante porém mysterioso laconismo do nosso Codigo Criminal a respeito.

Não nos leve pois a mal o leitor benevolo, o estylo talvez pouco deleitavel d'este pobre escripto.

Destinadas particularmente aos alumnos estudiosos das Faculdades de Direito, não podem as nossas *Lições* deixar de ressentir-se

de certas qualidades, que parecendo talvez defeitos graves aos cultores adiantados da sciencia, são todavia de notavel vantagem para os principiantes, e entram mesmo, segundo o pensar de alguns, nos meritos do professor.

Assim, diz *Timon*, fatiando de Guizot: "O professor que não se repetisse, não seria compreendido."

Quanto ao mais, esperamos que a bondade do fim desculpará sufficientemente, perante os entendidos, a fraqueza ou a imperfeição dos meios empregados para o conseguir. *Alii meliora dabunt.*

Recife, 15 de Abril de 1866.

H. S.

DOS
RESPONSÁREIS NOS CRIMES
DE LIBERDADE DE EXPRESSAR OS PENSAMENTOS

LIÇÃO PRIMEIRA

—————
SUMMARIO

1. — Excellencia do pensamento. — 2. Necessidade da palavra para sua comunicação e aperfeiçoamento. — 3. O pensamento e a palavra dous direitos inseparaveis do homem. — 4. A escriptura, a imprensa, a lithographia e a gravura novos e poderosos meios de manifestar e conservar o pensamento. — 5. Impunidade absoluta do pensamento intimo. — 6. Intervenção da lei humana no acto de sua manifestação por escripto. — 7. Objecção e refutação. — 8. Sentido dos termos *acto* e *acção* entre os Romananos e outros jurisconsultos mais modernos. — 9. O pensamento manifestado pela linguagem fallada ou escripta, verdadeira acção susceptivel de ser punida pela lei. — 10. Necessidade de um prejuizo para que possam as palavras e os escriptos ser criminosos e punidos. — 11. Se ha delictos da imprensa verdadeiramente perniciosos.

— 12. Opinião dos ultra-liberaes. — 13. Refutação. — 14. Novos argumentos e resposta a elles. — 15. Necessidade indeclinavel para a sociedade de impedir a licença dos tribunos e dos escriptores. — 16. Dous systemas para esse fim se apresentam, a censura previa e a repressão judiciaria. — 17. Breve apreciação a respeito, e adopção do segundo systema pela nossa lei fundamental. — 18. Impossibilidade para os legisladores de renunciar absolutamente aos meios preventivos afim de impedir os delictos da imprensa. Duas ordens de leis que dahi derivam. — 19. Identidade substancial do papel que representam na communição do pensamento a palavra e os auxiliares da escriptura, da imprensa, etc. Diferenças mais ou menos accidentaes que entre elles se podem assignar. — 20. Corollario que d’ahi se deriva quanto á natureza dos delictos da palavra, da escriptura, da imprensa, etc., etc. — 21. Será essa natureza identica á dos crimes ou delictos communs? Opiniões de publicistas francezes sobre este ponto. — 22. Particularidades que fazem dos delictos da palavra e da imprensa uma classe de infracções á parte, uma classe de delictos *sui generis*. — 23. Em que participam elles com tudo da natureza geral dos mais delictos chamados communs. — 24. Determinação de um

caracter peculiar dos delictos da escriptura e dá imprensa proveniente da lei que os rege. Desenvolvimentos. — 25. Continuação, e justificação da publicidade ou *manifestação publica* do pensamento como circumstancia que deve *em regra* caracterisar esses delictos. — 26. Accordo do nosso Codigo Criminal com esta doutrina. Corollario pratico que d'ella se deduz, e excepções relativas á injuria e á calumnia. — 27. Em que consiste a publicidade exigida pela lei como condição ou elemento constitutivo do abuso punivel na communição do pensamento. — 28. Conveniencia de uma lei especial para os delictos da imprensa. Opiniões oppostas dos nossos legisladores successivamente manifestadas na Lei de 20 de Setembro de 1830 e no Codigo Criminal. — 29. Faltas em que este cahio com o systema de fuzão adoptado, e inconvenientes que d'ahi resultam. — 30. Disposições especiaes ou singulares, a que teve de recorrer em satisfação ás exigencias da propria natureza das cousas, e que serão apreciadas na analyse successiva dos cinco §§ do art. 7º.

1. A faculdade de pensar é, sem contradicção, o mais bello e o mais nobre attributo que o homem recebeo do seu Creador: é por assim dizer o sceptro immaterial, que o adorna e distingue como rei da criação.

2. Mas essa faculdade, precioso dom da Sabedoria infinita, permaneceria imperfeita, e não produziria todos os grandes resultados a

que era destinada, se o homem não tivesse o poder de exprimir, de communicar o seu pensamento, de engrandece-lo e de aperfeiçoa-lo communicando-o. E eis ahí porque, com o dom do pensamento, recebo o homem o dom da palavra, que é o vehiculo natural de sua manifestação, o laço primitivo da sociabilidade humana, e o grande alicerce do mundo intellectual que admiramos.

3. Não se poderia pois contestar ao homem de maneira alguma o uso do pensamento e da palavra. São duas faculdades irmãs, que derivam da sua mesma organização moral e physica; são dous direitos primigenios do ser intelligente e social, são dous presentes do céu inseparaveis, que mutuamente se auxiliam e se completam.

4. Entretanto, os sons fugitivos que constituem a palavra, não podiam ser sempre um meio sufficiente para a communicação e conservação do pensamento, tendo diante de si, como obstaculos invenciveis, o tempo e o espaço. Para vence-los era mister dar uma figura, dar um *corpo* e uma *côr* ao pensamento, fixando-o por meio de signaes sensiveis e permanentes.

Para ahi pois se dirigiram os esforços do homem desde o berço logo das sociedades, sem que tivessem com tudo suas engenhosas tentativas outro resultado mais além dos *jeroglyphicos*, especie de escriptura *ideographica*, pintura e simbolo do pensamento, mas impotente para exprimi-lo de uma maneira fiel e completa, com todas as particularidades e circumstancias desejaveis.

Vieram por tanto mais tarde, com as Taboas da Lei *escripta*, que devia regenerar o homem pervertido, os caracteres alphabeticos, a escriptura *phonetica*, representativa dos sons de que se compõem as palavras: maravilha assombrosa, marcada com o cunho da sabedoria e do poder infinitos; prodigio que, renovando de alguma sorte o da criação, habilitou o homem a gravar seu pensamento e sua palavra sobre materias insensiveis, e a tornar por meio d'aquelles interpretes *mudos e surdos*,

visível e palpável o que há de mais invisível e impalpável — o pensamento —, permanente e transportável o que há no mundo de mais móvel e fugitivo — a palavra.

Finalmente mais tarde ainda succedeo á escriptura alphabetica a arte da *imprensa*, e depois d'esta appareceram a lithographia e a gravura, sublimes descobertas do engenho humano, destinadas a dar maior força e alcance á escriptura, e que tanto exaltam a industria do homem, como patenteam a fecundidade dos dons do Creador¹.

5. Isto posto, já sabemos que o pensamento, em quanto permanece no estado de pura concepção, em quanto se acha encerrado no intimo do ser pensante, escapa naturalmente á toda jurisdicção humana. — O homem interior, o homem *espiritual* não póde pertencer senão a si mesmo e ao Juiz Supremo, isto é, á sua consciencia e ao Deus que o creou².

6. Mas se o homem consegue traduzir o seu pensamento, se chega a manifesta-lo exteriormente por palavras ou por escripto, porque

¹ Muito se ha disputado entre os philosophos acerca da origem da palavra e da escriptura, pretendendo uns que são de origem divina, e outros que não passam de invenções humanas.

Pela nossa parte, tomando, como se depreheende do texto, o parecer dos primeiros, não hesitamos em consignar como verdades as conclusões de suas indestructiveis demonstrações.

O homem, como justamente diz o profundo Visconde de Bonald, *pensa* sua palavra antes de *fallar* o seu pensamento, ou para melhor dizer, não pode *fallar* seu pensamento sem *pensar* sua palavra. E d'ahi a invencivel necessidade da palavra, reconhecida pelo proprio sophista de Genebra, para estabelecer o uso da palavra.

Mas se o homem não poderia inventar a palavra sem a palavra, muito menos ainda poderia decompôr, e representar pelos caracteres alphabeticos os sons de que a palavra se compõe, sem que a tivesse visto já escripta e decomposta por esse modo, sendo a decomposição dos sons e a escriptura uma só e mesma cousa, e havendo aliás manifesta impossibilidade de nota-los e distingui-los na pronunciação, sempre mais ou menos differente da escriptura em todas as linguas conhecidas.

É pois forçoso concluir, reconhecendo com o principe dos philosophos, e o maior dos oradores romanos "que não pertencia a nossa natureza terrestre e mortal, aquelle que primeiro encerrou em um pequeno numero de caracteres as combinações infinitas de sons articulados que póde encerrar a voz e humana: *Ex hac ne tibi terrana mortalique natura concretus is videtur, qui sonos vocis, qui infini videbantur, paucis litterarum notis terminavil?*

V. quanto ao mais — *Recherches Philosophiques sur les premiers objets des connaissances morales*, cap. 2º e 3º.

² Ver as nossas Lições — *do Delicto e do Delinquente*.

não ha de entrar desde logo no dominio da lei humana? Se, armado do livre arbitrio, elle ousa abusar da faculdade de manifestar o pensamento, convertendo em instrumentos do mal os grandes e beneficos auxiliares que lhe foram concedidos como meios de aperfeiçoamento, porque não ha de intervir o poder que vela sobre a sociedade, para obstar aos abusos, e prevenir os males que d'ahi lhe possam provir, ou a cada um dos seus membros?

7. Objectarão talvez, que palavras e escriptos não são *acções* para que possam entrar no dominio do legislador.

E que outra cousa poderiam ser? Por ventura não será o som da voz alguma cousa de material, o movimento da lingua e dos labios que a emitem, alguma cousa de sensível?

Considerada *in abstracto*, a palavra, como judiciosamente observa um distincto publicista, do mesmo modo que qualquer outro movimento do nosso corpo, não é mais nem menos do que uma *acção*, sendo que por este motivo fallar é obrar, tanto como andar é mover-se. *Qui loquitur* (diz muito bem Daries) *verba exprimit, ideoque agit*.

8. Entre os Romanos os termos acto e acção tinham effectivamente um sentido geral, que comprehendia tanto os *actos*, por palavras ou por escripto, como os factos do homem: "*Et actum quidem* (diz Ulpiano expondo a doutrina de Labeão) *generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur... Gestum rem significare sine verbis factam* (L. 19 Dig, de *verborum significatione*.)

É n'este sentido que um jurisconsulto francez (Julio Claro) dizia com razão, que maldizer é malfazer: "*Et qui maledicit, malefacit*." É debaixo ainda d'esta relação, que a jurisprudencia ingleza proclama, pelo órgão de Blackstone, que — escrever é obrar; "*scribere est agere*": principio este que, como diz Chassan, não poderia ser verdadeiro, senão em quanto se admite que a palavra é uma acção.

9. Concluamos por tanto, com esse estimavel publicista, que não seria exacto o dizer, que a palavra não é mais do que uma simples opinião; porquanto, a opinião é o pensamento interior, ao passo que a palavra é o pensamento manifestado por um movimento externo, e por isso mesmo uma verdadeira acção.

Ha sempre na linguagem, qualquer que seja a maneira porque o homem se exprima, alguma cousa de material, que obra sobre os outros, e que não só participa da natureza das acções, como até concorre para produzi-las. — É pois indispensavel que o legislador se ocupe dos abusos na communicação do pensamento, já porque a linguagem pode ser em si uma má acção, e já porque póde ser empregada para fazer commetter outras acções puniveis como ella¹.

10. Não basta porém que as palavras e os escriptos constituam verdadeiras acções, para que caiam no dominio da lei penal: é absolutamente necessario que possam ser prejudiciaes aos individuos ou á sociedade; condição essencial a todo o crime, e sem a qual não offereceriam verdadeiros delictos a punir.

11. E que mal poderá fazer o pensamento manifestado pela palavra ou pela escrita? Haverá delictos da imprensa verdadeiramente perniciosos, e que acarretem graves consequencias?

Eis ahi uma questão, que á primeira vista reputar-se-hia impertinente, mas sobre a qual, não obstante, tem insistido seriamente certos espiritos.

12. Se devessemos dar ouvidos aos gritos descompassados do *liberalismo* em delirio, ou deixar-nos levar pelas illusões de espiritos exagerados, diriamos que o pensamento em caso algum pode ser punido; que o mal proveniente da sua communicação ou é nullo, ou amplamente

¹ *Traité des Délits et contraventions de la Parole, de Écriture et de la Presse*, tom. I, num. 4.

compensado por enchentes de bens, e que por conseguinte nada deve obstar á *livre respiração das almas*, nem mesmo a queixa dos offendidos levada solemnemente aos tribunaes do paiz.

13. Mas esta opinião absurda, que, talvez por um resto de pundonor, não chegou ainda á altura de theoria claramente formulada, quasi que não merece seria atenção.

Pretender que pela palavra, e sobretudo pela palavra escripta e multiplicada pela imprensa, não se podem causar gravissimos danos á sociedade ou aos individuos, não é só dar um desmentido á evidencia e á historia; é affrontar despejadamente o bom senso e decoro publico.

As sociedades civilisadas vivem pelos costumes e pelas doutrinas, assim como as almas nobres e generosas vivem pela honra e pela reputação. Ora, querer que escriptos infames, ou impios ou sediciosos circulem impunemente na sociedade ou que a injuria e a calumnia sejam impunemente atiradas á face dos cidadãos honestos, é querer a ruina dos Estados e a perda dos individuos, é querer a desordem e a selvageria, é ultrajar a um tempo a humanidade e a civilisação.

14. Debalde se opporia, que á par dos máos escriptos circularão os bons para neutralisar-lhes os efeitos; que a maledicencia e a diffamação só merecem ser pagas com desprezo, pois que a verdade, afinal, sempre triumph¹.

¹ Estigmatizando do alto da Cadeira da verdade o funesto principio da liberdade illimitada da imprensa, o grande Pontifice Gregorio XVI, firmou, na Encyclica *Mirari*, est'outro principio muito mais razoavel, e muito mais digno, por certo, da acceitação dos homens de bem: "Que é cousa illicita e contraria á toda noção de direito, fazer, de caso pensado, um mal certo e maior, na esperança de que resultará d'elle algum bem."

"Que homem de bom senso (interroga o sabio Pontifice) dirá que se devem deixar espalhar livremente os venenos, vende-los, transporta-los publicamente, e até bebe-los, porque ha um remedio capaz de livrar da morte algumas vezes os que d'elles usarem?"

É, como se vê, a doutrina mesma do Apostolo das gentes, em sua carta aos Romanos, doutrina tão propria á captivar a razão do philosopho quanto a fé do christão." *Quid dicunt: faciamus mala ut veniant bona, quorum damnatio justa est.* (Rom. 3, 8).

Miseráveis sophismas! Os que se deleitam com a leitura dos máos escriptos, de ordinario não se occupam de ler os bons. As refutações do erro e da falsidade ou chegam tarde, ou acham o leitor fatigado e prevenido, e não produzem grande effeito.

Em geral mesmo, o homem é mais propenso a acreditar o mal do que o bem; e quando todos são capazes de sentir, só mui poucos o são de *pensar*. De maneira que, os escriptos, que se dirigem ás paixões, tem por isso mais probabilidades de successo, do que aquelles que se dirigem á razão.

E quem poderia alem d'isto ser indifferente á diffamação e ao ultraje? A calumnia, particularmente, causa ao homem o maior dos males: perturba, segundo o inspirado autor do Ecclesiastes, o proprio sabio, e abate-lhe a firmeza do coração. "*Calumnia conturbat sapientem et perdet robur illius.*" (7, 8).

Finalmente, não ha crime algum cuja existencia não possa ser determinada pela palavra vocal ou escripta, não ha nenhum de que o pensamento manifestado não possa tornar-se cumplice pela *provocação*.

15. É mister por tanto que a sociedade, ou o poder publico que a representa, de algum modo intervenha na communicação do máo pensamento; ou que, resignando-se a tolerar a licença audaciosa dos tribunos e dos escriptores, contemple impassivel a sua propria aniquilação pelo triumpho das doutrinas perversas, e pelo exercicio inevitavel das vinganças e reacções dos particulares.

Tal é o inexoravel ensino da experiencia, que, desde a mais alta antiguidade, tem mostrado na liberdade immoderada das opiniões e na licença dos discursos, a causa da decadencia e ruina dos Estados, que mais floresceram por suas riquezas, por seu poder e por sua gloria.

16. Mas que partido ha de tomar o poder publico para cumprir a sua missão n'este ponto, para occorrer aos abusos e impedir os delictos da imprensa?

Aqui se apresentam dous meios, ou antes dous systemas, que desde muito tempo disputam entre si a preferencia: — o systema da *censura prévia*, e o systema da *repressão judiciaria*; um que pretende impedir os crimes prevenindo-os; outro que espera impedi-los punindo-os unicamente. Duas palavras os exprimem — a policia e a justiça.

17. Não cabe em nosso proposito entrar aqui na apreciação detalhada d'esses dous systemas, sobre que aliás já quasi tudo se tem dito. O primeiro sem duvida mais conforme aos principios de ordem sobre que assenta o Estado, e incontestavelmente mais coherente com as instituições legislativas que o mantém, teve sua epocha de preponderancia. O segundo, mais favoravel á expansão do direito individual, tem geralmente prevalecido nas Constituições modernas, e acha-se explicitamente consagrado no art. 179 § 4 da nossa Constituição, onde se estabelece que "todos pódem communicar os seus pensamentos por palavras, escriptos, e publica-los pela imprensa, *sem dependencia de censura*, com tanto que hajam de responder pelos abusos que commetterem no exercicio d'esse direito, nos casos e pela fórma que a Lei determinar¹."

¹ Os que desatinadamente fallam e invectivam contra o systema da censura prévia, blasphemam por via de regra o que ignoram. São d'esses espiritos falsos, imaginações vãs e apaixonadas, que, sem procurarem instruir-se igualmente do *pró* e do *contra*, tem a desgraça de não ver nas melhores cousas senão os abusos que d'ellas são inseparaveis, e nas peiores senão as vantagens que pódem offerecer.

Que homem de algum senso, de algum zelo pela sua reputação, deixa de procurar a critica de amigos esclarecidos e judiciosos, antes de dar á luz os seus escriptos? — E a sociedade que impõe juizes as nossas acções e aos nossos mais caros interesses, porque não poderia da-los igualmente aos nossos pensamentos?

Se no civil e no crime, podem certos homens instituidos pela lei, dispor de nossos bens, de nossa liberdade, honra e vida, porque razão não poderiam outros homens dispor de nossos termos e de nossas phrases, antes que pela publicidade fossem levar a perturbação e a desordem ao seio das familias e da sociedade?

Tão ignorantes, ou parciaes, ou corrompidos poderiam ser os *censores*, quanto actualmente o podem ser tambem os *juizes*. Mas tanto em um como em outro caso não

haveria mais do que — os abusos de uma boa cousa — a justiça — abusos infelizmente inseparáveis de todas as obras e instituições dos homens, graças aos vícios e as paixões inerentes á nossa fragil natureza.

Em outros ramos da actividade humana, tratando-se, por exemplo, dos direitos de associação e locomoção, todos convém que a sociedade possa deter os individuos, perguntar-lhes d'onde vem para onde vão, e não consentir que se reunam ou associem para tal e tal fim, sem prévia autorisação do governo, ou que viagem desembaraçadamente sem *passaportes* e averiguações policiaes.

Quando se trata porém do direito de comunicação de pensamento, grita-se — escandalo e heresia — ao fallar-se de censura prévia, sem que se deixe entretanto de fazer alardo e ostensão do grande poder da imprensa, que todos qualificam como a mais poderosa *alavanca* das sociedades e um quarto poder do Estado! Será porém bem logico e bem coerente o proceder d'esta sorte?

Prevalecendo-se talvez, e abusando até da sensata maxima — *melius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*, — a policia moderna amplia cada vez mais o catalogo de suas intervenções *preventivas* no terreno da liberdade individual, na esphera da *justa efficiencia* do homem. A *custodia* (prisão preventiva) occupa um importante lugar nos Codigos Criminaes, e não são poucos os que diariamente vão ter ás cadeias (hoje casas de detenção) por amor das *averiguações* policiaes.

Em quanto porem tudo isto se soffre, tolera-se ou justifica-se, nada de custodia, nada de detenção para os máos escriptos, por mais suspeitas, invenenadas e conhecidas que sejam as fontes d'onde elles possam partir. São gostos e caprichos um tanto inexplicaveis, é verdade, d'este nosso seculo das *luzes*...

Teme-se muito affectadamente que a censura não desacoroçoe o genio, e ponha-se como obstaculo invencivel ao progresso das lettras e sciencias. Mas ignora-se que na França, por exemplo, foi justamente sob o regimen da censura que se abriu o bello século de Luiz XIV, "seculo de razão, de gloria e de genio, em que a imprensa não produzia senão chefes d'obra?"

O genio, essencialmente bom e paciente, não se deixa desacoroçar com tanta facilidade; e quando algum *bello-espirito*, falsamente decorado com esse nome, houvesse de desanimar, nem por isso haveria muito que sentir. Entre o perigo de ter um bom escripto de menos ou um máo escripto de mais, parece-nos que não se póde hesitar; e é debaixo d'este ponto de vista geral, que se deve discutir e resolver a questão da censura prévia.

Notavel é porém, e digna do maior reparo a inconsequencia dos homens; por quanto, ao passo que se reclama e se concede a todo mundo o direito de: escrever e publicar livremente, sem dependencia de censura, tudo que podem sugerir as paixões e o *espirito do seculo*, sujeitam se a dependencia do — *Beneplacito* — os Decretos dos Concilios, Lettras Apostolicas, e quaesquer Constituições Ecclesiasticas, como se a Igreja não fosse uma sociedade espiritual independente do Estado, e como se, dada a justiça e conveniencia de uma tão exorbitante censura, não tivesse Ella equal direito de estabelece-la a respeito das leis e decretos do poder temporal!

Quanto a nos, sem nos deixarmos arrastar pelas seductoras *filagranas* dos amantes da illimitada liberdade da imprensa, fautores de grandes desordens, pensamos com boas autoridades, que a censura prévia, restricta a certos escriptos, e não sendo *prohibitiva* como outrora, mas simplesmente *admonitoria*, como pede o espirito do seculo, offereceria uma boa *justiça de paz* á sociedade litteraria, uma magistratura de conciliação, para terminar amigavelmente a contenda prestes á levantar-se entre o publico e o autor de qualquer escripto.

Sendo assim, diz o Visconde de Bonald, ficaria à escolha do autor o deferir a opinião dos censores, ou appellar para os tribunaes. — Se porém o autor ou o publico, representado pelo respectivo ministerio, recusassem as vias conciliatorias, a liça lhes seria aberta, e a causa levada perante os tribunaes; e conforme a opinião dos censores fosse favoravel ou contraria, ficaria a obra em prevenção de delicto, ou poderia provisoriamente circular.

18. Todavia, proscrevendo o regimen da censura prévia, os novos legisladores não podiam, sem arriscar de todo a ordem publica e a segurança social, renunciar absolutamente aos meios de prevenção ou ás medidas policiaes para impedir os delictos da imprensa.

E d’ahi vem as duas especies de leis que, nos paizes constitucionaes como o nosso, regem a imprensa *livre*: umas, a que os publicistas chamam leis penaes propriamente ditas, ou leis *repressivas*, que se applicam aos delictos moraes commettidos por via da imprensa; — outras, a que chamam *leis de policia* ou leis *preventivas*, que se referem ao modo porque se deve usar d’aquelle instrumento, e tem por fim diminuir as probabilidades dos abusos, assim como assegurar a punição d’elles caso appareçam¹.

Entram na classe das primeiras os arts. 7 e 8 do nosso Codigo, cujas disposições vamos agora analysar, e também os arts. 90, 99, 119, 230, 237, 277, 278 e 279; — entram na classe das segundas os arts. 303 a 307 sobre o *uso indevido* da imprensa.

19. Dissemos que a palavra e a escriptura nos foram dadas como órgãos especiaes do pensamento, mas que a industria humana, afim

“Esperar o delicto para puni-lo, quando pode ser prevenido, é, no dizer do grande philosopho e publicista catholico, uma barbaria inutil, um crime de leza humanidade que deshonra um codigo e um governo.

“Preferir a repressão pela justiça á advertencia pela censura, é uma escolha vil e abjecta que deshonoraria um escriptor, e só a um libellista pôde tentar.”

Finalmente, se a liberdade illimitada da imprensa pôde ser, como acreditam muitos, um preservativo contra a tyrannia, as mais das vezes não passa na realidade do seu maior adulator e do seu mais servil instrumento.

¹ V. Hello, *Du Régime Constitutionnel*, tom. I, Tit. 4º.

Na França, sem embargo da prohibição da censura prévia pela Carta de 1830, ficou subsistindo o regimen policial da lei de 21 de Outubro de 1814, que nada menos importaria do que o proprio systema preventivo da censura. Alguns escriptores, notando esta *falta de harmonia* na legislação, são todavia concordes em sustentar a força obrigatoria da referida lei e de outros regulamentos sobre as typographias e livrarias.

Entre nós, a propria censura prévia foi admittida, a despeito da Constituição em materia de composições theatraes, sujeitas ao conhecimento antecipado do Conservatorio Dramatico, e das autoridades policiaes do lugar, em que tiverem de ser representadas. — Reg. Nº 120 de 31 de Janeiro de 1842 art. 137 e Dec. Nº 425 de 19 de Julho de 1845.

Ora, estas e outras pequenas *incoherencias*, que não valeria a pena adduzir, servem bem para mostrar qual é a fôrça da verdade, e quão poderoso o *instincto* que nos impelle a viver com honra.

de augmentar cada vez mais seu poder e influencia, accrescentára-lhes novos auxiliares com a invenção da imprensa, da lithographia e da gravura, etc. E por aqui vê-se, que todos estes auxiliares, destinados ao mesmo fim, vem a representar o mesmo papel, a exercer em substancia a mesma função, que exercia o órgão nativo na comunicação do pensamento; isto é, vê-se que todos elles, do mesmo modo que a palavra, são instrumentos postos á disposição dos homens, para com seu auxilio manifestarem suas idéias e seus sentimentos, perpetuarem-nos e diffundi-los.

Na verdade, assim como a escriptura não é mais do que a mesma palavra fixada por meio de caracteres visiveis e permanentes, assim tambem a imprensa, a gravura e a lithographia por sua vez não são mais do que modos aperfeiçoados de escrever e divulgar o pensamento; de sorte que, as unicas differenças que a tal respeito se pódem assignar, vem a ser: 1º, que, usando da palavra, o homem não toma fóra de si, como na escriptura, na imprensa, etc., os meios de se fazer entender: é somente com os seus órgãos, e sem nada de accessorio nem de estranho, que torna sensivel sua operação intellectual; 2º, que na palavra e na escriptura temos por assim dizer instrumentos *naturaes*, por serem dons immediatos da bondade do Creador; ao passo na imprensa, na lithographia, etc., temos instrumentos *artificiaes* por serem productos da industria humana¹.

20. Ávista do exposto é claro que o mal que se póde causar com a palavra, póde-se igualmente causar com os auxiliares que lhe foram dados; d'onde resulta que, se havia delictos da palavra antes da

¹ O homem, como bem diz um grande philosopho, descobre as propriedades occultas da natureza, e desenvolve as relações secretas que os objectos tem entre si e com elle; mas não inventa; porque inventar seria fazer o que não é, seria crear; e o homem não póde mais crear do que aniquilar, pois só dispõe das *maneiras de ser* e não do ser mesmo. Todas as artes physicas tem sua razão em nossas necessidades, sua materia na natureza, sua fórmula em nossa industria sempre despertada por alguma cousa de anterior à descoberta, e que é como o germen d'ella, que o nosso espirito não faz mais do que fecundar. Assim, a arte da imprensa não é senão o desenvolvimento tardio da arte de escrever, presente feito por Deus ao homem.

invenção da escripta, da imprensa, etc., os mesmos delictos continuarão a existir quando commettidos por intermedio d'estes novos instrumentos. Em summa, os abusos ou delictos da palavra são da mesma natureza que os abusos ou delictos da escripta, da imprensa, da gravura e da lithographia, pois que todos elles dimanam da mesma fonte que é o pensamento. Só o instrumento é que é diverso; só a gravidade é que pôde ser differente, visto como escrever é dar duração á palavra, e multiplica-la pela imprensa é dar-lhe um alcance infinito¹.

21. Mas se a natureza d'esses delictos é identica, poder-se-ha tambem dizer que elles sejam em tudo semelhantes, identicos aos delictos ordinarios ou communs? Segundo a doutrina de certos publicistas, parece que a resposta a esta questão devera ser affirmativa. Com effeito, na discussão da lei franceza de 17 de maio de 1819, sustentou-se que os delictos da imprensa consistiam unicamente em factos de provocação, e que só por este titulo deviam ser reprimidos, devendo-se considera-los ou como actos de cumplicidade nos crimes que se seguissem á provocação, ou como meras tentativas de crimes, quando ella ficasse esteril e sem effeito.

Tal era a theoria de M. de Serres, o qual, depois de proclamar que não havia delictos especiaes da imprensa, concluia dizendo: "Trata-se unicamente de colligir nas leis penaes actos já criminados, aos quaes a imprensa pôde ser-vir de instrumento, e de applicar a estes factos, quando forem commettidos ou tentados por este meio, a penalidade que lhes convém."

Mas esta doutrina foi victoriosamente combatida por uma commissão da camara dos deputados, a qual repugnava admittir que não houvessem delictos *particulares* da imprensa. "Se se adoptarem estes principios (dizia M. de Courvoisier como orgão da commissão) será mister concluir d'ahi que nenhuma publicação pôde ser criminosa se não for

¹ V. Chassan, *Delits et Contraventions de la Parole*, tom. I., ns. 6 e seguintes.

marcada com o caracter de provocação ou de cumplicidade: ora, o projecto de lei é o primeiro a destruir esta consequencia; por quanto, o autor de um ultraje á moral, de uma diffamação, de uma injuria commette um delicto, sem que todavia seja provocador, nem cumplice.”

22. Não se poderia em verdade contestar que es delictos da imprensa, bem como os da palavra, sejam de uma natureza especial e distincta, e que por isso formem uma classe de infracções *sui generis*. Productos do pensamento, como bellamente explica Chassan, taes delictos só obram directamente sobre o pensamento, só levam a perturbação á ordem moral; e desde então não se póde verificar n’elles o prejuizo material, ou representar o *corpo* de delicto, como succede nas infracções ordinarias.

Operando sobre os espiritos e não sobre os corpos, o damno que d’elles provém á sociedade, acha-se todo na impressão que esta recebeo. Além d’isto, os delictos da palavra e da imprensa, por isso mesmo que são puramente intellectuaes, acham-se em geral mais subordinados do que os delictos communs ás circumstancias de tempo, de lugar, e aos acontecimentos politicos: são, segundo a phrase do escriptor citado, delictos pela maior parte de opinião e de circumstancia, e como taes essencialmente inconstantes e mudaveis¹.

23. Com quanto porém os delictos da palavra e da imprensa diffiram dos outros delictos nos pontos indicados, podendo-se por consequente attribuir-lhes uma natureza peculiar, nem por isso sahem inteiramente fóra do direito penal commum; e debaixo de todas as outras relações acham-se nas mesmas condições que os delictos ordinarios. Do mesmo modo que estes, elles importam a lezão de um direito, ou a violação de um dever exigivel, e por consequencia um perigo, um damno real para os individuos, ou para a sociedade. E assim como, tratando-se

¹ Ver os desenvolvimentos de toda esta doutrina no excellent livro de M. Chassan, tom. I. ns. 11 a 26.

dos primeiros, não se deve ter sómente em consideração o mal causado, mas é necessario ainda apreciar o facto em relação ao agente, afim de ver se é moralmente criminoso e como tal imputavel, assim tambem, quando se trata dos segundos, não basta o facto de ter pronunciado um discurso, de ter publicado um escripto ou uma estampa, para que se possa dizer que ha delicto e delinquente: é indispensavel além d'isto, que a esse facto, aliás prejudicial em si mesmo, tenha presidido uma vontade perversa. Em uma palavra, n'estes delictos, bem como em todos os outros, devem achar-se reunidas as duas condições elementares da criminalidade — o facto material e a intenção malevola, *factum et animus*¹.

24. Os delictos da imprensa e os da escripta não tem somente uma natureza especial que os distingue: elles tiram ainda na lei que os rege, outro caracter proprio, que nos cumpre fazer sobresahir.

Temos visto que, só pelo facto da manifestação por palavras ou por escriptos, é que o pensamento pôde entrar no dominio da lei

¹ Ver nossas Lições *do Delicto e do Delinquente*.

Fazendo a analyse dos delictos da imprensa, em sua obra do *Regimen Constitucional*, concorda Hello em que elles tem de commum com os delictos ordinarios o comporem-se dos mesmos elementos, o facto e a intenção; mas pretende que differem, porque os dous elementos que os delictos ordinarios reúnem no mesmo sujeito, separam-se nos delictos da imprensa, sendo debaixo d'esta relação que estes constituem delictos *sui generis*.

Não nos parece porém feliz nem exacta semelhante apreciação; já porque tende a levantar uma differença muito accidental entre os delictos da imprensa e os delictos communs, nos quaes tambem algumas vezes acham-se materialmente separados o facto e a intenção (como nos casos em que ha mandante e mandatario que executa), e já porque pôde desvairar as intelligencias, ou fornecer armas ao sophisma.

É certo que o facto criminado nos delictos da imprensa, é o facto da publicação, e que compondo-se elle de trez actos distinctos e successivos (a redacção, a impressão e a edição), de ordinario acontece que cada um d'estes é realisado por um agente diverso. Mas d'ahi não se segue que possa haver duvida, ao menos *prima facie*, acerca da criminalidade de qualquer dos tres agentes, que possam ter concorrido para o facto criminoso da edição, a pretexto de que *a intenção separada do facto não constitue delicto*.

Por quanto, a verdade é, que cada um d'elles apropriou-se quanto pôde o facto ou a intenção do outro, e por esta forma reunio em si os dous elementos constitutivos de todo o delicto; assim como o mandante de um assassinato apropria-se o golpe mortifero descarregado na victima por seu mandatario, e assim como este apropria-se por sua vez a intenção d'aquelle, etc.

humana, porque só então é que, tomando corpo e transformando-se em *acção*, póde offender a outrem e offerecer perigos á sociedade.

Entretanto, sahindo do estado de pura concepção, o pensamento póde passar, por effeito de uma confidencia, de uma conversação intima, ao espirito de uma ou mais pessoas em lugar particular, ou mesmo em publico mas em vóz baixa. Elle póde ainda ser lançado no papel, confidente mudo e discreto, e n'este estado conservado em segredo. Ora, convirá erigir em delictos taes acções sempre que exprimirem pensamentos criminosos?

Na primeira hypothese parece que o rigor da logica poderia autorisar similhante procedimento. Mas fóra acabar decididamente com a franqueza d'alma, com as effusões do coração; fóra romper os laços de familia e de amizade, e tirar todo o encanto e mesmo toda a vida ao estado social. Como judiciosamente observa o autor das — *Considerações sobre as causas da grandeza e decadencia dos Romanos* — "o que se diz n'essas effusões do coração, que a conversação produz entre dous amigos, não póde ser considerado senão como *pensamentos*." E os Ictos Romanos não pensavam de outra sorte. "*Nec lubricum linguae ad paenam facile trahendum est*", recommenda Modestino na L. 7 § 3 do Dig. ad Leg. Jul. Magest.

Não obstante, Tiberio teve outras ideias; e abusando da mesma *Lex Magestatis*, por um modo atroz, estendeo-a a tudo quanto podia servir o seu odio e as suas desconfianças, mesmo ás conversações dos amigos ou aos pensamentos. As consequencias porém desta especie de tyrannia não podiam ser duvidosas. "Não houve logo mais liberdade nos festins, diz Montesquieu, nem mais confiança nos parentes, nem mais fidelidade nos escravos; a dissimulação e a melancolia do principe, communicando-se por toda parte, a amizade foi considerada como um escolho; a ingenuidade como uma imprudencia; a virtude como uma

affectação que podia recordar ao espirito dos povos a felicidade dos tempos passados¹.

Concluamos por tanto que só uma legislação tyrannica é que pôde querer perturbar as confidencias da conversação, transformar em delictos, simples desvios da lingua².

25. Quanto ao manuscripto que a ninguem foi ainda communicado, não se poderia de maneira alguma pretender que elle offerece materia sufficiente para um processo criminal. Em tal estado o pensamento quasi que não tem mais valor do que se houvesse permanecido, como simples cogitação, no intimo do ser pensante; elle não produzio ainda o menor effeito externo, pelo qual alguém se possa dizer offendido. Só com o facto da manifestação, e sobre tudo da manifestação *publica* é que pôde nascer o perigo para os individuos ou a sociedade.

Com effeito, para que a communicação do pensamento, para que os desvios da lingua sejam *regularmente* dignos de fixar a attenção do legislador, é mister que, como diz Chassan, tenham adquirido uma certa gravidade, não só pelo conhecimento que d'elles possa ter um crescido numero de pessoas, mas tambem pela excitação que por esse meio se quiz causar. Por quanto, differentemente dos outros delictos que procuram a sombra e o mysterio para se effectuarem, os delictos da palavra ou da escripta procuram a luz do dia, aspiram á publicidade, por ser d'ahi que lhes vem a fôrça ou a capacidade de offender³.

26. De conformidade com estes principios, o nosso Codigo não pune *em geral* os abusos da liberdade de communicar os pensamentos senão quando ha *publicidade* ou *publicação*. É pois justamente d'esta condição essencial que provém o caracter especifico, que entre nós assignala os delictos da palavra, da escripta e da imprensa; é ella que

¹ *Grandeur et décadence da Romains*, cap. 14.

² *Delits et Contraventions de la Parole*, tom. I. n. 62.

³ *Delits et Contraventions de la Parole*, *ibid.*

fôrma o elemento constitutivo de taes delictos, ou para bem dizer o factio criminoso, que antes de tudo deve ser averiguado. D'onde se segue que, em materia de escriptos (impressos ou não) o criminoso aos olhos da lei não é o autor do escripto, mas aquelle que lhe deo publicidade, ou o editor, salvo o caso de haver o redactor do mesmo escripto tomado sobre si o factio da publicação. Tal é em geral, repetimos, o systema do nosso Codigo na materia sujeita, no que vai de accôrdo com a legislação franceza e outras mais. E dizemos *em geral*, porque a injuria e a calumnia (mesmo commettidas por meio de papeis impressos, etc.) fazem excepção á regra, pois que, á vista dos arts. 233 e 238, são puniveis independentemente da condição da *publicidade*¹.

¹ "Quando a calumnia (diz o art. 233 do Cod. Crim.) fôr commettida *sem ser por alguns dos meios mencionados* no art. 230, será punida com metade das penas estabelecidas." — No art. 238 repete o Cod., *mutatis mutandis*, a mesma disposição relativamente á injuria; e os meios mencionados no art. 230 são — os papeis impressos, gravados ou lithographados, que se — distribuirem por mais de quinze pessoas.

É pois bem claro e terminante que ambos os crimes podem ser commettidos, segundo dissemos, sem a circumstancia da *publicidade*, resultante dos sobreditos meios, no que concorda a legislação franceza, cuja theoria expõe Chassan, sob os numeros 63, 88, 519, 522 etc.

Não obstante, foi julgado pela Relação deste districto (Pernambuco), em Accordão de *Habeas Corpus*, proferido em favor de certo paciente, processado por crime de injuria, "que não ha base para processo e julgamento na falta de *quesito essencial, ou de ter sido distribuida, ou mesmo lida, a carta que deo causa á queixa e ao Summario, á mais de quinze pessoas*." (Accordão de 8 de Abril de 1862.)

Fica-se realmente surprehendido ao ver arestos d'esta ordem, firmados por magistrados de um tribunal superior, aliás recommendaveis por sua illustração e inteireza, em materia tão delicada como a da segurança da honra. E ai de nós se houvessem de prevalecer tão graves equivocos, pois outro nome não podem ter taes arestos.

Entretanto, nada nos parece mais certo, corrente e incontestavel, em face da lei e da sã theoria criminal, do que constituirem injurias dirigidas á qualquer pessoa, em carta particular, verdadeiros delictos, e poderem servir de base a processo e julgamento, muito embora não tenha querido aquelle que recebeo a carta, *aggravar o seu soffrimento*, encarregando-se de dar por si uma inútil publicidade ás injurias que lhe foram irrogadas.

O character proprio e especifico da injuria é que, dirigindo-se especial e directamente á pessoa que d'ella é objecto, tem menos por fim prejudicar a sua reputação, do que irrita-la ou humilha-la offendendo os seus sentimentos, de sorte que póde-se mui bem injuriar um individuo, sem que outra pessoa mais além d'elle seja disso instruida.

Sanccionando esta doutrina, a lei ingleza tambem qualifica de — *libello* — o enviar a alguém uma carta offensiva fechada, tanto como se essa carta fosse publicada pela imprensa. Ella considera um tal factio, não como infracção effectiva á paz publica, mas como tendente a provocar ou excitar os outros a infringi-la, como capaz de excitar á vingança, e mesmo ao derramamento de sangue. V. Blackstone, *Comment.*, liv. 4, cap. 2, pag. 449 da trad. fr. por Chompré —, e Chassan n. 77.

27. Deixando por ora de parte a maneira exclusiva e incongruente, porque o nosso legislador admittio e applicou uma ideia aliás verdadeira, procuremos saber em que consiste essa *publicidade*, de que a lei faz a condição ou elemento essencial e constitutivo dos abusos puniveis na liberdade de communicar os pensamentos.

Nos termos do nosso Codigo essa publicidade não resulta sempre das mesmas circumstancias. Assim, se se trata de escriptos, quer sejam impressos quer não, a publicidade necessária para dar-lhes o character criminoso resulta do facto — *da distribuição dos mesmos por mais de quinze pessoas* (arts. 7 § 5, 90, 99, 119, 230, 277 a 279); se se trata de estampas e pinturas, ella resulta do facto de — *estarem expostas publicamente á venda* (art. 279); se finalmente de discursos, do facto de serem estes — *proferidos em publicas reuniões, e, sendo contra qualquer culto estabelecido no Imperio, tambem do facto de serem — proferidos na occasião e lugar em que o culto se prestar* (art. 277). Taes são os modos porque entre nós pôde ter lugar a *publicidade* necessaria para caracterisar, em regra, os abusos da liberdade de communicar os pensamentos, e converte-los em delictos susceptiveis de punição.

28. De que os delictos da imprensa são de uma natureza e character especiaes, como acabamos de ver, poder-se-hia razoavelmente deduzir a conveniencia de uma legislação tambem especial para rege-los, e tal é a opinião de muitos publicistas, opinião que em nosso paiz foi realisada pela Lei de 20 de Setembro de 1830, onde foram primitivamente definidos e regulados aquelles delictos.

Não obstante, os redactores do Codigo Criminal, considerando sem duvida a imprensa e os outros meios de communicação do pensamento unicamente como simples *modos de acção*, entenderam que não havia necessidade de deixar os factos á perpetração dos quaes elles podiam servir, sujeitos ao regimen de uma lei particular; e alterando e refundindo por conseguinte nos arts. do Codigo, as disposições da Lei de

20 de Setembro, collocaram os delictos da imprensa etc. na mesma classe dos delictos communs, e os submeteram a todas as suas regras, ficando assim inteiramente revogada aquella lei¹.

29. Mas, se por um lado nenhum inconveniente havia em fazer entrar os abusos da liberdade de communicar os pensamentos no systema geral do direito criminal, por outro convinha attender a que o desenvolvimento progressivo dos diversos meios de publicação, trazendo comsigo abusos sempre mais numerosos, exigia tambem disposições mais amplas e mais circumstanciadas, afim de se conseguir a necessaria repressão; e foi justamente o que não succedeo concorrendo talvez em grande parte para isto a fusão operada. A uma penalidade demasiadamente branda, o nosso Codigo reúne, n'esta, materia, um laconismo exagerado, fonte de grande numero de duvidas e questões

¹ Assim decidimos *á ratione* uma questão, que a outros tem parecido duvidosa, e que ainda este anno (1865) foi *praticamente* decidida na Côrte do Imperio, em sentido contrario, por um magistrado criminal, em certo processo por elle julgado de conformidade com as disposições da Lei de 20 de Setembro de 1830.

No mesmo sentido se pronunciaram em 1848 e 1849 o Supremo Tribunal de Justiça e a Relação d'esta provincia; o que deo lugar á expedição do Av. Circular de 15 de Janeiro de 1857, declarando, sobre consultada Secção de Justiça do Conselho de Estado, que aquella lei especial achava-se *completamente revogada*, devendo os crimes commettidos pela imprensa ser processados pelas leis posteriores. Os argumentos historicos e outros mais, em que fundou o Governo Imperial essa declaração, sempre nos pareceram solidos e procedentes.

É certo que, em principio, uma lei especial nunca se deve entender revogada por outra lei geral posterior, senão quando o é expressamente, ou quando se torna com ella incompativel (Dec. de 6 de Julho de 1693). Importa porém não exagerar o alcance deste principio, a ponto de torna-lo inconciliavel com a razão, a ponto de faze-lo degenerar em absurdo.

Ora, quando a lei antiga e a lei nova *estatuem sobre a mesma materia*, e a lei nova não reproduz uma disposição particular da lei antiga, sem pronunciar todavia revogação expressa, devemos não obstante concluir que essa disposição particular acha-se revogada. Assim o entendeu o Conselho de Estado na França em Av. de 8 de Fevereiro de 1812, e assim tambem o julgou a Corte de Cassação em aresto de 8 de Fevereiro de 1840.

E com effeito (diremos com abalisados Ictos Francezes), se o legislador, que não pronuncia abrogação formal, não deve em geral ser presumido querer impedir *a fusão*, a coexistencia das duas leis, o contrario tem lugar quando a lei nova cria sobre *a mesma materia um systema inteiro e completo*, mais ou menos differente do da lei antiga. Em tal caso não seria sabio alterar a economia e unidade d'esta lei nova, misturando-lhe disposições talvez heterogenas da lei antiga, que ella substituiu. Merilhou, *Encyclop. du Droit*, v. *Abrogation*, Demolombe, *Cours de Code Civil*, tom. I, n. 28.

Eis ahi, quanto a nós, e pelo que diz respeito ao nosso assumpto, o caso em que precisamente nos achamos com a lei de 20 de Setembro de 1830 em presença do Codigo Criminal, que lhe é posterior.

fundadas; de maneira que, em face das suas disposições, não seria temeridade dizer-se, que no Brazil a imprensa ainda carece de uma lei verdadeiramente repressiva e salutar, de uma lei que proteja a liberdade, estremando-a o mais possível da licença.

30. Entretanto, a mesma natureza das cousas contém em si exigencias, que se não pódem dissimular. Assim, nos delictos da imprensa o facto da publicação, que é o facto criminado, compõe-se de alguma sorte de trez actos distinctos e successivos: a redacção, a impressão e a edição; e o que ordinariamente acontece, é que cada um d'esses trez actos provém de um agente diverso¹.

N'estas circumstancias pois era necessario que o legislador, dominado pelo desejo de favorecer a todo custo a expansão do direito individual, e querendo ao mesmo tempo reprimir-lhe os abusos, tratasse antes de tudo de determinar qual dos trez agentes (autor, impressor ou editor) se devia considerar como *exclusivamente* criminoso e responsavel nos abusos da liberdade de communicar os pensamentos. E d'ahi as disposições verdadeiramente especiaes, ou antes singulares, contidas nos cinco §§ do art. 7 do nosso Codigo; disposições que, reunidas á do art. 8, fazem dos delictos da palavra, da escripta e da imprensa delictos de uma natureza mais que especial, pois que lhe criam uma natureza verdadeiramente *privilegiada*, como teremos de mostrar².

Postos estes principios, entremos com o seu auxillio na analyse dos cinco differentes §§ de que se compõe o art. 7, pois que, repellindo o systema do legislador toda coautoria ou cumplicidade nos delictos da imprensa, inutil fôra procurar determinar aqui, por meio de uma theoria

¹ Nada obsta, e é mesmo bem possível, que o autor de um escripto seja ao mesmo tempo o impressor ou o editor d'elle; como porem não é isto o que por via de regra acontece, d'ahí a necessidade de legislar directamente para os casos ordinarios, sem que aliás fiquem prejudicados os excepçoes, implicitamente contidos na lei, e resolvidos por uma justa apreciação d'ella.

² Quanto ás disposições do art. 7 e seus §§, foram ellas trasladadas, com ligeiros additamentos, do art. 7 da Lei de 20 de Setembro de 1830. O mesmo porém não acontece com a disposição do art. 8.

geral, qual a relação de criminalidade existente entre os sobreditos agentes, autor, impressor ou editor.

LIÇÃO SEGUNDA

SUMMARIO

1. — Correlação entre as ideias de responsabilidade e de liberdade. — 2. Applicação d'este principio pela Constituição e desenvolvimento pelo Codigo Criminal em materia de comunicação dos pensamentos. — Será ella satisfatoria? — 3. Exposição do systema do Codigo e justificação partial do mesmo. — 4. Critica d'esse systema emquanto isenta da responsabilidade o impressor, mostrando este obrigação escripta de editor idoneo. — Disposição contraria do Direito Romano e das antigas legislações da Alemanha e da França, preferivel. — 5. Objecções dos coripheus do liberalismo contra a applicação d'esse direito aos delictos da imprensa. — Appreciação. — 6. Opinião exagerada de B. Constant, combatida por Guizot e de Serres, e regeitada pela lei franceza. — 7. Desenvolvimento e apreciação do assumpto por Chassan. — 8. Continuação e conclusão do autor em sentido favoravel á referida lei. — 9. Accordo da legislação ingleza com a franceza sobre o mesmo ponto. — 10. Divergencia e critica d'essas legislações. —

11. Analyse do delicto da imprensa e applicação exacta da theoria do direito penal commum, segundo Rossi e Ortolan, dando aos impressores a qualificação de autores do delicto. — 12. Insufficiencia da qualificação de cúmplices, que lhes attribuem as sobreditas legislações. — 13. Objecção de B. Constant reproduzida por Chassan. — Refutação da doutrina de ambos tambem professada por R. Phillips. — 14. Continuação. — 15. Receio dos escriptores francezes a prevalecer a doutrina que defendemos com as patentes dos impressores. — Transacção repellida. — 16. Nova objecção tirada da profissão mercantil dos impressores e resposta a ella. — 17. Reconhecimento dos verdadeiros principios por Chassan, e opposição infundada á sua applicação. — 18. Poder da imprensa para não necessitar de favores. — 19. Ultima objecção e resposta. — 20. Necessidade de occupar-se tambem com a honra da imprensa, e de reforçar o systema de repressão que a rege, erigindo em principio a responsabilidade principal do impressor. — 21. Determinação do verdadeiro sentido em que se deve tomar a doutrina por nós sustentada. — 22. Volta ao exame e critica do art. 7 § 1 do nosso Codigo. — Contraste entre a sua disposição e a natuzera das cousas. — 23. Tributo pago pelo legislador ás ideias do seu tempo,

e deploraveis consequencias que d'ahi tem resultado. — 24. Preocupação excessiva que o impedio de ver a criminalidade do impressor. — O máo escripto comparado á moeda falsa. — 25. Bom caminho em que entrou o Codigo do Processo, e necessidade de adiantarmo-nos n'elle. — 26. Questão sobre a natureza do ministerio do impressor, e opinião excentrica dos ultra-liberaes a respeito. — 27. Refutação e regeição. — 28. Determinação do sentido legal da palavra — impressor. — Intelligencia abusiva que se lhe tem dado. — 29. Continuação da mesma materia. — 30. O impressor do art. 7 § 1 é, e deve ser o mesmo dos arts. 303 e 304. — 31. Applicabilidade ao gravador e ao litographo do que se diz a respeito do impressor. — 32. Exame dos trez requisitos exigidos na pessoa do editor, para que a sua responsabilidade desonere o impressor. — 33. Exame do primeiro requisito, e justificação d'elle. — 34. Opinião do Dr. Mendes da Cunha sobre o sentido da expressão — *pessoa conhecida*. — Divergencia. — 35. Determinação do sentido verdadeiro a dar á essa expressão. — 36. Exame do segundo requisito. — Razão que teve o legislador para exigilo como meio de reforçar o primeiro. — 37. Variabilidade da residencia. — Enfraquecimento da garantia, e grave

questão que d'ahi decorre. — 38. Opinião do Dr. Mendes da Cunha, a respeito. — 39. Dissidencia de nossa parte, e motivos em que ella se funda. — 40. Exame do terceiro requisito. — Fraqueza notoria da garantia que elle offerece. — 41. Corollario importante que d'ahi se deve não obstante tirar. — Desenvolvimento e justificação da doutrina do legislador n'esta parte. — 42. Limitação feita ao mesmo requisito; motivos em que se basêa, e como deve ser entendida.

I

1. Entre as ideias de responsabilidade e de liberdade ha uma associação de tal sorte rigorosa e necessaria, que uma d'ellas não se pode conceber sem a outra. Assim como sem liberdade não pôde haver responsabilidade, assim tambem sem responsabilidade não poderia haver liberdade. E d'ahi veio a dizer um publicista moderno, que a liberdade, em todos os grãos, consiste no poder que tem cada um de nós de obrar sob sua propria responsabilidade.

2. Esta doutrina parece ter sido a que tiveram em vistas os redactores da nossa Constituição formulando o § 4 do art. 179, onde se declara que — “todos podem communicar os seus pensamentos por palavras, escriptos, e publica-los pela imprensa, com tanto que hajam de *responder* pelos abusos que commetterem no exercicio d'este direito, nos casos e pela fôrma que a lei determinar.” E a lei reguladora da liberdade dos pensamentos (quanto aos casos) acha-se hoje, como já vimos, no

presente Código Criminal, (revogada inteiramente a Lei de 20 de Setembro de 1830¹).

Como porém desenvolveu e applicou o legislador ordinario a doutrina do legislador constituinte? Será satisfatorio o desenvolvimento, será justa a applicação que d'ella fez? É o que vamos agora apreciar um pouco detalhadamente, como convém.

3. Em primeiro lugar faz o Código responsaveis pelos abusos da liberdade de communicar os pensamentos — o impressor, gravador ou litographo. — Mas essa responsabilidade, longe de ser absoluta ou principal, é apenas condicional ou subsidiaria, pois que d'ella ficam *inteiramente* desonerados, se mostrarem por escripto obrigação de *responsabilidade* do editor, sendo esta pessoa conhecida, residente no Brazil, e que esteja no gozo dos seus direitos politicos, salvo quando escrever em causa propria, caso em que se não exige esta ultima qualidade. (art. 7 § 1).

Vê-se pois que o Código, em vez de dirigir-se logo ao autor do escripto ou de outro qualquer impresso, dirige-se aos primeiros instrumentos de sua publicação, e d'esta maneira vem a responsabilisar, em regra, por escriptos alheios e na qualidade de autores dos delictos que elles possam conter, individuos que, não só não se reconhecem como redactores d'esses escriptos, mas que na realidade se sabe que os não compuzeram.

Até aqui porém nada ha, que se não possa razoavelmente explicar. Já sabemos com effeito, que o damno para os individuos, que o perigo para a sociedade só podia vir do pensamento manifestado, ou do escripto *publicado*, sendo que a lei, por esse motivo, só criminava e punia o facto da publicação ou edição dos máos escriptos, etc.

¹ V. Lição Primeira, n. 28 e nota correspondente, pag. 181.

Ora, quando o impressor, gravador ou lithographo de uma obra deixa de munir-se com a responsabilidade do editor, ha toda razão para suppôr-se que elle quiz tomar sobre si os riscos da publicação perante a sociedade. A lei por conseguinte não podia deixar, sem ineptia, de dirigir-se a elle para a reparação do damno proveniente d'essa obra, e para o sofrimento da pena correspondente ao delicto.

Em tal caso ella o considera como o verdadeiro editor ou publicador; e com tanto mais fundamento, quanto todos sabem que, na realidade, — *um escripto impresso é ordinariamente um escripto publicado*¹.

4. O que talvez não se possa explicar razoavelmente; o que importa mesmo, quanto á nós, uma derogação estranha aos principios do direito criminal commum, é que o legislador isente *inteiramente* a essa classe de individuos da responsabilidade dos impressos, quando elles apresentam por escripto a responsabilidade do editor, tendo este as qualidades requeridas. E dissemos que essa isenção é *inteira*, porque, á vista do art. 8 do Cod., não podem mesmo taes individuos ser chamados a responder na qualidade de cúmplices.

Segundo a legislação romana, os escribas ou copistas, que outrora faziam as vezes dos impressores nas sociedades modernas, eram reputados como coautores dos delictos contidos nos escriptos que copiavam: "*Si quis librum, diz Ulpiano, ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quidem eodem*

¹ Quando um escripto qualquer apparece na circulação, uma das primeiras perguntas, que logo occorrem a seu respeito, é a seguinte: Em que typographia foi elle impresso? E de ordinario nada mais facil do que responder a essa pergunta, graças á providencia dos arts. 304 e 305 do Cod. Crim.

O impressor pois, é de alguma sorte a ponta do fio de Ariadne, que primeiro e mais facilmente se apresenta ao legislador para guia-lo no intrincado labyrintho da responsabilidade criminal, para faze-lo chegar á descoberta do primordial autor do delicto. E se elle não tem um editor responsavel que satisfaça a lei, força é que se resigne á responsabilidade, que sobre si pesa mui natural e justamente.

O processo estabelecido pelo legislador n'estes casos é não só o mais facil, senão também o mais justificado em si mesmo, e em seus resultados.

fieret... uti de ea re agere liceret." (L. 5 § 9 Dig. de injur. et fam. lib.). Tal era também, como nos atesta Chassan, a disposição da Carolina na Alemanha, e da antiga Ordenança de Moulins na França. E porque não havia o nosso Código de adoptar os princípios d'estas legislações famosas?

5. Dir-se-ha sem duvida com os coripeus do liberalismo, que seria isto matar a liberdade da imprensa, e privar-nos dos seus grandes beneficios; — que d'esta maneira ficariam os escriptores á discrição dos impressores, cuja responsabilidade torna-los-hia *censores* obrigados dos escriptos a imprimir; e que afinal os impressores não são, de ordinario, mais que os cúmplices innocentes dos abusos da imprensa, sendo que considera-los de outra sorte, fôra expo-los a condemnações injustas, visto como nem sempre lhes é possível fazer um exame accurado de todos os manuscritos, nem mesmo ter os conhecimentos especiaes para aquilatar sua criminalidade etc.¹

Não duvidamos que se pretenda achar n'estas allegações o que ha de mais razoavel e concludente; mas pelo que nos diz respeito, temos a infelicidade de não descobrir n'ellas senão o mais affectado emprego da hyperbole e da ficção, que por amor da justiça e da ordem publica importa reduzir aos devidos termos.

Na verdade, como toda lei que quer efficazmente proteger a liberdade, deve, ressalvando aquillo que a favorece, reprimir inexoravelmente aquillo que a offende; e como (para nos servirmos da expressão de um distincto escriptor) não é por ficção nem por convenção que as acções dos homens são boas ou más, cumpre que n'esta materia, como em todas as outras, nos desembaracemos das ficções e exagerações, para só vermos a realidade das cousas, se é que não queremos a licença em lugar da liberdade.

¹ N'este sentido parece, em certo modo, ter-se pronunciado o Dr. Mendes da Cunha, em suas *Observações* ao Código Criminal, pag. 59. Mas, se effectivamente foi tal o alcance de soas expressões, força é confessar, que não estão em harmonia com o espirito severo, que dictou o trabalho de tão talentoso quanto integro e respeitavel magistrado.

Póde-se mui bem (diz C. Comte) declarar que tal acção innocente será punida, e que tal acção prejudicial não o será; mas quando se tiver feito esta declaração, as cousas não deixarão de ser o que eram d'antes; sómente ter-se-ha uma lei que punirá o bem, e que autorizará o mal, uma lei que opprimirá, ou tolerará a oppressão. Por quanto, accrescenta judiciosamente o mesmo publicista, por toda a parte onde acções innocentes são punidas, e por toda a parte onde *acções prejudiciaes a outrem são toleradas*, ha igualmente oppressão.

6. Quando na camara dos deputados da França discutio-se o projecto da lei de 17 de Maio de 1819, Benjamim Constant, exagerado defensor da liberdade da imprensa, sob o pretexto de pedir garantias para os impressores, queria effectivamente que elles não podessem em caso algum ser punidos como cúmplices dos delictos nos impressos sahidos de suas officinas. Mas Guizot fez logo observar com razão, "que era impossivel dizer antecipadamente, que o impressor não teve a intenção de concorrer para um delicto." E o guarda sellos de Serres, levantando-se igualmente contra tão descommedida pretensão, accrescentou que "não era mais uma garantia que se pedia, porém um *privilegio para a culpabilidade*, o direito de commetter impunemente um delicto; — que o impressor, emfim, podia tornar-se realmente cúmplice pelo unico facto da impressão da obra."

Em consequencia pois d'estas observações, cheias de previdencia e de verdade, e de outras mais que fóram feitas, chegou-se a formular o art. 24 da citada lei, em virtude do qual, o impressor de um escripto não só é responsavel por elle na qualidade de autor principal, quando o redactor (*qui composuerit*) é desconhecido, e quando não ha editor, mas tambem póde ser perseguido e declarado responsavel na qualidade de cúmplice, quando o redactor é conhecido, se procedeo á impressão *scientemente*¹.

¹ Grattier, *Commentaire sur les lois de la presse etc.* tom. I, pag. 281.

7. “Parece á primeira vista, diz Chassan desenvolvendo o pensamento d’essa doutrina, que todo aquelle que concorreo para uma publicação criminosa, deve ser considerado como cúmplice. Por esse titulo o impressor seria criminoso de cumplicidade. Mas por este titulo tambem os operarios da imprensa o seriam igualmente. Convem observar com tudo, que, nos termos do direito commum, o simples concurso para a infracção não basta para constituir a cumplicidade. O § 3 do art. 60 do Cod. pen. exige que o auxilio ou a assistencia nos factos que prepararam, facilitaram ou consummaram o delicto, tenham sido dados com conhecimento de causa... Em direito commum portanto a cumplicidade não existe senão quando o concurso é material e intellectual ao mesmo tempo. Debaixo d’esta relação o concurso do operario, ser puramente passivo, não é admissivel, para constituir a cumplicidade.

Mas deverá dar-se o mesmo com o chefe do estabelecimento? Poder-se-ha dizer que o impressor esteja reduzido, como o seu operario, á natureza dos seus prelos, de seus caracteres, do seu papel? Não sem duvida. O impressor sabe que um escripto póde encerrar um delicto; ora, consentindo em tornar-se o agente da publicação, elle concorre, por facto seu, para essa publicação, e por conseguinte para o delicto, se o ha. Seu dever desde então não é apreciar o escripto? Se elle o fez, conheceo o mal e consentio em tomar sobre si uma parte da responsabilidade da publicação. Se o não fez, commetteo uma culpa grave, que é assimilhada ao delicto, e, n’este caso, *ex vero delicto tenetur*. Parece pois razoavel que o facto da impressão deve constituir a seu respeito a cumplicidade. Poderia sem duvida ser rigorosamente assim¹.”

8. Entretanto, depois de haver discorrido por este modo, Chassan allega que, por um lado, é constante que os impressores, principalmente os de jornaes, quasi que não tem o tempo nem os meios de chegarem ao conhecimento do que imprimem; e que por outro, não

¹ *Delits e Contraventions de la parole etc.*, tom. I, ns. 203 e 204.

sendo livre a profissão de impressor, antes achando-se por assim dizer nas mãos do governo, o qual pôde priva-lo de sua patente (*brevet*) no caso de uma condenação, considera-lo como cúmplice pelo unico facto da impressão, seria evidentemente pôr os escriptores á mercê, não dos impressores, mas da autoridade, vindo a liberdade da imprensa por conseguinte a não ser mais do que um embaçamento.

Por conseguinte, conclue o douto publicista, “sabiamente se decidio, que os impressores não podem ser procurados, de maneira nenhuma, pelo unico facto da impressão. Tal é o *principio geral* cuja applicação tem lugar em todas as materias da imprensa sem distincção. Mas, para que o impressor possa invocar o beneficio delle, é mister que se tenha conformado aos deveres essenciaes de sua profissão, isto é, que tenha obtido uma patente do governo, e que tenha preenchido as formalidades prescriptas pelo tit. 2 da L. de 21 de Outubro de 1814 sobre a policia da imprensa. Do contrario a protecção o abandona. Desde esse momento elle pôde ser procurado e punido ou como cúmplice, ou como autor principal do delicto, conforme as circumstancias, pelo unico facto da impressão. Elle pôde ainda ser procurado, se, não obstante haver-se conformada ás prescrições da lei de 1814, o autor do escripto é desconhecido. Por quanto, n’este caso, elle não é mais um ser passivo, um simples instrumento material; é o autor verdadeiro da publicação. Mas então não é mais como cúmplice, é como autor principal do delicto que elle é chamado a juizo.”

“Entretanto, prosegue ainda Chassan, libertar um impressor de toda responsabilidade, é declarar d’ante mão, que elle não saberá jamais o mal que poderá fazer. Esta supposição é contraria a todos os principios do direito criminal. Ella não é admissivel. Decidio-se pois que o impressor, que se conformou á lei de 1814, pôde todavia ser procurado como cúmplice, no caso em que elle obrou *scientemente*, como se diz no

art. 60 do Cod. penal. Mas não se deve perder de vista, que o impressor é *sempre presumido ter obrado de boa fé e não scientemente*¹."

9. Eis ahi, fielmente reproduzido, tudo quanto, em nossa opinião, se póde dizer de mais razoavel em favor dos impressores, e tudo quanto póde autorisar de mais honesto um legislador esclarecido e providente. É também, para nada omittir de importante, o que concede e autorisa a legislação da Inglaterra, onde, segundo a phrase de Ricardo Phillips, a liberdade da imprensa é *um ramo da constituição*.

Ali também o impressor responde civil e criminalmente pelo *libello* publicado, se não nomea quem é o seu autor; mais, ainda nomeando-o, fica sujeito á responsabilidade como cumplice, se se provar que concorreo para a publicidade com *intenção maliciosa*. No primeiro caso o impressor não póde excusar-se sob o fundamento de que ignorava o conteudo dó escripto; no segundo é mister que se prove positivamente, que teve conhecimento d'elle, achando-se do seu lado a presumpção de innocencia, embora o escripto, como diz Ricardo Phillips, seja um *libello grosseiro e escandaloso*².

10. Não obstante porém o peso de tão graves autoridades, seja-nos permittido confessar, que a doutrina por ellas sustentada não parece inteiramente satisfactoria. Ha com effeito, nas razões que temos reproduzido em favor dos impressores, alguma inexactidão, que, em nosso fraco entender, contraria fortemente a verdade, assim como nas legislações que as sancionam, algum favor que a justiça e o interesse social invencivelmente repellem. Não é sem receio que fazemos similhante confissão; mas o ponto parece-nos capital, e o sentimento do dever sobrepuja toda nossa hesitação.

11. Já dissemos que o facto da publicação, no qual reside, segundo a lei, o delicto da imprensa, compunha-se por assim dizer de tres

¹ Ibidem, n. 205.

² *Des Pouvoirs et des obligations des jurys*, cap. 11, trad. de C. Comte.

actos distinctos — a redacção, a impressão e a edição; — sendo que cada um d'esses actos provinha ordinariamente de um agente diverso. Defeito, assim como a edição que realisa a publicidade criminosa, suppõe necessariamente a impressão, assim esta por sua vez suppõe tambem a redacção do escripto.

Ora, em boa theoria, parece que não póde a qualificação de agente principal ou de autor, ser recusada por forma alguma áquelle que, com quanto não fizesse o acto mesmo constitutivo do delicto, todavia praticou actos de tal sorte necessarios á realisação d'esse delicto, que fazem parte essencial de sua execução, e tanto que, sem elles essa execução não teria tido lugar.

Nem somos nós quem assim o diz: são o Conde de Rossi, Ortolan e outros Criminalistas de igual nota, que altamente o ensinam.

“São codelinquentes por participação physica, diz o primeiro, — os que por um facto material, *de qualquer natureza que seja*, prestam um auxilio tal á execução do crime, que, sem o seu facto, o crime, *em sua especialidade*, não teria provavelmente sido commettido¹.”

“A qualificação de autor material (confirma o segundo) póde ser ampliada áquelle que, sem ter feito os actos constitutivos por si mesmos do delicto, fez outros de tal sorte necessarios á producção d'esse delicto, que fazem parte essencial da execução, e que sem elles essa execução não poderia ter tido lugar. Em uma palavra áquelle, que fez uma acção de tal forma necessaria á producção do delicto, que somos autorisados a qualifica-los de causa efficiente, causa productora d'esse delicto².”

¹ *Traité de Droit Penal*, liv. 2., cap. 27.

² *Éléments de Droit Penal*, n. 1269. — Note-se porém, que a expressão autor *material*, ou codelinquente por *participação physica*, não deve ser tomada em um sentido absoluto e exclusivo. Por quanto, como justamente observa Ortolan, não quer ella dizer, que o autor de que se trata, não seja senão um agente physico, um instrumento puramente material, sem o concurso de suas faculdades moraes; caso este, em que não poderia ser

Sendo pois assim, é bem claro que, na hypothese de partir cada um dos sobreditos actos (redacção, impressão e edição), ou pelo menos dous, de um agente distincto do que pratica o outro, não póde por certo o delicto da imprensa, pela mesma natureza das cousas, ter jamais um autor unico, senão multiplo; é bem claro que o redactor e o impressor do escripto são egualmente autores do delicto, tanto como o editor d'elle.

12. Resulta por conseguinte do exposto, que a qualificação, de *cumplices*, dada aos impressores, é insufficiente e repellida pelos principios da sciencia penal, porque importa o rebaixamento de um papel principal, que merece fixar tanto mais seriamente a attenção, quanto é sabido que os delictos de que se trata, tiram a maior parte do seu poder offensivo, da facilidade com que o instrumento de publicação chamado imprensa multiplica as copias de um escripto. E insistimos sobre este ponto, não só porque elle não é indifferente sob o imperio de legislações como a nossa, onde a penalidade correspondente aos autores e aos cumplices não é a mesma, mas tambem porque é d'este preliminar que partimos, para sustentar que o impressor, só pelo facto da impressão, póde e deve ser chamado a responder pelos delictos da imprensa, porque o seu concurso é indispensavelmente necessario á perpetração de taes delictos.

13. Mas como assim, se os impressores, conforme allega Chassan depois de B. Constant, quasi que não tem o tempo, nem os meios de chegarem ao conhecimento do que imprimem? Queremos nós destruir a liberdade da imprensa, pondo os escriptores á mercê dos impressores, e em definitiva á mercê da autoridade? Não iria a nossa opinião dar lugar a condemnações injustas, pois que o facto material da impressão não é sufficiente para tornar criminoso o impressor, não

responsavel. Similhante expressão é apenas empregada em contraposição á de — autor *intellectual* —; designando esta, o que concebeu a ideia, o pensamento do crime, e aquella, o que realisou os actos phisicos da execução. (V. a nota 10, correspondente ao n. 23 da Lição primeira.)

podendo haver delicto sem conhecimento do mal e intenção de o praticar? Nada d'isto porém se deve receiar.

O que sómente desejamos, é mostrar como, por meio de inexactidões e exagerações, a nada menos se tem chegado, do que a estabelecer um *privilegio* em favor dos individuos que manejam o mais poderoso instrumento de acção; um privilegio verdadeiramente exorbitante e funesto, pois que não será difficil descobrir n'elle uma das causas mais activas do descredito e da prostituição d'esse mesmo instrumento, assim como de um grande *numero de desordens* que lamentamos na sociedade.

O que não podemos conceder com Chassan e Ricardo Phillips, é que se estabeleça a respeito dos abusos da liberdade de communicar os pensamentos, uma responsabilidade toda excepcional e excentrica da responsabilidade do direito commum.

O impressor, como reconhecia B. Constant, é um homem que concorre com o escriptor para a publicação de uma obra: o escriptor por seu pensamento, o impressor por sua typographia. Um é o autor do escripto, outro o instrumento da publicação¹. Se no escripto publicado encontra-se alguma cousa de contrario á lei penal, porque não serão igualmente chamados a responder pelo abuso essas duas entidades, se nenhuma d'ellas pôde conservar-se occulta, tendo aliás o seu concurso sido indispensavel ao delicto da imprensa, conforme já mostrámos?

Toda acção voluntaria contraria á lei penal, isto é, todo o crime ou delicto presume-se commettido com uma vontade criminosa, a menos que a certeza ou a verosimilhança do contrario, não resulte das circumstancias particulares da causa, opportunamente examinadas segundo a lei. Tal é o principio, implicita ou explicitamente consagrado por todas as legislações, tal a regra que todos os dias vemos applicada. E

¹ V. o *Discurso sobre a responsabilidade imposta aos impressores*, sessão de 10 de Março de 1827.

posto que pareça em opposição com o axioma *dolus non presumitur*, todavia cumpre dar-lhe a preferencia, pois é o resultado d'est'outra presumpção *especial*, e conseguintemente preponderante: que todo homem, sendo dotado de intelligencia e de razão, presume-se ter consciencia d'aquillo que faz¹.

Haverá n'isto algum rigor, que não seja o rigor indispensavel ao direito commum, que para todos deve ser igual? Que motivos occultos ou desconhecidos poderiam isentar d'elle os impressores?

14. É fóra de toda contestação, que os impressores, como reconhece Ghassan, não podem ser reduzidos á natureza dos seus prelos, typos, etc. Elles não são com effeito machinas que obrem cegamente. Longe d'isto; são de ordinario pessoas de alguma instrucção, ou que podem vir a te-la. A curiosidade mesma natural a todo homem de uma certa posição, e o grande interesse que elles tem de velar na impressão dos escriptos que lhes são confiados, afim de que ao menos saia limpa e correcta, naturalmente os leva a inteirarem-se do conteúdo d'esses escriptos; e de facto (observa um celebre escriptor) elles conhecem ás mil maravilhas quaes as obras de que podem esperar consumo, e refusam implacavelmente as outras².

Não serão pois motivos bastantes, para que a presumpção de conhecimento milite suavemente contra os impressores? "*Ex eo quod plerumque fit, ducuntur proesumptiones,*" diz Cujacio. E se a lei deve ser igual para todos, não vemos razão para que, em materia de imprensa, haja de prevalecer a regra contraria só em favor dos impressores.

Vê-se portanto que, sem esforço e mesmo fóra de todo o rigor, a presumpção de conhecimento vem naturalmente collocar-se ao

¹ O Codigo Penal da Baviera, art. 43, expressamente consagra esta regra de uma pratica quotidiana em todos os paizes, e que alias tanto se applica aos agentes principaes, como aos secundarios ou accessorios, tanto aos autores como aos cumplices propriamente ditos.

² De Bonald, Sur la liberté de la presse.

lado do impressor, vem forcejar contra elle; e desde então nada parece menos fundado, do que erigir em *principio* a irresponsabilidade d'esse tímido cooperador, como querem Chassan e R. Phillips de acordo com as legislações de França e Inglaterra.

Ainda quando se concedesse, como formalmente ensina o ultimo d'esses dous escriptores, que ao impressor só póde caber a qualificação de cúmplice, sendo a de *principal criminoso* reservada ao autor, ainda assim não se concebe porque privilegio deveria elle escapar á presumpção de intenção criminosa, deduzida da existencia do crime, presumpção a que, como já vimos, estão sujeitos por direito commum tanto os autores como os cúmplices de qualquer infracção da lei penal.

Se o autor, na phrase de Ricardo Phillips, é criminoso *prima facie*, e não póde a presumpção de má fé da sua parte ser illidida senão mediante as provas de innocencia que elle proprio offerecer, porque razão, tratando-se do cúmplice impressor, hão de ser invertidos os papeis, e posta a presumpção de innocencia do seu lado, ir pezar sobre o offendido ou queixoso o onus da prova de sua criminalidade?

Em vão se dirá com o escriptor inglez, que imprimir livros é uma occupação licita e digna de estima; e que, assim como nas accusações de homicidio, se o individuo autor do facto involuntariamente o commetteo no exercicio de suas funcções habituaes, a lei o não considera como homicida, antes o isenta de toda pena, reputando o facto um accidente, assim tambem deve acontecer com o impressor que, no exercicio de sua profissão, imprime um libello qualquer, ainda mesmo grosseiro e escandaloso¹.

A resposta é, que imprimir bons livros ou escriptos inoffensivos é certamente uma occupação licita e permittida; mas imprimir máos livros, libellos atrozes e evidentes é uma occupação

¹ *Des Pouvoirs et des obligations des jurys*, cap. 11.

reprovada, que nenhuma lei poderia apadrinhar. Por conseguinte, se algum d'estes escriptos sáe da officina do impressor, é mister que elle venha justificar-se perante a sociedade, exhibindo provas de sua innocencia, como qualquer outro delinquente, e não, que seja acoroçado em seus erros ou inadvertencias, e de alguma surte induzido a malversar, sob o amparo de uma presumpção de innocencia, que só aos offendidos irá collocar em apuros e difficuldades indevidas.

15. Teme-se entretanto que, prevalecendo a doutrina por nós sustentada, não venha a liberdade da imprensa a ser sulfocada nas mãos do governo, nos paizes como a França, onde o impressor para exercer a sua profissão precisa de uma patente, e póde ser privado d'ella no caso de condemnação. E por uma especie de transacção, com que não podem lucrar a justiça e a ordem publica, em vez de combater-se, e abolir-se a attribuição que a esse respeito arrogou-se a autoridade, reivindica-se, para neutraliza-la, o privilegio da boa fé *quand même*, e da irresponsabilidade dos impressores em *principio!*

Quanto a nós, de maneira alguma podemos admittir similhante transacção. Em nosso humilde entender a garantia proveniente do direito de patente, estabelecido em França, não vai a que resulta da responsabilidade dos impressores, quer encaremos a cousa pelo lado da justiça, quer pelo lado do interesse social.

Que a profissão portanto de impressor, do mesmo modo que outro qualquer genero de trabalho ou industria, seja muito embora livre e independente da autorisação do governo, como succede entre nós; mas que os individuos, que se atirarem a ella, tomem sobre si todos os riscos que lhes são inherentes, e a exerçam, como todos os outros industriosos, debaixo de sua responsabilidade: eis o que pedem a justiça e a utilidade publica. O contrario d'isto é fazer violencia ás cousas, é offender a lei da egualdade, para substituir garantias facticias ás garantias naturaes, que lhe são superiores.

16. Insistindo sobre a pretendida impossibilidade que ha para os impressores de lerem ou *mandarem ler* todos os escriptos confiados á sua officina, B. Constant não deixa de allegar que, se os condemnarmos á condição de responsaveis por tudo quanto imprimirem, reduziremos a nada os lucros de sua profissão! Mas duvidamos que se possa descobrir n'esta allegação um argumento serio e attendivel¹.

Toda a industria, como se sabe, sendo naturalmente limitada pelas forças e pelos meios (licitos) do homem, nenhum empresario póde contar com lucros e meios que estejam fóra do seu alcance; e seria tão contrario á verdadeira sciencia economica, quanto repugnante á moral, o pretender excitar sua industria com a perspectiva de ganhos, *á tort et à travers* adquiridos, sem o emprego d'aquelles meios, que aliás são os unicos capazes de legitima-los.

É forçoso pois, como bem dizia M. de Marchangy, que os impressores participem da responsabilidade d'aquillo que publicam, afim de que temam arriscar, por um ganho escandaloso, a segurança de seu estabelecimento commercial.

17. M. Chassan reconhece que o impressor bem sabe que um escripto póde encerrar um delicto, e que portanto, consentindo em tornar-se o agente da publicação, concorre por facto seu para essa publicação, e por conseguinte para o delicto, se o ha; — que o dever do impressor desde então é apreciar o escripto; — que se elle o fez, conheceo o mal e consentio em tomar sobre si uma parte da responsabilidade da publicação, e se o não fez, commetteo uma culpa grave, que é assimilhada ao delicto, e n'este caso *ex vero delicto tenetur*.

Mas se isto é razoavel, como confessa o illustre publicista, porque afastarmo-nos de similhante doutrina? O seu rigor, se é que o tem, é o mesmo do direito commum em materia de criminalidade, onde

¹ V. o *Discurso* já citado.

todos indistinctamente respondem não só pelo seu dolo, mas também pela sua culpa, isto é, pela falta do cuidado e da diligencia necessaria para não offenderem os outros; e a menos que queiramos decididamente fazer da imprensa um instrumento *privilegiado* do mal, não ha outro motivo para legislar em sentido contrario.

Entrando no direito commum, como qualquer outro instrumento de acção, a imprensa, segundo a phrase judiciousa e energica do guarda sellos de Serres, não obtém, não deve obter nenhum favor que lhe seja proprio; não encontra, não deve encontrar nenhuma hostilidade que lhe seja particular. Eis o que diz a prudencia, e o que pede a justiça.

18. A imprensa mesma é muito poderosa para necessitar de favores extorquidos á justiça e á segurança publica. Segundo a pittoresca expressão de um poeta, historiador e publicista, — “cada letra d’esse alfabeto, que sahio dos dedos de Guttemberg, continha em si mais fôrça do que os exercitos dos reis.”

Na verdade é essa a grande alavanca das sociedades modernas, por intermedio da qual se podem mover todas as outras. Mas cumpre não esquecer que, infelizmente, é tão poderosa para o bem quanto para o mal. E como diminuir-se então a responsabilidade dos que manejam essa gigantesca *espada de dous gumes*, sem expôr a sociedade aos maiores perigos, e a propria imprensa a mais vergonhosa abjecção?

19. Nem se diga afinal, que tornar os impressores responsaveis, seria querer um impossivel moral, seria exigir n’elles sciencia infuza, sendo aliás certo que não podem reunir em politica, em theologia, em litteratura, em legislação os conhecimentos necessarios para julgarem as obras que imprimem.

Ainda quando não fosse facil aos impressores mandarem examinar por outros os escriptos, cuja impressão lhes fosse incumbida, a resposta á esta objecção tirar-se-hia mui bem d’esse axioma celebre de

Zoroastro, que B. Constant justamente recorda. O sentimento da responsabilidade dir-lhes-ha por certo: *Na duvida abstende-vos*. E elles se absterão de tudo que lhes parecer próprio a compromette-los, sem que com isso venha a sociedade a soffrer perturbação alguma¹.

20. Muitas pessoas preocupam-se com a liberdade da imprensa, e mui poucas com a sua honra, e com as legitimas exigencias da ordem social. Somos, infelizmente talvez, do numero d'aquelles que pensam de um modo diverso, entendendo não serem essas duas cousas incompatíveis ao ponto de se dever necessariamente sacrificar uma á outra. Ora, se se quer salvar a honra da imprensa, e com ella a honra dos individuos e das familias, assim como a paz da sociedade, é mister reforçar antes de tudo um systema de repressão, que até aqui tem sido illusorio; é mister erigir em principio a responsabilidade dos impressores, estabelecendo contra elles a presumpção de má fé, em vez de acobertal-os com a presumpção de innocencia. Um escriptor, como excellentemente diz um grande philosopho e publicista, não tem muitas vezes nada a perder, nem mesmo reputação; um impressor tem sempre um estado a conservar. O escriptor pôde desvanecer-se com afrontar a pena para adquirir um nome; o impressor só vê o seu interesse, e guardar-se-ha bem de o arriscar, se a pena em que poder incorrer, for mais forte do que o lucro que poder esperar. Então, diz o sabio Visconde de Bonald, elle exercerá ou fará exercer, em seu proprio interesse, uma censura mais severa do que a censura official, sobre todo manuscripto cuja impressão lhe for confiada².

Então, diremos nós, a censura que todos elles exercem actualmente mais ou menos, porém de uma maneira desigual e caprichosa, segundo suas opiniões e affeições, tornar-se-ha obrigatoria,

¹ *Questions sur la législation actuelle de la presse en France* (1817).

Resigna-se B. Constant n'este escripto, mas em odio ao *brevet* dos impressores, a aceitar para elles um partido, que aliás nada tem de forçado, e de que ninguem, a dizer a verdade, pôde razoavelmente queixar-se, como adiante veremos.

² *Sur la liberté de la presse*.

tão vigilante e tão igual para todos quanto é possível sê-lo. Que preciosa garantia para os individuos e para a sociedade!

21. Cumpre porém advertir ainda uma vez, que, pedindo a responsabilidade dos impressores, não vamos até pretender que contra elles se estabeleça uma presumpção de má fé *juris et de jure*, uma presumpção tão absoluta e inflexível, que não deva ceder em algum caso á prova contraria, sendo corrente em direito que essa presumpção, levantada pela lei penal contra os seus infractores, cessa e desaparece, sempre que se demonstra que os accusados obraram sem conhecimento do mal e intenção de o praticar¹.

Tal não é pois o nosso intento; e o que simplesmente pretendemos (note-se bem), é fazer entrar o impressor, como agente principal do delicto da imprensa, na regra do direito commum, segundo a qual a presumpção da intenção criminosa acompanha aquelle, que praticou um facto prejudicial contrario á lei; o que queremos é que elle, do mesmo modo que o redactor do escripto, seja considerado como criminoso *prima facie* (ainda que nem sempre possa sê-lo no mesmo gráo), ficando todavia salvo o seu direito para provar alguma causa de escusa legitima, que possa livra-lo da pena correspondente ao dolo ou á culpa.

O que não admittimos, é a presumpção de innocencia, com que o acobertam, na qualidade de um simples cumplice, as legislações da França e da Inglaterra, como as explicam os autores acima citados. O impressor maneja um instrumento perigoso, exerce uma profissão melindrosa; elle deve ficar, como outro qualquer individuo que maneja um instrumento diverso, ou que exerce uma profissão differente, sujeito aos riscos de sua industria: deve responder pelos damnos que causar a terceiros não só por sua malicia, como por sua negligencia (*dolo et culpa*).

¹ V. sobre os desenvolvimentos d'este importante principio as nossas Lições — *Do Delicto e do Delinquente*, lição quinta.

A sua cooperação é *indispensavel* nos delictos da imprensa; a sua responsabilidade não deve ser menos. Eis ahi todo o nosso pensamento.

II

22. Voltando agora a fazer applicação do exposto ao nosso Codigo, o que diremos da disposição do § 1 do art. 7, pela qual o legislador brasileiro, deixando muito atraz de si as legislações de paizes mais adiantados em civilização, desonera *inteiramente* os impressores de toda a responsabilidade, *ainda quando se prove a sua intenção malevola* em imprimir o escripto, para contentar-se unicamente com a responsabilidade do editor por elle exhibida em termos?

Como assim! A natureza das cousas offerece-vos dous responsaveis por um mesmo delicto, e vós absolveis d'antemão um d'elles, para só ficardes com o outro? Será isto procurar garantias, ou proscrive-las? O pharmaceutico prepara e fornece scientemente o veneno, que tem de pôr termo á uma existencia preciosa, e vós não quereis que elle seja incommodado, quando fornecera prova da culpabilidade do seu cumplice?! Será isto querer a justiça, e com ella a segurança publica? "Se um espadeiro, diz o sabio Visconde de Bonald, forjasse um punhal, sobre o qual fossem gravadas estas palavras — *punhal para assassinar fulano*, — e esse individuo fosse assassinado, o espadeiro seria de certo perseguido como cumplice do crime. Pois bem! sobre todos os máos livros está escripto: *veneno para o publico*, e o impressor que o prepara e o derrama, não póde ser innocente."

23. Entretanto nenhum legislador, por mais bem intencionado e esclarecido que seja, póde escapar á influencia das ideias do seu tempo. Os autores do nosso Codigo Criminal pagaram tambem o seu tributo de *exageração liberal*, e impellidos talvez pela autoridade de B. Constant,

deixaram-se ir muito além dos devidos limites, chegando mesmo a exceder o celebre publicista fonte de suas inspirações¹.

Mas está na ordem das cousas humanas, que o desejo immoderado da liberdade conduza facilmente ao estabelecimento da desordem e da opressão, ou seja do governo ou dos particulares, ou de um ou de muitos.

Similhante ao vinho e outros licores espirituosos, a liberdade costuma embriagar aquelles, que não estão affeitos ao seu uso, ou para elle se acham mal dispostos.

As saturnaes da imprensa não tem sido entre nós pouco deploraveis e vergonhosas; e eis-nos que bem caro vamos pagando as *liberalidades* do nosso Codigo em materia de liberdade de comunicação dos pensamentos; eis-nos que vamos soffrendo a *opressão* de alguns *impressores*, cuja audacia e desfaçamento, segundo propala a mesma imprensa, tem chegado ao ponto de especularem com a honra e reputação alheia, vendendo artigos diffamatorios, para não serem impressos, pondo em contribuição certos individuos, para serem poupados, fazendo em summa dos seus prelos o meio de vida o mais infame e escandaloso, é verdade, porém lambem o mais seguro, o mais temivel e *respeitado!*

E haverá quem, reflectindo sobre o alcance do § 1 do nosso art. 7, tenha razão de admirar-se do desregramento e da prostituição da maior parte da imprensa do Brazil?! A circumspecção e o comedimento

¹ B. Constant, que até certo tempo foi o publicista europeu mais vulgarizado em nosso paiz, parece com effeito ter sido duas vezes legislador no Brazil: — na Constituição e no Codigo Criminal; ali porém com mais felicidade, quanto a nós, do que aqui.

Entretanto cumpre confessar que, modificando um pouco mais as suas ideias em 1827, o publicista francez, já a esse tempo, reconhecia que — “como o impressor, ao mesmo tempo que é o instrumento do escriptor, e um ser intelligente e moral, ha delictos de que elle póde sez juiz, e de que não deve tornar-se *cumplíce*.”

“Esses delictos (*accrescenta* elle) não podem jamais participar da natureza das opiniões, das doutrinas; mas a obscenidade não disfarçada, a sedição aberta, a diffamação directa tem caracteres de culpabilidade tão palpaveis, que o impressor não póde desconhece-los, etc. V. o escripto — *Sur la responsabilité imposée aux imprimeurs*.

estarão sempre na razão da responsabilidade; é uma lei impreterível da natureza humana e da ordem social.

24. Excessivamente preocupado com o facto da edição ou publicação dos escriptos, e attribuindo-lhes, por assim dizer, um valor exclusivo, o nosso legislador commetteo a grave falta de não ver a criminalidade aliás bem clara do impressor, sendo certo que elle não imprime senão para se publicar, e mostrando ainda a experiencia, que de facto um escripto impresso, como já em outra occasião dissemos, é um escripto publicado; de sorte que, dada a impressão, tem-se feito senão todo o mal, pelo menos uma parte d'elle, ou quanto era necessario para que tivesse lugar¹.

Todo o escripto máo póde ser comparado á moeda falsa, segundo a judiciosa observação de um escriptor; e se o nosso Codigo Criminal não vê o crime de — *moeda falsa* — unicamente no facto da introducção d'ella na circulação, mas tambem, e antes de tudo, no facto de sua fabricação, como é possivel que deixasse de ver igualmente o crime de liberdade de communicar os pensamentos, não só no facto da edição ou publicação do escripto impresso, mas tambem ainda no facto de sua impressão? Por ventura o mal que se realisa pelo primeiro, teria tido lugar, senão se houvesse dado antes d'elle o segundo²?

¹ Desafio, diz com razão o Visconde de Bonald, a que me citem uma só obra notavel pelo nome do autor, o interesse do assumpto, ou o merito da composição e do estylo (e podia dizer ainda, a malignidade ou a virulencia do seu character) que, uma vez impressa, não tenha sido, cedo ou tarde, conhecida do publico... A condemnação posterior do autor pelos tribunaes, picando a curiosidade publica, só serve de fazer conhecer melhor o que devera ficar ignorado.

“Os processos judiciais dão lugar a um arrazoado, sempre mais escandaloso do que o escripto criminado, pois que n'elle o defensor só faz ampliar e justificar, perante um numeroso auditorio, o que o accusado escreveu de mais sedicioso ou de mais impio; e esse arrazoado, reproduzido nas folhas publicas, torna-se elle mesmo um máo escripto de mais.”

² No art. 173 crimina o Cod. o fabricar moeda sem autoridade legitima, ainda que seja feita d'aquella materia, e com aquella forma de que se faz e que tem a verdadeira, e ainda que tenha o seu verdadeiro e legitimo pêsso e valor intrinseco. — E as penas são: de prisão com trabalho por 1 a 4 annos, e de multa correspondente á terça parte do tempo, além da perda da moeda achada e dos objectos destinados ao fabrico.

Regeite-se portanto muito embora a censura prévia, já que assim o exige o espirito do seculo, já que se acha mais politico e moral punir o delicto, antes do que preveni-lo mas reconheça-se, ao menos por amor da coherencia com os sãos principios do direito penal, a necessidade que ha, de fazer pesar sobre o impressor a responsabilidade que lhe compele, reforçando por este modo, ao mesmo tempo justo e salutar, um systema de repressão que se ha tornado illusorio, e por demais ridiculo com a farça dos *testas de ferro*, ou *homens de palha*, como mais propriamente talvez lhes chamam os francezes.

25. O nosso mesmo legislador parece ter dado, logo em 1832, um primeiro passo n'esse bom caminho, dispondo no art. 302 do Codigo do Processo Criminal, que "quando nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos o autor ou editor não tiver meios para satisfazer a multa em que for condemnado, o impressor fica responsavel á satisfação."

Ahi porém ficaram as cousas (sem que saibamos bem porque), quando importava ir adiante. E se não nos temos enganado acerca do valor das considerações expendidas, boas razões existem, e clamam para que essa responsabilidade subsidiaria se converta em responsabilidade *principal*, e de limitada que é á satisfação das multas, torne-se extensiva a toda e qualquer especie de pena.

Se o art. 312 do Codigo do Processo Criminal tem algum fundamento razoavel, é preciso confessar que elle se acha fóra de

No art. 175 crimina o introduzir dolosamente na circulação moeda falsa ou papel de credito que se receba nas estações publicas como moeda, sendo falso. — E as penas são: de prisão por 6 mezes a 2 annos e de multa correspondente á metade do tempo.

D'onde virá essa tão forte desigualdade entre as penas do fabricante e as do introductor da moeda falsa? Por ventura o mal que se quer prevenir, não estará em definitiva realmente no facto da introducção da moeda na circulação? E porque ha de ser mesmo punido o fabricante da moeda, nas condições do art. 175, quando ella ainda não sahio da officina?

O legislador parece ter-se lembrado então do anexim popular, que, "se não houvesse agulhas não haveria costureiras"; e fez do pensamento ahi contido a applicação que bem lhe pareceo. Olvidou-se porém talvez d'essa verdade nos delictos da imprensa em beneficio do impressor. — *Habent sua fata libelli...*

proporção com o dispositivo da lei, e que o alicerce sobre que se edificou, comportava e pedia um edificio mais vasto e mais magestoso.

26. A questão da responsabilidade dos impressores traz a pello a da natureza do ministerio ou profissão que exercem na sociedade: Deverá ser livre ou forçado esse ministerio? Eis ahi com effeito, o que já disputaram por muito tempo entre si os escriptores francezes. E a questão não deixa de ter o seu interesse, pois serve de mostrar até que ponto tem chegado as pretenções exageradas dos partidarios da liberdade da imprensa *illimitada*.

Assim, fundando-se em que a liberdade da imprensa era um direito natural reconhecido e consagrado pela Carta de 1830, que abolira a censura expressamente, pretenderam alguns, que não podia depender dos impressores o paralyzar, por meio de suas recusas, o exercicio d'esse direito, acontecimento tanto mais facil de realizar-se, quanto o numero d'elles era limitado pelo bel prazer do governo: que por conseguinte não lhes devia ser permittido recusarem as suas impressas a nenhum escripto apresentado com a responsabilidade de um autor conhecido, sob pena de tornar-se illusoria a garantia consagrada na Carta, ao menos para os adversarios da politica do governo¹.

E d'esta arte pretendia-se, que os impressores fossem declarados *officiaes publicos*, exactamente como os tabelliães, meirinhos, etc., os quaes não podem negar-se a prestar o auxilio do seu ministerio, quando a elle se recorre.

27. Esta opinião porém, evidentemente exagerada e contraria aos verdadeiros principios, foi repellida pelos tribunaes, que d'ella houveram de conhecer, e ao mesmo tempo victoriosamente combatida pela imprensa. Foi bem facil em verdade mostrar, não só que a legislação

¹ Conspirando-se particularmente contra o *brevet* dos impressores, com os seus competentes corollarios, B. Constant perguntava: "O que se diria de um paiz cuja constituição garantisse a todos os seus habitantes o direito de navegar nos rios, e cujos ministros fizessem queimar todas as barcas e encarcerar todos os barqueiros?"

positiva estava longe de autorisar semelhante pretensão, mas também que ella era incompatível com a responsabilidade, a que estavam sujeitos os impressores na qualidade de cúmplices dos delictos da imprensa. Fez-se ver além d'isto, que a liberdade da imprensa só podia ser um direito natural dos cidadãos em relação ao poder, afim de impedir este de estorva-la, e quando as partes estão de acordo, uma para escrever e outra para imprimir; mas que do autor para o impressor essa convenção era livre como todas as outras.

Que não havia analogia alguma entre a imprensa e os officiaes publicos, por serem os officios criação da lei, e a imprensa um producto da industria, uma aquisição do trabalho do homem. O ministerio do official, dizia mui bem Hello, deve ser forçado, porque a lei nos obriga a recorrer a elle, e em certas conjuncturas, de que ninguem é senhor, não se póde prescindir do tabellião, do procurador de causas, do meirinho, etc. Mas ninguem está na necessidade de escrever; *escreva quem quizer*; e se o autor não póde publicar sua opinião sem o concurso de um terceiro, nada no mundo põe esse terceiro na sua dependencia¹."

Assim pois, ainda quando se tire de todo a responsabilidade *legal* do impressor, como succede entre nós sempre que ha autor ou editor idoneo, basta considerar que a imprensa é um objecto de propriedade privada, e que ninguem póde livrar da *responsabilidade moral* o proprietario que prostitue o seu bem, para que se não possa duvidar do direito de recusa, ou da liberdade dos impressores quanto ao uso das suas typographias. Do contrario dar-se-hia, uma abstrusa collisão de direitos, ou antes um absurdo juridico².

¹ *Du Régime Constitutionnel* tom. I, tit. 4, § 2. V. no mesmo sentido, Gratier, *Commentaire sur les lois de la presse*. Serrigny, *Droit Public des Français* — Chassan etc.

² E. Laboulay, o mais moderno editor de B. Constant, e publicista de reconhecida illustração, confessa que o monopolio é quem perturba toda esta questão. "Dai a liberdade das typographias, e a questão da responsabilidade do impressor torna-se mui simples, nada o fórça a associar-se ao autor (do escripto)."

28. Depois de tudo que temos dito com referencia ao impressor, fôra inteiramente superfluo procurar determinar ainda o sentido d'essa palavra (aliás fixado invariavelmente pela jurisprudencia e pelos publicistas estrangeiros), se circumstancias peculiares ao nosso paiz nos não convencessem do contrario.

Na verdade, pouco satisfeitos, segundo parece, com o exorbitante favor que lhes concede o § 1 do nosso art. 7, assentaram alguns impressores, e com elles os partidarios da imprensa licenciosa, de illudir ainda a lei benigna, procurando estabelecer que a palavra *impressor*, n'ella empregada, designa, não o proprietario da imprensa ou typographia, mas qualquer individuo por elle encarregado, ainda que phantasticamente, da gerencia ou administração do estabelecimento, ou somente da publicação de algum jornal, e cujo nome mandam estampar nos impressos, como sendo d'aquelle que os *imprime*.

Facilmente se pôde adivinhar o segredo que presidio á criação d'essa nova entidade, ou para melhor dizer d'esse novo instrumento, para sobre elle descarregar a responsabilidade dos abusos da imprensa, e por seu intermedio frustrar toda a esperança de desaggravo e reparação, que por ventura tivessem as victimas sacrificadas ao genio da maledicencia e da calumnia.

Como a lei não exige qualidades ou requisitos especiaes na pessoa do impressor, mas somente na do editor ou autor, cuja responsabilidade elle deve apresentar para que fique inteiramente desobrigado perante a justiça, entendeo-se que, substituindo ao impressor real um impressor *nominal* ou *apparente*, ter-se-hia não só contentado a lei, mas ainda removido o pequeno embaraço de andar á cata de um responsavel qualificado, como ella *superfluamente* exigia. E é

preciso confessar que a burla seria completa, se não fosse por demais grosseira, para continuar a ser recebida pelos tribunales¹.

29. A palavra *impressor* só póde ter com effeito dous sentidos, porque só representa duas ideias differentes conhecidas. Em um d'esses sentidos ella sempre designou, conforme os lexicographos, o individuo que imprime livros, folhetos, jornaes, ele, isto é, o que tem *typographia*, o que estabelece officina de impressão; n'outro, o operario que, nas *typographias*, é encarregado da *tiragem* a qual com a *composição* formam os dous elementos essenciaes da arte de imprimir. O primeiro sentido é o usual, o segundo tecnico ou artistico.

Ora, isto posto, salta aos olhos de qualquer pessoa, por menos esclarecida que seja, que é na primeira d'estas duas accepções, que a lei empregou, e que nós devemos tomar a palavra *impressor*. Primeiramente porque, na falta de declaração expressa, é sempre no sentido natural consagrado pelo uso, que se presume ter fallado o legislador, e que devemos entender por consequencia as suas palavras². Em segundo lugar, porque não haveria razão para sujeitar o *impressor*, *operario* *mechanico*, á responsabilidade, e livrar d'ella os *compositores*, que nas

¹ Houve um tempo (e ainda não é inteiramente passado), em que quasi todos os jornaes (os *pasquins* principalmente) traziam em baixo de sua ultima pagina esta interessante declaração — *Impresso por Fulano de tal* —; e escusado parece dizer, que este pretendido *impressor* não passava de algum proletario ou analphabeto, sem outra missão mais, que servir de *testa de ferro*, por miseravel paga, aos libellistas e detractores, livrando de todo compromettimento o dono da *typographia* ou officina de impressão. Em vez porém de reprimir-se severamente uma tão abusiva e fraudulenta pratica, tornando effectiva a disposição do art. 305 combinado com o art. 303 do Cod. Crim., acceitou-se a burla jogada pelos verdadeiros impressores, por mais grosseira que fosse; e d'ahi innumeras questões suscitadas pelos impressores *ficticios*, que, ou não tinham prestado seu consentimento á sobredita declaração ou aos impressos, ou não sabiam ler e escrever, ou estavam ausentes do lugar da officina, e outras mil impertinencias d'esta natureza, que deviam ter em resultado frustrar a acção do ministerio publico ou dos particulares, desviando os golpes da justiça da cabeça dos verdadeiros criminosos e responsaveis.

² A lei penal, diz um insigne criminalista, por isso mesmo que prohibe ou permite certas acções, ou prescreve certos deveres deve ser clara para todos; sua lingua deve ser a lingua commum, suas locuções, seus termos devem ser geralmente comprehendidos: ella é sobretudo feita no ponto de vista dos cidadãos a quem obriga, e por consequencia a interpretação deve tender a applica-la como devera ser entendida, como devera ser obedecida. F. Hellie, *De l'interpret. de la loi pénale*.

officinas typographicas prestam uma cooperação igualmente indispensavel, e muito menos *material*, ao facto da publicação dos escriptos pela imprensa¹.

De que o Codigo não exige no impressor as mesmas qualidades que no editor ou autor responsavel, jamais se poderá razoavelmente inferir, que seja cousa licita ou indifferente, substituir a entidade real que elle teve em vistas, por outra phantastica, de que não cogitou, nem podia mesmo cogitar.

Se o legislador exigisse aquellas qualidades na pessoa do impressor, limitaria sem duvida o uso do direito de propriedade, ou empeceria a liberdade de industria, pondo-se assim em uma certa opposição com o principio liberal do art. 179 § 24 da Constituição; e essas restricções, que só poderiam ser desculpadas pelo desejo de obter garantias contra os abusos da imprensa, achar-se-hiam sem grande fundamento, porque a qualidade de proprietario, que se encontra no impressor, offerece por si só a melhor garantia talvez que fôra para desejar².

Mas se o legislador contou com essa garantia, como se não pôde duvidar, segue-se que não é quasi possivel, sem animo manifesto de illudir a lei, dar como *impressor* responsavel, um individuo que nem offerece a garantia da propriedade da imprensa ou officina typographica, nem tem as qualidades requeridas para ser editor; porquanto, se as

¹ O impressor, operario mechanico, pode ser até um analphabeto, o compositor não. Por isso talvez não temos noticia de legislação, nem de escriptor algum, que qualifique de responsavel o artista, que nas typographias se chama *impressor*, isto é, aquelle que faz *profissão manual* de imprimir, aquelle que faz gemer sob o prelo os typos da composição. Tomar o termo — impressor —, empregado pelo Codigo, n'este sentido *technico*, seria uma novidade por ventura mais estranha, do que aquella que agora combatemos, e que derramaria o alarma nas officinas typographicas.

² Foi sem duvida tendo-a em vista, que o Cod. do Proc., como vimos, sujeitou, no art. 312 os impressores (verdadeiros) á responsabilidade subsidiaria quanto ao pagamento das multas, não tendo o editor ou autor meios de satisfaze-la.

E tão valiosa é ella, que pôde servir, mesmo no caso de ser o impressor residente em paiz estrangeiro; hypothese esta, em que apenas julgou o legislador conveniente reforçala com a responsabilidade do vendedor o distribuidor dos impressos, como veremos chegando á analyse do § 4.

tivesse, tudo se reduziria então a uma inútil questão de nome, não valendo a pena dar como *impressor* um individuo, que *legalmente* podia figurar como *editor* dos impressos.

30. Finalmente, para nos convencer-mos ainda mais de que o impressor nomeado pelo § 1 do art. 7, não é, nem pôde ser outro senão o proprietario da typographia, basta recorrer aos arts. 303 e 304, onde o Codigo estabelece as primeiras regras para o legitimo uso da imprensa, e ver que esses arts. não teriam uma razão de ser sufficiente, se acaso não fossem relativos ao mesmo individuo, a quem a lei declara no § 1, do art. 7 primeiro responsavel pelos abusos da imprensa.

A quem se dirigem com effeito os arts. 303 e 304? Sem duvida aos proprietarios ou donos de typographias, que para usarem d'ellas legitimamente, devem antes de tudo fazer as declarações que ahi se exigem¹. E que outro fim razoavel ou util podiam ter as disposições d'esses arts., senão tornar conhecido o individuo, a quem a lei declarou primeiro responsavel pelos abusos da imprensa, e proporcionar assim á justiça um meio facil de chegar até o criminoso, e fazer effectiva a repressão dos delictos?

Quando pois se aproximam esses differentes arts. da lei, relativos ao mesmo objecto, evidentemente se conhece, que os dous ultimos servem de complemento ao outro; que se referem á mesma entidade, e que por conseguinte a palavra impressor de que usa o primeiro, designa verdadeiramente o dono da typographia, não sendo

¹ A letra da lei não pôde ser mais clara:

Art. 303. "Estabelecer officina de impressão, litographia ou gravura, sem declarar perante a camara da cidade ou villa o *nome*, lugar, rua e casa em que pretende estabelecer, para ser escripto em livro proprio que para esse effeito terão as Camaras, e deixar de participar a mudança de casa sempre que ella aconteça.

Penas: de multa de 12 a 60 \$ rs.

Art. 304. "Imprimir, litographar ou gravar qualquer escripto ou estampa, sem d'elle se declarar o *nome do impressor* ou gravador, a terra em que está a officina em que for impresso, litographado ou gravado, e o anno da impressão, litographia ou gravura, faltando-se a todas ou a cada uma d'estas declarações.

Penas: de perda dos exemplares, em que houverem as faltas e de multa de 25 a 100 \$ rs."

tambem outro o sentido d'ella nas legislações e nos escriptores de paizes estrangeiros¹.

31. Cumpre agora advertir em tempo, que, tudo quanto temos dito com referencia ao impressor, é igualmente applicavel ao gravador e ao litographo. Porquanto, do mesmo modo que a imprensa de caracteres moveis, a gravura e a litographia são instrumentos de publicação, que por suas numerosas applicações não podiam escapar á previdencia do legislador. Os que as exercem, devem, pelas mesmas razões que os impressores, estar sujeitos ás mesmas obrigações, e carregar com a mesma responsabilidade. Não ha pois nenhum motivo especial, que nos obrigue a tratar em separado de cada um d'esses dous agentes responsaveis, que a lei pôz na mesma linha dos impressores.

III

32. Resta-nos porém entrar no desenvolvimento e justificação das qualidades ou requisitos, que o § 1 do nosso art. 7, exige na pessoa do *editor* ou publicador, para que a sua responsabilidade possa desonerar inteiramente o impressor, o gravador e o litographo, pondo-os a salvo de todo o incommodo pelos impressos sahidos de suas officinas.

Esses requisitos, como já vimos, são tres: 1º Que o editor seja pessoa conhecida; 2º residente no Brasil; 3º que esteja no gozo dos seus direitos politicos, salvo quando escrever em causa propria, caso em que se não exige esta ultima qualidade.

33. Primeiro requisito. — Tendo procurado tornar certo, com as disposições dos arts. 303 a 305, quem seja o impressor, gravador ou litographo, declarado primeiro responsavel nos delictos da imprensa, procura ainda o legislador fazer outro tanto com o *editor*, cuja responsabilidade deve desonera-los, segundo o systema adoptado. N'este

¹ Consultem-se Chassan — *Délits et contraventions de la parole etc.*, e Grattier — *Commentaire sur les lois de la presse*.

intuito exige, que o mesmo editor seja pessoa *conhecida*; e com esta exigencia, que em certo modo faz pesar sobre o impressor, previne os artificios e embustes, de que poderia este lançar mão, para illudir a responsabilidade a que se acha em primeiro lugar sujeito.

Se o editor, cuja responsabilidade se exhibe por escripto, não é uma pessoa conhecida, se é um ente imaginario, ou de tal sorte obscuro, que se não póde encontrar, n'este caso com toda justiça deve o impressor ser considerado como o verdadeiro editor, pois que tomando sobre si os riscos do impresso perante a sociedade, não póde razoavelmente pretender, que deixe a lei de dirigir-se a elle para a satisfação do damno causado com o delicto, assim como para a effectiva imposição da pena correspondente.

34. Empenhado em dar á sociedade e aos particulares offendidos, mais fortes garantias contra os abusos da liberdade de communicar os pensamentos, o Dr. Mendes da Cunha quizera que entendessemos este primeiro requisito como sendo relativo, não ao "conhecimento unico resultante do facto da existencia, mas a um conhecimento *qualificado por circumstancias meritorias* e permanentes, que concorram no individuo responsavel, para que seja o conhecimento uma garantia legal da responsabilidade, e cuja apreciação fica reservada ao prudente arbitrio do juiz, sob pena de ser uma condição inutil e derisoria¹."

Por mais louvavel porém que seja o intento, que por esse modo revela o distincto magistrado brasileiro, e por mais que trabalhemos pela nossa parte por associar-nos a tão nobre empenho, não nos é comtudo possivel acceder aqui á sua opinião n'este particular, pois que nos parece ella evidentemente contraria ao espirito da lei, bem manifestado aliás por sua lettra clara e concisa.

¹ *Observações sobre o Codigo Penal*, pag. 69

35. Na linguagem commum, e segundo o nosso modo ordinario de fallar, uma pessoa *conhecida* diz-se simplesmente aquella, cuja existencia póde sem difficuldade provar-se, ou ser attestada pelo testemunho de outras que a conhecem de vista ou por tradição, etc.: é uma pessoa de quem muitos podem dar noticia, e que facilmente póde ser encontrada.

Ora, sendo este incontestavelmente, quanto a nos, o sentido usual da expressão, assentamos em conformidade com a doutrina mais acima exposta, que sómente de acordo com elle deve ser entendida e applicada a letra do nosso Codigo.

Se tal não fosse a mente do legislador, e se ao contrario houvesse elle tido em vista um *conhecimento qualificado* por circumstancias meritorias, como se pretende, nada lhe teria sido mais facil, do que dar a entender melhor esse pensamento, juntando a palavra — *conhecida* — um adverbio qualquer, que lhe modificasse a significação natural? dizendo por exemplo, como vulgarmente se diz — pessoa *vantajosamente* conhecida; — ou então substituindo o termo por outro mais proprio ou expressivo, bem como — notavel — qualificada, etc.

Nem se objecte, que o simples conhecimento resultante do facto da existencia, não póde ser uma garantia sufficiente da responsabilidade legal, sendo que, reduzidos a elle, teriamos apenas uma condição inutil e derisoria.

Com esse primeiro requisito não quiz o legislador, segundo já dissemos, senão tornar antes de tudo *certa* a pessoa apresentada pelo impressor como editor responsavel, e evitar as mystificações a que, sem elle, poderia o mesmo impressor recorrer em fraude da lei. Não é isso por certo tão pouco quanto parece, e menos, ainda será um requisito inutil e irrisorio, pois que com effeito a *existencia real* de um responsavel é a primeira condição, *sine qua non*, para se tornar effectiva a responsabilidade proveniente de qualquer delicto nos termos da lei.

Contentemo-nos pois com essa exigencia do Codigo, que em seguida vai ser reforçada.

A garantia pessoal que se desejava ter na pessoa do editor responsavel nos delictos da imprensa, encontra-la-hemos mais adiante: e se por ventura não nos parecer bastante nem satisfactoria, como é provavel, resignemo-nos com as fraquezas ou condescendencias do legislador. Critiquemos a lei, peçamos mesmo com instancia a sua reforma n'este importantissimo assumpto; mas entretanto applicuemo-la com a devida fidelidade, e não vamos desvirtua-la com a severidade de interpretações forçadas, armando assim verdadeiras surpresas á massa dos cidadãos.

36. Segundo requisito. — Ao proprio legislador porém não pareceo sufficiente o exigir que o editor, cuja responsabilidade deve desonerar o impressor, seja uma — pessoa *conhecida*; — e ei-lo por conseguinte reforçando essa exigencia com um novo requisito; ei-lo declarando-nos que, além de — conhecido — deve esse editor ser — *residente* — no Brazil.

A residencia, como se sabe, consiste no facto da habitação em um lugar determinado, por mais ou menos tempo, e quer haja ou não intenção de ahi permanecer¹. Ora, sendo assim, claro fica que, se o editor apresentado como responsavel, embora conhecido, não residisse no Brazil, seria de alguma sorte como se não existisse para a lei brasileira.

Não precisamente porque, segundo se tem dito, as leis penaes de um povo só imperam dentro do paiz em que foram promulgadas. Por quanto, além de que, sendo o foro do delicto determinado pelo lugar em que elle se commette, ou pelo domicilio do réo (art. 257 do Codigo do Processo Criminal), nada se opporia a que fosse o editor responsavel apanhado e punido no paiz, quando n'elle apparecesse (antes de

¹ N'isto se distingue a residencia do domicilio, que não póde existir, se ao facto da habitação não anda annexo o animo de permanecer (*animus manendi*).

prescripto o crime); accresce que, com o auxilio da extradição, cada dia convencionada entre as nações em mais larga escala, graças ás exigencias de uma boa civilização, poder-se-hia afinal supprir a falta do requisito da residencia no territorio do Imperio.

Mas é que, não obstante tudo isso, difficuldades haveria quasi sempre em tornar effectiva a responsabilidade de um editor residente em paiz estrangeiro, sobretudo quando não fosse no Brazil domiciliado¹; e ao abrigo d'essas difficuldades, que algumas vezes converter-se-hiam em verdadeiras impossibilidades, o impressor teria á sua disposição um meio facil de zombar da lei que o torna subsidiariamente responsavel em primeiro lugar; e a sociedade e os individuos achar-se-hiam por demais expostos aos seus continuados ataques, aos abusos cada vez mais frequentes e mais escandalosos do seu temivel instrumento.

Para obviar pois a tão flagrantes abusos e a tão graves males, com alguma razão exige o Codigo, como condição de idoneidade do editor apresentado, que elle seja residente no Brazil, com o que ficará mais ao alcance das leis e autoridades brasileiras, e poder-se-ha por via de regra facilmente apanha-lo e puni-lo, quando do impresso resulte algum delicto. Sem um tal requisito a sua responsabilidade, pelo que fica dito, seria, senão absolutamente, ao menos as mais das vezes illusoria.

¹ Citando a lei de Genebra, que, differentemente do nosso Codigo, estende a responsabilidade do impressor ao caso em que o autor ou o editor não são *domiciliados* no cantão da republica, entende Chassan que é isso muito racional, e poderia ser applicado em França, segundo as circumstancias, se o autor fosse estrangeiro e domiciliado em paiz estrangeiro. Por quanto, diz elle, é então como se não existisse a respeito da autoridade franceza.

Sem embargo, poder-se-hia, á primeira vista, suppôr que o nosso Codigo, substituindo a residencia ao domicilio (que ao menos por algum tempo póde existir sem ella) satisfaz melhor ás exigencias da repressão penal. Mas desde que se adverte na maior instabilidade da primeira que do segundo (sendo mais facil variar de residencia que de domicilio), toda vantagem real se desvanece pelo nosso lado, para abrir maior espaço à questão de que em seguida nos occuparemos. Pelo que talvez, citando o publicista tambem o art. 7 da nossa Lei de 20 de Setembro de 1830, trasladado para o art. 7 do Codigo, longe de mostrar por ella alguma preferencia, inclina-se antes, como vimos, á lei do cantão de Genebra.

37. Entretanto a qualidade, ou antes a circumstancia de ser residente no Brazil, é tão variavel por sua mesma natureza (podendo qualquer conservar-se ou sahir do Imperio como lhe convenha, na forma do art. 179 § 6 da Constituição), que, ao reflectir-se nas possibilidades de mudanças de residencia, não se póde deixar de reconhecer quanto ellas enfraquecem a garantia resultante d'este segundo requisito.

Deixando porém de parte esse enfraquecimento, aliás inevitavel porque provém da natureza das cousas, o que nos cumpre ventilar é a grave questão que, no silencio do legislador, resulta da mesma instabilidade da residencia. Por quanto, não declarando o Codigo em seu excessivo laconismo, qual a epocha precisa em que deve concorrer na pessoa do editor responsavel a qualidade de ser residente no Brazil, para que possa sua responsabilidade ser acceita e desonerar o impressor, nada mais natural nem mais necessario, do que procurar saber, se bastará a residencia no paiz ao tempo em que foi assignada a responsabilidade, ou se deverá ella ser exigida ao tempo em que for apresentada em juizo a respectiva acção criminal pelos offendidos. Em outros termos, a residencia limita-se ao tempo em que o editor se obriga como responsavel, ou ao tempo em que a sua responsabilidade é proposta em juizo?

Eis ahi a grave questão, sobre que não se ha talvez reflectido bastantemente, mas que demanda sem duvida, pela sua real importancia, alguma discussão.

38. Magistrado intelligente e esclarecido pela pratica, o Dr. Mendes da Cunha, em suas Observações já citadas, não deixou de advertir na difficuldade que após si deixára a lacuna do Codigo; e tão preocupado com a fraqueza da lei, quanto desejoso de robustecer as garantias por ella offerecidas, não hesita em propôr, que se entenda o requisito da residencia com este additamento: "ao tempo em que a

responsabilidade for proposta em juízo, cuja prova incumbe ao impressor ou editor, segundo a ordem prescripta da responsabilidade.

“Não desconhecemos, acrescenta o distinto magistrado, algumas dificuldades em que este additamento pôde collocar o impressor; mas elle tem a vantagem de o advertir das precauções com que deve acceitar um titulo obrigatorio, ao menos quando o autographo encerra criminalidade evidente; aliás com o apoio do equivoco da lei pôde o impressor pretextar a sua escusa com a residencia do responsavel ao tempo em que este se obrigou. É pois facil de ver quanto esta especie de defeza pôde animar a impunidade de um modo superior a todos os recursos da lei para punir o delinquente, porque o impressor nenhum obstaculo encontra no systema repressivo da legislação para acceitar a responsabilidade de qualquer bandalho ou vadio, que por paga ou outro motivo semelhante subscreva a obrigação por escripto etc.” (pag. 70).

39. Mas pela nossa parte, entendendo que é mister ser justo e equitativo com todos, e conseguintemente tambem com o impressor, a quem importa não collocar em dificuldades invenciveis, não podemos ainda aqui concordar com a opinião do distinto magistrado, cujo rigor n’este ponto, fazendo a mais desesperada de todas as situações aos impressores, tenderia, senão ao aniquillamento da liberdade da imprensa, pelo menos ao fechamento de muitas typographias, cujos donos prezassem a prudencia, desvirtuando-se assim o systema do legislador.

Qual não seria em verdade, a situação do impressor, se a circumstancia da residencia houvesse de ser exigida ao tempo em que a responsabilidade do editor fosse proposta em juízo? Por um lado é certo que todo o offendido pôde propor a sua acção emquanto não chega o tempo marcado pela lei para a prescripção do delicto, e parece mesmo ser-lhe licito aguardar para faze-lo a occasião que mais opportuna se lhe apresentar. Por outro lado não é menos certo que, usando da liberdade de locomoção garantida pela lei, pôde qualquer individuo, constituido editor

responsavel de um escripto, ausentar-se do Imperio de um momento para outro, e estabelecer residencia em paiz estrangeiro, mesmo contra as suas previsões, por um tempo mais ou menos prolongado.

E sendo assim, como exigir a residencia do editor ao tempo em que a responsabilidade houver de ser proposta em juizo? Como pretender que o offendido tenha, a seu talante, por todo o tempo que lhe aprover, a espada de Damocles suspensa sobre a cabeça do impressor, em quanto não prescrever o delicto? Com semelhante situação feita ao impressor, de duas uma: ou elle ha de exigir do editor que se obrigue a não sahir do Imperio durante todo o tempo em que a responsabilidade do escripto poder ser proposta em juizo, exigencia a que ninguem de boa fé se poderia sujeitar, e que a lei mesma não podia admittir sem sacrificar a liberdade de locomoção á liberdade da imprensa; ou não fazendo uma tal exigencia, desarrazoada e impossivel, terá de resignar-se a ser de um dia para outro incommodado e perseguido, segundo o capricho e má vontade dos queixosos, por escriptos cujos editores, residentes no Imperio ao tempo da impressão e edição, ausentaram-se depois, quando ainda não haviam sido chamados a responder por elles.

Ora, em qualquer d'estas hypotheses, só ha um resultado a esperar, e vem a ser, como já dissemos, o aniquilamento da liberdade da imprensa, ou o fechamento de muitas officinas de impressão: ou não haverá escriptores, ou havendo-os, deixará de haver impressores, o que vem a dar no mesmo. E como poderão accommodar-se com semelhante resultado os partidarios da responsabilidade condicional ou *subsidiaria* dos impressores? Como poderá prevalecer a opinião do Dr. Mendes de Cunha com a escala de responsaveis *exclusivos* consagrada na lei¹?

¹ Por aqui vê-se que, na realidade, melhor fora ter seguido o nosso legislador o disposto na lei de Genebra, á que mais ácima nos referimos, pois que, sendo o domicilio menos sujeito a variações do que a residencia, exigindo aquelle em lugar d'esta ter-se-hia offerecido assim a todos uma garantia menos contingente, menos fallivel, e por isso mesmo mais forte. V nota 32, pag. 58.

Quanto a nós, admittido o systema repressivo do nosso Codigo, (e com elle é que argumentamos) fôrça é tambem admittir, que a residencia limita-se ao tempo em que a responsabilidade é assignada pelo editor, e que, provada esta circumstancia, fica livre o impressor. D'aquelle tempo em diante tudo são eventualidades, contra as quaes sem duvida deve cada um precaver-se como podér; mas que não se poderiam evitar nos delictos da imprensa com mais segurança e justiça do que nos outros¹.

Podem dar-se evasões, podem dar-se abusos; mas desde que não se podem coagir os editores a permanecer no Imperio em quanto não se propuzer contra elles a competente acção de responsabilidade, forçoso é resignar-se á eventualidade de escaparem á punição verdadeiros criminosos; forçoso é resignar-se ás consequencias do systema de repressão adoptado pela lei, não sendo possivel que, despresada a verdadeira fonte d'onde pôde decorrer com justiça a criminalidade *principal* do impressor (valiosa garantia contra os abusos da imprensa), vamos razoavelmente tira-la de uma circumstancia eventual, que não só acha-se fora do dominio de sua livre vontade, como pôde mesmo escapar á sua previsão.

¹ Cumpre entretanto observar, que não ficará por isso inteiramente desarmada a justiça contra os editores que, depois de assignada a competente responsabilidade, ausentarem-se para fora do Imperio. Se o crime resultante do impresso for affiançavel, poderão não obstante ser accusados e julgados, segundo o art. 233 do Cod. do Proc. Crim., e a pena os esperará; no caso contrario será forçoso aguardar a sua volta. Em ambas as hypotheses porém, ou o temor da pena já imposta, ou o temor do julgamento e da pena a impor, fa-los-ha pelo menos soffrer a dura contrariedade de uma expatriação forçada, por todo o tempo necessario á prescripção do delicto ou da pena.

Segundo a lei de 20 de Setembro de 1830 (art. 66 e 67) a acção publica pelos crimes da imprensa prescrevia em um anno contado do dia em que se fez publico o abuso que daria lugar á denuncia. A acção particular prescrevia em trez annos, ainda quando tivesse havido qualquer acto, que parecesse interromper a prescripção.

Não tendo porém sido reproduzidas no Cod. do Proc. Crim. estas disposições especiaes, parece que devemos considera-las abrogadas, de conformidade com a doutrina exposta em nossa Lição primeira (n. 28 nota 15); e por consequencia sujeitos os delidos da imprensa ás regras da prescripção ordinaria estabelecida pelo sobredito Cod. para os delictos communs, com as competentes alterações da Lei da reforma, de 3 de Dezembro de 1841.

O contrario d'isto seria evidentemente desvirtuar o systema do Codigo, e trazer illudidos os impressores, cousa que se não compadece com a franqueza e dignidade do legislador.

40. Terceiro requisito. — Conhecido, e posto o editor responsavel ao alcance da acção publica e particular, quer o legislador além d'isso, que em sua pessoa concorra alguma qualidade recommendavel, que inspire confiança ao publico; e julga preencher o seu fim exigindo — que elle esteja no goso dos seus direitos politicos. — Tal é a unica garantia por assim dizer intrinseca ou pessoal, que nos dá o Codigo, de que a poderosa alavanca da imprensa não será manejada por mãos temerarias ou menos dignas, e que, no caso de abuso, não será tambem a responsabilidade um escarneo ou uma illusão.

Infelizmente a exigencia da lei ficou muito aquem da importancia e justiça do fim; e uma triste e bem dolorosa experiencia tem mostrado qual o valor e o alcance da garantia que por esse modo se offerece.

Dispondo a Constituição no art. 93, que “os que não podem votar nas assembléas primarias de parochia, não podem ser membros nem votar na nomeação de alguma autoridade electiva nacional ou local”, d'ahi resulta que, em geral, póde-se, e effectivamente tem-se considerado como estando no goso de seus direitos politicos, os cidadãos brasileiros que, reunindo as condições requeridas para ter voto nas eleições primarias, não tem contra si alguma das causas de suspensão do exercicio d'aquelles direitos, mencionadas no art. 8 da mesma Constituição¹.

¹ Concorda quanto á these o *Direito Publico Brasileiro*, pelo Dr. José Antonio Pimenta Bueno, ns. 657 e 682.

Pelo que respeita ao art. 94 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, sempre entendemos que se devia considerar unicamente como referindo-se ao art. 165 § 2 do Cod. do Proc. Crim., cuja ideia reproduz, ainda que em outros termos, e apenas com uma só modificação. Primeiramente, porque sendo aquella lei, obra de uma legislatura ordinaria, não podia ter a pretensão de alterar o disposto na Constituição relativamente aos direitos politicos dos cidadãos (em sentido proprio ou estricto), á vista do terminante art. 178 da mesma lei fundamental. Em segundo lugar, porque é bem claro, em face do art. 94 § 3,

Como porém, graças á liberalidade do art. 92, que reduz ás mais fracas proporções os requisitos ou garantias necessarias ao bom uso do direito de votar, só mui poucos são os excluidos das assembleás primarias de parochias, dando-se entre nós quasi, para bem dizer, o suffragio universal, d'ahi resulta, como se tem dito, que os individuos os mais insignificantes, os *testas de ferro*, os *homens de palha* os mais desacreditados são quasi sempre os editores, responsaveis de todos os convicios, de todos os libellos diffamatorios ou incendiarios!

E poder-se-ha, com semelhantes condições, ter uma imprensa moralisada e digna, uma imprensa que possa ser a primeira salvaguarda das liberdades publicas, o mais forte escudo dos direitos individuaes e politicos do cidadão?

41. Seja porém como for (e n'este ponto cremos que todos os homens sensatos são acordes em censurar a fraqueza e defeitos da nossa legislação), o certo é que, sempre o legislador brasileiro reconheceo em principio, a despeito de todo o liberalismo da epocha, que o direito de escrever, que a liberdade de communicar os pensamentos por via da imprensa, não é entre nós, como vulgarmente se costuma declamar, um direito natural pertencente a todo o homem, e de que não possa algum ser excluido sem injustiça ou attentado.

Por quanto, d'este terceiro requisito que examinamos, resulta que, em nossa sociedade, não passa elle de um direito proprio do cidadão brasileiro, e cidadão *activo*, segundo a terminologia da Constituição (art. 90, combinado com o art. 6); um direito de que por conseguinte são

combinado com o art. 92 da Constituição, que a pronuncia não suspende em geral aquelles direitos propriamente ditos. Em terceiro lugar, porque é regra de hermeneutica juridica, que as leis posteriores referem-se á anteriores, e devem de acordo com ellas ser entendidas, sempre que lhes não forem contrarias: *Posteriores leges ad priores pertinent nisi contrarioe sint.*

Em conformidade com estes principios, e depois de muita variação, declarou o Alv. de 11 de Agosto de 1848 § 2, que os pronunciados em crime que admite fiança, estando afiançados, podem votar nas eleições primarias, embora não possam ser eleitores.

excluídos em regra os estrangeiros, o que vai de encontro á *theoria naturalista* dos declamadores do liberalismo.

É que realmente, conforme a doutrina sensata de um celebre publicista dos nossos tempos, ha direitos permanentes e direitos variaveis, direitos universaes e direitos que o não são. Todo individuo, diz Guizot, possui e leva por toda a parte os primeiros, pelo unico titulo de ser nascido do homem, e levantar sua frente para os Céos. Os segundos não se attribuem ao individuo senão mediante condições, e póde elle, sem que a razão nem a justiça se offendam com isso, fazer parte de uma sociedade, onde não os possua¹.

O direito de escrever e communicar os pensamentos pela imprensa, acha-se evidentemente n'esta ultima classe. Desperta por sua mesma importancia a maior solitudine do legislador, que desde então deve exigir as mais serias condições de capacidade nos individuos que se propõem a exerce-lo; e não poderia ser barateado a todo o mundo, sem que a ordem e a tranquillidade publica viessem a perigar, na ausencia das necessarias garantias que devem offerecer os tribunos da imprensa.

Não se faz uma justa ideia (diz bellamente o sabio Visconde de Bonald) do que é um escriptor na sociedade, e os proprios escriptores não conhecem sua dignidade. Emquanto compõe, o escriptor não é mais que um particular que escreve para seu divertimento ou sua instrucção; mas desde que o escripto sae de suas mãos para apparecer em publico, o escriptor torna-se um homem publico, um homem do Estado, pois que associa-se á funcção suprema do Estado, de instruir, de reprehender, de corrigir; e por consequencia o Estado póde exigir d'elle a garantia de que preencherá em vantagem do publico funcções publicas, de que voluntariamente se encarregou, e a esta garantia não póde elle subtrahir-

¹ *Revue Française*, 11 liv.

se, nem recusa-la ao governo, que tem o direito e o dever de pedi-la a todos os que preenchem funcções publicas¹.

Não confundamos portanto, pois que o nosso legislador tambem não confundio, “a faculdade natural ou antes *nativa* que o homem tem de pensar e de exprimir seu pensamento, faculdade que deriva de sua constituição moral e *physica*, com a liberdade de *publicar* seus pensamentos pela palavra ou pela imprensa, e que o homem só pôde ter mediante o preenchimento das condições ou garantias exigidas pela lei.

Se o destino primario, a funcção especial da imprensa é despertar os governos e os povos, e adverti-los dos perigos que podem ameaça-los, e se todo o mundo tivesse o direito de usar da liberdade de escrever, então poder-se-hia, como engenhosamente observa o grande publicista acima citado, comparar a imprensa ao sino de rebate, cuja corda estivesse pendente para a rua; os meninos puxa-la-hiam por travessura os estouvados por ligeireza, os timidos por medo, os malignos para pôrem uma cidade inteira em agitação, os ladrões para aproveitarem-se da desordem.

“Um magistrado prudente colloca uma sentinella no alto do campanario, e põe debaixo de chave a corda do sino, para toca-lo quando o incendio se declara.”

Infelizmente, tendo entrado no verdadeiro caminho, o legislador brasileiro deteve-se muito antes de chegar ao termo a que parecia dirigir-se, e que effectivamente devia demandar. Deteve-se logo no primeiro degráo da escala de consideração politica estabelecida pela Constituição; e quando podia exigir para responsavel o cidadão eleitor, contentou-se com o votante das eleições primarias, convertido bem depressa no *testa de ferro*, e no manequim da cobardia e da corrupção. É

¹ *Sur la liberté de la presse.*

como se se quizesse uma liberdade sem responsabilidade, verdadeiro absurdo em legislação assim como em moral, e que nada menos importa do que querer na realidade a licença.

42. Exigindo porém que o editor responsável esteja no gozo dos seus direitos políticos, faz logo o Código uma limitação á sua exigência em favor d'aquelles que escreverem em *causa propria*, caso, diz elle, em que se não exige esta ultima qualidade¹.

Os fundamentos em que se basea esta limitação, são plausíveis e facilmente se podem comprehender. Escrever em *causa propria* é escrever em sustentação, ou em defeza dos seus direitos e interesses, ou no intuito de promove-los. Ora, é isto o que ha de mais licito, o que ha de mais natural á todo o homem, e o que por conseguinte a ninguem podia ser recusado sem injustiça. A excepção do Código justifica-se pela regra, assim como a regra pela excepção.

Sómente parece-nos, que não devemos exagerar, e restringir a letra e o espirito da lei, ao ponto de considerar como sendo-nos estranha e não propria a causa d'aquellas pessoas, que achando-se estreitamente ligadas comnosco pelos vinculos mais sagrados da natureza, comnosco se identificam, e não fazem por assim dizer mais que uma só pessoa moral, a que denominamos *familia*.

E assim como o Código considera igualmente justificavel o crime, mediante os mesmos requisitos, ou elle seja commettido pelo delinquente em defeza da propria pessoa ou de seus direitos, ou seja commettido em defeza de sua familia (art. 14 §§ 2 e 3), identificando assim duas causas, que na realidade são inseparaveis aos olhos da razão esclarecida, assim também devemos considerar que escreve em *causa*

¹ Estas ultimas palavras — *caso em que etc.*, — foram acrescentadas pelo Código, para obviar, á duvida á que na ausencia d'ellas prestava-so o art. 7 § 1 da Lei de 20 de Setembro de 1830, onde se não encontram. Poder-se-hia então suppôr que a limitação ou excepção da lei — *salvo etc.*— estendia-se ao mesmo tempo aos tres requisitos, quando só devia referir-se ao terceiro, isto é, ao gozo dos direitos políticos.

própria, não só aquelle que escreve em favor dos seus direitos e interesses meramente pessoas, mas também aquelle que escreve em favor dos direitos e interesses do que tem de mais caro no mundo, mulher, pai ou filho, mãe ou filha, cujo feixe respeitavel constitue a familia propriamente dita.

LIÇÃO TERCEIRA

SUMMARIO

1. — Razão de ordem. — 2. Definição da palavra *editor*, e quem seja elle. — 3. Papel do "editor nos delictos da imprensa. — Legislação romana a seu respeito. — 4. Exposição do direito francez segundo Chassan. — Diferença entre a imprensa ordinaria e a imprensa periodica. — 5. Discussão e motivos de preferencia pela lei que rege esta ultima. — 6. Direito do nosso Codigo. — Critica, e remissão á Lição primeira. — 7. Questão sobre a forma da obrigação do autor para desonerar o editor. — 8. Solução da pratica sobre ella. — Opinião theorica em contrario. — 9. Regeição d'esta opinião no ponto de vista do direito constituido, e razoes justificativas da pratica. — 10. Continuação do mesmo assumpto. — 11. A limitação ou excepção expressada no § 1 em favor do editor deverá subentender-se em favor tambem do autor? — Opinião do Dr. Mendes da Cunha pela negativa. — 12. Refutação e

regeição della. — 13. Analyse do § 3 relativo ao autor responsavel. — Qualidades que deve ter. — 14. Opinião do Dr Mendes da Cunha sobre o empenho do legislador em descobrir e punir o autor. — Motivos de divergencia. — 15. Theoria sobre o papel do escriptor nos delictos da imprensa. — Afastamento do nosso Codigo, e juizo a este respeito. — 16. Analyse do § 4. — Nova classe de responsaveis nos delictos da imprensa. — 17. Legislação de Roma sobre os vendedores de libellos. — Modificação d'ella pelas nações modernas. — Condições para a responsabilidade dos vendedores e distribuidores. — 18. Primeira condição segundo o nosso Codigo. — Explicação. — 19. Sentido legal da palavra — constar. — 20. Confirmação pela legislação da França. — Responsabilidade solidaria do impressor com o vendedor nos impressos clandestinos. — 21. Divergencia entre os publicistas francezes quanto ao character de criminalidade dos vendedores. — Inutilidade d'esta questão entre nós. — 22. Critica do Dr. Mendes da Cunba quanto à isenção de responsabilidade concedida ao vendedor quando consta quem seja o impressor. — Acquiescencia e rectificação nossas. — 23. Disposição das legislações da França e da Inglaterra em sentido contrario. — Doutrina de Chassan sobre a cumplicidade do vendedor. — 24. Regeição d'essa doutrina,

e opinião conforme de Chauveau e Faustiu Hellie. — 25. Doutrina dos juristas ingleses e aresto no mesmo sentido. — 26. Segunda condição para a responsabilidade do vendedor ou distribuidor, e justificação. — 27. A residencia do impressor em paiz estrangeiro deverá isenta-lo de responder pelos impressos juntamente com o vendedor? — Discussão e solução negativa. — 28. Terceira e ultima condição da responsabilidade do vendedor e distribuidor — condenação anterior dos impressos. — Motivos. — 29. Conformidade da legislação franceza menos quanto ás penas a impor. — Distincção de Chassan, e justiça que haveria em ser ella adoptada. — 30. A sentença condemnatoria de um impresso terá autoridade de coisa julgada a respeito da reimpressão e distribuição do mesmo impresso? — Opiniões oppostas de Chassan e Grattier. — 31. Determinação do sentido d'esta questão entre nós, e facilidade de resolve-la segundo a nossa legislação. — 32. Será permitida, em face do nosso Codigo, a reimpressão de obras já condemnadas? — Discussão, e resposta pela negativa. — 33. Responsabilidade inevitavel e solidaria do vendedor e distribuidor de taes obras no caso de reimpressão. — 34. Determinação do sentido em que se devem tomar os termos *vendedor* e *distribuidor*. — Diferença entre

a legislação franceza e a nossa sobre este ponto. — 35. Erro que haveria em trazer para o § 4, como absolutamente indispensavel o requisito das 15 pessoas, expresso no seguinte. — 36. Analyse do § 5. — Gravidade muito menor do facto por elle previsto. — 37. Intelligencia e verdadeiro alcance do § 5. — 38. Condição para a responsabilidade dos communicadores de manuscriptos. — Nenhuma distincção se deve fazer quanto á residencia do autor d'elles. — 39. Critica do Codigo emquanto isenta da responsabilidade o communicador provando o requisito exigido no paragrapho. — 40. Quid acerca dos manuscriptos já condemnados? Exame e solução da questão.

I

1. Tendo-nos occupado com o impressor, primeiro responsavel nos crimes de liberdade de communicar os pensamentos, conforme a gradação ou escala movel estabelecida o art. 7 do nosso Codigo, cumpre que nos occupemos em seguida com todas as outras entidades, a quem successivamente chama o mesmo Codigo a responder por esses crimes, nos termos e mediante as condições que n'elle se estabelecem.

Ora, sendo o *editor* o segundo responsavel que nos offerece aquella escala, por elle começaremos naturalmente, fixando antes de tudo o sentido legal do termo, muito embora não pareça de natureza a fazer nascer duvidas e contestações.

2. Segundo Chassan, a denominação de *editor* applica-se áquelles que, por si mesmos ou mediante certas estipulações, quer com o

autor, quer com sua familia, quer com o impressor, encarregam-se de publicar uma obra nova ou antiga¹.

Em outros termos: editor é todo aquelle que se encarrega de dirigir, de realisar a publicação ou vulgarisação de um escripto qualquer.

A palavra editor vem effectivamente, como se sabe, do latim — *edo, is, ere* — dar á luz, publicar, divulgar; e é justamente na tendencia dos esforços e cuidados empregados para a consecução de um tal fim, que se encontra o caracteristico, o signal distinctivo da entidade chamada *editor*². Tal é a significação litteral do termo, e tal por conseguinte o sentido em que devemos toma-lo com o legislador, na ausencia de uma definição especial por elle dada.

3. Isto posto, segue-se que, se os delictos da imprensa consistem precisamente, segundo a lei, no facto da publicação, como temos estabelecido (Lição primeira n. 26), nenhuma duvida póde haver de que seja o editor verdadeiro e principal criminoso ou responsavel em taes delictos, sendo elle quem dirige, e quem realisa por sua diligencia esse mesmo facto.

Assim tambem o entendiam os Romanos, e na maior latitude que se podia desejar, conforme se deprehende da L. 5^a § 6 Dig. de inj. et fam. libell, ibi: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem... EDIDERIT..., etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, uti de ea re agere liceret."*

¹ *Délits et contraventions de la parole etc.*, tom. I, n. 173.

² A palavra — *edição* — toma-se algumas vezes como synonymo de impressão; e assim costuma-se dizer, que tal edição é bella, nitida, feita em bom papel etc., etc. Mas não é este o sentido proprio do termo, e nem d'ahi se deve inferir que o editor possa, em geral, ser confundido com o impressor, pois que de ordinario andam separadas as funcções que cada um d'elles exerce, e só accidentalmente poderão achar-se reunidas.

Entretanto, nada mais incontestavel do que a importancia ou efficacia do auxilio prestado pela impressão á edição, da qual póde-se dizer que é — a *conditio sine qua non*. D'ahi viemos a dizer em outra parte, que um escripto *impresso* é quasi sempre um escripto *publicado*; e d'ahi vem tambem provavelmente a sinonimia de que acima fallamos, sendo a experiencia a este respeito geral e ao alcance de todos; o que cada vez mais nos confirma na ideia da solidariedade existente, em principio, entre o impressor e o editor. (V. Lição segunda).

4. Interprete da legislação franceza na materia, Chassan ensina que, “quando o autor da obra é desconhecido ou morto, ou quando o vendedor do manuscrito, seja ou não o autor d’elle, não teve em vista fazer uma publicação, e quiz ficar estranho a este facto, só o editor é responsavel. Mas quando o autor consentio em pôr o seu nome na obra, ou quando a vendeo com a condição de ser impressa, condição que deve ser sempre presumida até a prova contraria da parte do autor do manuscrito, n’estes dous casos, o autor é o publicador tanto e mais ainda do que o editor. Este ultimo não fez, por assim dizer, senão um acto de especulação. O conteúdo da obra lhe é as mais das vezes desconhecido. Por isso, em tal caso, a responsabilidade não incumbe a fallar propriamente senão ao autor, porque é elle quem na realidade é o publicador.”

“Mas o editor (conclue Chassan), que houvesse tido conhecimento do manuscrito, poderia ser condemnado como cumplice, como tendo então scientemente participado da publicação¹.”

Verdade é que, nos termos da lei de 18 de Julho de 1828, que regula em França a imprensa periodica, os editores ou gerentes dos jornaes são em todo caso considerados como autores principaes dos delictos que n’elles se encontraram, sem prejuizo do procedimento que se queira ter contra os redactores dos artigos criminados, na qualidade de cumplices (art. 8)².

¹ *Délits et contraventions de la parole etc.*, tom. I, ns, 173 e 175.

² Esta lei, substituindo pela denominação de *gerentes* a de editores, que a lei de 9 de Junho de 1819 attribuia aos signatarios responsaveis dos jornaes, procurou ao mesmo tempo dar ao publico garantias mais efficazes contra os abusos sempre mais numerosos da imprensa periodica.

Não exigindo a lei de 1819 nenhuma condição de idoneidade da parte dos seus editores responsaveis, nem garantia alguma moral ou de propriedade, seguio-se d’ahi tomarem os jornaes por editores homens não só inteiramente illetrados, mas ainda sem eira nem beira, os quaes, mediante um certo salario, soffriam todas as condemnações. A responsabilidade de taes editores tornou-se desde então uma medida inteiramente illusoria, de que zombavam perante os tribunaes, e que, segundo Grattler, chegou a excitar muitas vezes a satyra do theatro.

Entende porém o citado publicista, que não se póde argumentar com esta lei contra a sua doutrina acima exposta. “Aplicar aqui, diz elle, em toda a extensão os principios relativos aos gerentes dos jornaes, seria transportar para a legislação geral da imprensa ordinaria as disposições da legislação especial que rege a imprensa periodica. Uma semelhante argumentação careceria de juridicidade”¹.

Parece portanto que, posto de parte o caso de ser o autor da obra desconhecido ou morto, e salvo tambem o direito especial relativo aos gerentes dos jornaes, não póde a criminalidade ou responsabilidade do editor, segundo Chassan, ser erigida em principio, devendo-se antes presumir n’elle, do mesmo modo que no impressor, a boa fé e falta de conhecimento do conteúdo no escripto publicado. De maneira que, tambem a seu respeito, o principio é a interdicção de toda a investigação; e só quando se mostrar que de facto obrou *scientemente*, poderá ser perseguido e condemnado².

5. Seria inutil e fóra de proposito o instituir aqui uma discussão acerca do direito constituido na França sobre este ponto; e por conseguinte, sem contestar que careça de juridicidade a argumentação repellida por Chassan, limitar-nos-hemos a observar sómente, que, não obstante essa repulsa, a disposição do art. 8 da lei de 1828, em quanto considera os gerentes ou editores dos jornaes como autores principaes dos delictos que elles encerram, parece-nos muito mais conforme aos verdadeiros principios da materia, do que a doutrina do publicista; e por

No intuito por tanto de evitar semelhantes abusos, exigio a lei de 1828 que os gerentes responsaveis tivessem as qualidades requeridas pelo art. 980 do Cod. Civ., isto é, ser varão, maior, reinicola, e no goso dos direitos civis, e além d’isto ser proprietario pelo menos de uma parte ou acção na empresa, e possuir em seu nome privado o terço da caução exigida (art. 5).

D’esta legislação especial aproxima-se, como se vê, o art. 7 do nosso Codigo, sem todavia distinguir entre a imprensa chamada ordinaria e a imprensa periodica, que ambas acham-se entre nós sujeitas as mesmas regras d’esse artigo.

¹ *Délits et Contraventions de la parole etc.*, tom. I, n. 174.

² *Ibid.*, n. 174 combinado com o n. 285.

isso mesmo muito mais digna de ser elevada á cathegoria de regra geral para todas as imprensas sem excepção.

Se o delicto da imprensa reside precisamente na edição ou publicação do escripto, como temos dito e ensina Chassan, nada mais justo nem mais logico, do que chamar em todo o caso a responder como principal criminoso, aquelle que emprehendeu e tomou sobre si o facto mesmo, em que a lei reconhece o delicto, ou que d'esse facto participou principalmente. Sahir d'ahi para pretender, como o publicista francez, que só deve ser assim, quando o redactor do escripto for desconhecido ou morto, ou positivamente quiz ficar estranho ao facto da publicação, é crear arbitrariamente um systema de legislação excepcional, um systema de favor e privilegio, que a justiça e a utilidade social igualmente repellem.

Debalde allega Chassan, que o editor ignora as mais das vezes o conteúdo do escripto, não fazendo de sua parte mais do que um acto de especulação. Se esta presumpção tivesse solido fundamento, parece que devera militar sempre em favor do editor, e não sómente no caso em que o autor livremente se associa ao facto da edição, querendo que o seu escripto seja publicado, e empregando com o editor os meios de realizar a publicação.

Não é com effeito a circumstancia de ser vivo ou morto, conhecido ou desconhecido o autor do escripto, nem tambem a de querer ficar extranho á sua publicação ou tomar parte n'ella, não é, dizemos, nenhuma d'estas circumstancias, que póde dar ou tirar ao editor o conhecimento do conteúdo do escripto cuja publicação dirige e promove, nem tão pouco fazer ou deixar de fazer d'elle um simples especulador.

Em qualquer d'essas hypotheses, ou encarregando-se por si só do facto da publicação em que consiste o delicto, ou associando-se a esse facto juntamente com o autor, elle nos apparece *prima facie* como principal criminoso e responsavel pelos abusos da imprensa, e como tal

deve ser tratado até á exhibição de provas que estabeleçam a sua innocencia, conforme as regras do direito criminal commum, de que não vemos razões plausiveis para afastar-nos.

O editor bem sabe que o escripto, cuja publicação promove, póde encerrar um delicto; e desde então corre-lhe o dever de examina-lo ou manda-lo examinar por outro. Se o fez, conheceo o mal e quiz assumir a responsabilidade da publicação; se o não fez, commetteo uma culpa, que aparentemente é assimilhada ao delicto, e n'este caso *ex vero delicto tenetur*. Sem duvida não lhe é tirado o direito de allegar, por exemplo, a circumstancia attenuante do art. 18 § 1 do nosso Codigo, ou mesmo qualquer outra dirimente da criminalidade; mas o certo é que sempre deve ser tido e tratado, *prima facie*, como principalmente criminoso, ao menos para que se não animem especulações detrimmentosas aos individuos ou á sociedade.

Quanto ao mais, não sendo a doutrina de Chassan, relativamente á criminalidade do editor, differente em substancia da que desenvolve o mesmo publicista a respeito do impressor, e já por nós foi reproduzida, e largamente apreciada na lição precedente, referimo-nos ao que então expendemos, podendo tudo quanto se disse ser applicado *mutatis mutandis* á questão que acaba de occupar-nos. E os que se convencerem da justiça e necessidade que ha de considerar os impressores como principalmente criminosos e responsaveis nos delictos da imprensa, não deixarão provavelmente de pensar da mesma maneira quanto aos editores, e por ventura com maioria de razão, sendo a criminalidade d'estes, ao menos na apparencia, mais logica e mais evidente¹.

¹ Cumpre ainda aqui, acautelar o leitor contra a opinião d'aquelles que, tomando por ponta de partida, como faz Serrigny, a consideração de que o delicto repousa essencialmente sobre uma intenção malevola, pretendem que a lei franceza de 1819, não presumindo tal intenção no impressor, quando este tem preenchido suas obrigações e acha-se acobertado com a responsabilidade do autor [art. 24], não fez mais do que

6. Entretanto, querendo manter em regra o systema de um só responsável nos delictos da imprensa, ainda que a natureza desses delictos mais de um lhe apresente, declara o Codigo no § 2 do art. 7, que "o proprio editor que se obrigou, ficará isento da responsabilidade, mostrando obrigação pela qual o autor se responsabilise, tendo este as mesmas qualidades exigidas no editor para escusar o impressor.

D'este modo pois, assim como a responsabilidade do editor isenta ou escusa o impressor, assim tambem a responsabilidade do autor isenta ou escusa o mesmo editor, com tanto que, em um e outro caso, intervenham na pessoa do responsável definitivo as condições ou qualidades exigidas pela lei.

Ora, tendo já desenvolvido e apreciado convenientemente essas qualidades em relação ao editor quando apresentado responsável pelo impressor (Lição 2ª ns. 32 e seguintes) nada mais nos resta aqui senão ventilar duas questões que se não suscitado relativamente ao autor quando responsável apresentado pelo editor.

7. Nota-se com effeito, em primeiro lugar, que o Codigo, proporcionando ao editor, no § 2 do nosso art., o meio de escusar-se com a responsabilidade do autor, não se exprime precisamente do mesmo modo que no § 1, quando proporcionou ao impressor, gravador ou

estabelecer uma "*disposição conforme ao direito penal ordinario etc.*" [Traité du Droit Public des Français, tom. II, cap. 2. secç. 1].

É quanto a nós um equívoco, senão um erro em que cahio o distincto publicista francez, e contra o qual devemos tanto mais acautelar-nos, quanto poderia ter tambem applicação ao editor.

O que o direito penal ordinario não presume, é o *facto* criminoso; mas desde que este é perpetrado, e são conhecidos aquelles que o commetteram ou auxiliaram, o direito penal commum presume n'elles a má fé ou intenção malevola, e manda trata-los como criminosos, até que opportunamente se verifique o contrario segundo as leis do processo. [V. Liç. 2. ns 10 e 21].

Por conseguinte, se a citada lei de 1819 considera o impressor, no caso figurado, como um instrumento material do facto da impressão, segundo se exprime Serrigny, e não permite que elle seja perseguido senão quando se mostrar que obrou *scientemente*, não póde ser isto uma conformidade com o direito penal ordinário, mas um afastamento e uma derrogação d'esse direito em favor da imprensa livre, como bem o reconhece e desenvolve Chassan nas passagens por nós reproduzidas e apreciadas [Liç. 2., ns 7, 13 e 15].

litographo o meio de escusarem-se com a responsabilidade do editor. Assim, ao passo que, tratando d'estes, diz que elles ficarão isentos da responsabilidade; "mostrando — *por escripto* — obrigação de responsabilidade do editor": tratando do editor mesmo, diz simplesmente, que elle "ficará isento da responsabilidade, *mostrando obrigação*, pela qual o autor se responsabilise etc.

Deverá pois a obrigação legal e sufficiente do autor ser tambem uma obrigação *por escripto*, isto é, uma obrigação expressa e redigida em forma, bem como a do editor; ou bastará a sua assignatura na obra, para que o reputemos legalmente responsavel, e desonerado o editor de responder por ella?

8. Se sómente houvessemos de consultar aqui a pratica geralmente seguida pelos juizes e tribunaes do nosso paiz, dariamos desde logo a questão como resolvida e terminada no primeiro dos dous sentidos indicados, pois de facto nunca se julgou entre nós, que bastasse a assignatura do autor em um escripto qualquer para constituir sua responsabilidade legal, e a excusa do editor responsavel perante a lei.

Não falta porém, quem repute essa pratica opposta aos principios da sciencia, e entenda pelo contrario, que a simples assignatura do autor no artigo publicado é a sua obrigação legal.

"A lei (tem-se dito) exige a responsabilidade por escripto do editor, porque implicitamente prova que não é autor, não precisando de responsabilidade escripta o autor porque ella se deduz da simples assignatura, não sendo responsavel subsidiario que precise como o editor provar a responsabilidade e a sua qualificação como tal: é um responsavel natural que não precisa senão assignar o seu nome para ser responsavel¹."

¹ *Anotações Theoricas e Practicas* ao Codigo Criminal, pelo Dr. Thomaz Alves Junior.

9. Mas esta opinião, que se nos inculca como fundada nos principios da sciencia, além de não parecer bem conforme aos verdadeiros principios da materia, ao menos nos termos em que se acha concebida, não póde por certo prevalecer sobre a lettra e o espirito do Codigo bastantemente claros, quanto a nós, para justificarem a pratica contraria.

Primeiramente importa repellir como infundadas e arbitrarias as qualificações de responsavel *subsidiario* e responsavel *natural*, aquella applicada ao editor, esta ao autor, se é que effectivamente só consultamos os puros principios da sciencia; por quanto, em presença d'estes (pelo menos conforme os temos comprehendido e exposto até aqui) o editor é um responsavel tão *natural* nos delictos da imprensa quanto é o autor. Chegou-se mesmo a concluir em França, como nos attesta Hello, que sómente n'elle se achava o delicto, porque, consistindo este na edição, era elle, entre os demais agentes, o que se apropriava o facto dos outros dous (o autor e o impressor), accrescentando-lhe o seu, isto é, a publicação mesma¹.

Em segundo lugar, não nos parece menos infundada e inexacta a supposição de que "a lei exige a responsabilidade *por escripto* do editor, porque *implicitamente* prova que *não é autor*." Similhante supposição acha-se tão fóra do espirito da lei, que até contra ella protesta a mesma lettra do Codigo no § 1 do nosso art. 7. Bem sabia o legislador que o editor de um escripto póde ser tambem na realidade o autor ou redactor d'elle (como muitas vezes acontece); e ainda que o não seja, quiz todavia considera-lo como tal, ao menos emquanto se não apresentasse claramente o verdadeiro autor do escripto, cujo facto apropriou-se o mesmo editor.

É isso com effeito, o que bem se deprehende da lettra do cit. § 1, onde o Codigo, occupando-se com o *editor* apresentado responsavel pelo impressor, dispensa-o da terceira qualidade exigida, — "quando

¹ *Du Régime Constitutionnel*, tom. I, tit. 4, § 1.

escrever em causa própria —". Ora, o que quererá dizer um editor — *escrevendo* — em causa própria, senão um *autor* real ou presumido, nos termos que ficam expostos?

Longe portanto de supôr que a lei exige a responsabilidade por escripto do editor, porque *implicitamente* prova que não é *autor*, devemos pelo contrario admittir que o Codigo assim o exigio porque quiz ter um responsavel certo e seguro, sem que por isso deixasse de ver no editor um autor *implicito*, até a prova em contrario, até a exhibição da responsabilidade *explicita* do verdadeiro autor (se realmente existe).

Destruídas assim as premissas do argumento contra a pratica geralmente seguida, parece que a sua conclusão já se não poderá mais sustentar. E fôra realmente extraordinario, que o nosso legislador, tão franco e tão favorável à liberdade da imprensa, e por outro lado realmente cauteloso para não deixar escapar o unico responsavel com que se contenta, quizesse que a simples assignatura de um individuo no autograpbo do impresso, fosse bastante para constituir sua responsabilidade legal.

Aos seus olhos o crime não está na composição nem na assignatura do escripto, mas exclusivamente na publicação. E se é certo que pôde qualquer compor e assignar um escripto, sem todavia querer, ao menos por emquanto, que elle appareça e circule, por outro lado bem pôde acontecer que o perca, ou lhe seja mesmo subtraindo, e contra sua vontade impresso e entregue á circulação. Podia pois o legislador, sem a mais notavel incoherencia, sem a mais grave infracção do seu proprio systema de franqueza e bonhomia, querer que bastasse a simples assignatura do individuo para constituir sua responsabilidade legal?

10. É verdade que, segundo Chassan, quando o autor tem consentido em pôr o seu nome na obra, ou quando a vendeo com a condição de ser impressa, (condição que se deve presumir até a prova em contrario), n'este caso deve ser considerado como o publicador d'ella,

tanto ou mais do que o editor, e por conseguinte responsável (V. o n. 4 antecedente). É verdade também, que, segundo as ideias e os princípios que temos professado, não sómente devera ser assim, mas fôra talvez mister que se deixasse mesmo ao offendido o direito de descobrir e provar por qualquer meio qual o autor verdadeiro do escripto criminoso, para lhe ser infligida a pena da lei, ou que, sendo elle conhecido, pudesse ser chamado a responder pelo abuso¹.

Mas não se trata agora da legislação franceza, cujo systema, como temos mostrado, é mui differente do da nossa, e nem tão pouco se trata de construir uma theoria mais racional, mais conforme ao direito ordinario e por isso preferivel. Trata-se de interpretar a lei existente, e cumpre que lhe sejamos fieis, emquanto não for competentemente alterada.

Ora, além do que fica dito, accresce que a letra mesma do § 2 do art. 7, ainda prescindindo do auxilio que lhe presta o § 1, de accordo com o qual deve ser entendido, repelle só por si sufficientemente, a ideia de que possa bastar a assignatura do individuo para constituir a sua obrigação legal no delicto da imprensa.

Diz o § 2, que o editor ficará isento da responsabilidade — *mostrando obrigação pela qual o autor se responsabilise*. — E quem dirá que se tem satisfeito a esta exigencia da lei mostrando a simples assignatura do autor? Mostrar a assignatura de certo individuo em um escripto, que, como dissemos, póde muito bem ter-lhe sido subtrahido, impresso e publicado contra sua vontade, será o mesmo que mostrar a

¹ Em todo caso bastaria, para evitar injustiças, deixar ao indigitado autor a faculdade de provar também em sua defeza, que nenhuma parte teve na publicação do escripto, que se fez contra sua vontade, ou sem sciencia sua etc.; assim como o direito de proceder legalmente contra os falsarios ou calumniadores.

As presumpções porém deveriam ser sempre contra elle: a sua ordem, o seu consentimento ou concurso qualquer para a publicação deveriam ser presumidos como de ordinario succede realmente, e como tem lugar a respeito de outros crimes, conforme o direito penal commum, onde o factio criminoso faz presumir a má fé dos indiciados até a prova contraria.

obrigação pela qual esse individuo se *responsabilise* precisamente pelos factos da impressão e publicação d'esse escripto¹?

Exprimindo-se por tal fórma, o legislador dá-nos bem claramente a entender, que é mister uma responsabilidade *expressa* e não tacita, como a que póde resultar da simples assignatura; — uma responsabilidade positiva e indubitavel, e não uma responsabilidade duvidosa, tirada por inducção, e dependente de outros meios de prova no caso de ser contestada.

Para nega-lo, seria preciso desconhecer inteiramente o systema do nosso Codigo; mas uma vez conhecido elle, é força confessar que, se as palavras — *por escripto* — contidas no § 1, podiam ser ahi necessarias para maior clareza, no § 2 seriam completamente escusadas, visto que era indispensavel subentende-las, e por isso foram justamente omittidas.

Se a obrigação do editor, que muitas vezes é o proprio autor, deve ser por escripto, deve ser expressa, formal e positiva, para que com ella possa escusar-se o impressor nos termos do § 1, é evidente a todos os olhos, que a obrigação do autor não o deve ser menos para isentar igualmente o editor da responsabilidade pelo escripto publicado

Póde-se imaginar que o legislador, contentando-se com um só responsavel, quizesse ser mais facil em deixar o editor pelo autor, do que o impressor pelo editor, quando e certo que o delicto, segundo o seu systema, acha-se em todo caso no facto da edição, e quando é inegavel que o autor, tanto na hypothese do § 1 como na do 2, não póde ser acceito como responsavel, senão porque reveste-se do character de editor,

¹ Tudo bem pensado, parece que a questão a suscitar deverá ser antes a que consistisse em saber, se a obrigação ou responsabilidade do autor poderia ser provada por outro qualquer modo, que não *por escripto*. Mas quem nunca se lembrou ate hoje de propor semelhante questão? Só as palavras da lei — *mostrando* obrigação etc. — são bastantes para exclui-la. E como não repellirão ellas igualmente, senão com maioria de razão, a da sufficiencia da simples assignatura para constituir a obrigação legal de responder pelo escripto?

tomando sobre si o facto da publicação? Que razão haveria, depois d'isto, para ser mais difficil ou mais exigente em um caso do que no outro?

Concluamos portanto que a pratica, se nem sempre é o melhor interprete das leis, como se tem dito, na presente questão pelo menos foi o interprete mais fiel e mais seguro possivel da lettra e espirito do nosso Codigo.

11. Outra questão tem-se ainda suscitado na intelligencia do § 2, que agora analysamos, e consiste ella em saber, se a limitação — *salvo quando escrever em causa propria* — que se encontra no final do § 1, deve ser tambem subentendida aqui, e por conseguinte applicavel ao autor, do mesmo modo que ao editor, muito embora não seja o Codigo expresso a respeito do primeiro, como facilmente se nota confrontando os dous paragraphos.

O Dr. Mendes da Cunha, pretendendo que a lei é clara, quando diz no § 2 — *tendo este (o autor) as mesmas qualidades exigidas no editor* —, sem repelir em seguida as palavras — *salvo o caso etc.* —, as quaes constituem excepção expressa em favor do editor; e fundando-se além d'isto em que as excepções são de direito estricto, e somente se devem admittir quando forem expressamente declaradas, sendo que por isso dizem os doutores? "*Interpretatio contra limitationem facienda;*" conclue opinando que não se deve considerar como subentendida a favor do autor a mesma limitação ou excepção expressa no § 1 a favor do editor (quando escrever em causa propria).

Confessa porém afinal, que é visivel a necessidade de accrescentar ao § 2 a excepção do § 1 por uma *interpretação declaratoria*, visto que o pensamento d'aquelle liga-se por identidade de razão á regra e á excepção d'este: *ubi eadem causa, ibi idem jus statuendum* L. 22 D. ad leg. Aquil.¹

¹ *Observações sobre o Codigo Penal*, pag. 73 e 74.

12. Quanto a nós pelo contrario, parece-nos claro e evidente que, independentemente de interpretação declaratoria, e só por via de doutrina, deve-se applicar ao autor a limitação estabelecida pelo Codigo em favor do editor que escreve em causa propria. Primeiramente porque é certo, como confessa o Dr. Mendes da Cunha, que dão-se a respeito do autor os mesmos motivos que a respeito do editor, sem que aliás appareça razão nenhuma especial para que seja este mais favorecido do que aquelle, (escrevendo ambos em causa propria). E é regra de direito que, onde ha a mesma razão, deve haver a mesma disposição, ou que a lei deve reger nos casos semelhantes.

Verdade é que segundo os doutores e a nossa propria legislação, não tem lugar esta regra a respeito das leis penaes, que não se estendem fora dos casos e das penas de que tratam¹. Mas não se trata aqui de estender nenhuma disposição ou clausula propriamente penal, senão de verificar, se deve ser applicada a certo responsavel pelo delicto, uma excepção favoravel introduzida pela lei a respeito de outro que se acha em identicas circumstancias, e cuja obrigação tem de cessar com a responsabilidade effectiva d'aquelle.

Ora, n'esta hypothese, longe de ser razoavel o interpretar, na duvida, contra a limitação, deve-se pelo contrario sustentar com a L. 56 Dig. de reg. jur. que: *In re dubia benigniorem interpretationem sequi debemus*.

Em segundo lugar, porque o editor é positivamente assimilado, ou antes confundido em certo modo com o autor pelo proprio Codigo, quando, referindo-se no § 1 ao editor que *escreve* em causa propria, claramente nos deixa ver conforme mais acima mostrámos (n. 9)

Fallando de interpretação *declaratoria*, o Dr. Mendes da Cunha dá bem a entender, até pelo ultimo texto da lei romana citada, que teve em vista uma interpretação *authentica*: e nisto é que está a nossa divergencia. Porque, se fallasse de interpretação *declaratoria doutrinal*, estaríamos inteiramente de acordo com elle.

¹ Ass. 4 Maio 1754, 8 Agosto 1758, 23 novembro 1769.

que o considera como *autor* real ou presumido do escripto que deo a imprimir ao impressor.

Quem poderá pois distinguir e separar o autor do editor, para applicar a qualquer d'elles um direito differente, se de facto podem estas duas qualificações competir ao mesmo individuo, e se a lei, attendendo a esta possibilidade, assimilhou ou confundio de alguma sorte praticamente as duas entidades?

Os textos da mesma lei devem entender-se uns pelos outros, sendo que as palavras antecedentes e subseqüentes declaram o seu espirito. (Alv. 18 Fev. 1766). E uma vez bem conhecido esse espirito, cumpre evitar a supersticiosa observancia da lei, que olhando só a lettra d'ella (em um lugar) chega a destruir toda sua intenção. (Ass. 10 Junho 1817, alludindo ao Ass. de 17 Agosto de 1811).

Na verdade, partindo do impressor para o editor, e descendo do editor ao autor (porque é certamente mais facil como temos visto, dissimular a edição do que a impressão de um escripto, e mais facil ainda a composição do que a edição) o legislador foi successivamente omittindo no desenvolvimento do seu systema, por amor da precisão, aquillo que, devendo ser naturalmente subentendido de um § para outro, fôra escusado ou inutil repetir para maior esclarecimento de suas ideias. Eis ahi o que nos parece claro e evidente no exame das duas questões que acabamos de apreciar, e o que teremos ainda uma vez de reconhecer, passando a occupar-nos com a responsabilidade do autor em particular.

II

13. No § 3 do art. 7 declara o Codigo criminoso e responsavel — “o autor que se obrigou.”

E como quer que nada mais accrescente, poder-se-hia, á primeira vista, suppor que nenhum requisito ou qualidade exige a lei na

pessoa do autor, que se apresenta como responsável por um escripto de sua propria lavra. Mas desde que se olha aos dous §§ antecedentes, e desde que se vê a intima relação em que se acham com o § 3, ou para melhor dizer, o laço de dependencia que prende este áquelles, toda a illusão se desvanece. E sem que nada diga o legislador *expressamente*, forçoso é reconhecer, como fóra de duvida e acima de toda contestação, que tudo quanto se exige nos §§ 1 e 2, deve subentender-se e repetir-se *mentalmente* como complemento indispensavel do § 3.

E eis ahi a melhor prova talvez, que se poderia exhibir em apoio das conclusões a que chegámos nas duas questões, que acabamos de tratar por occasião do § antecedente.

Com effeito, ou o autor do escripto dirigio-se directamente ao impressor para o imprimir e publicar, ou servio-se para esse fim do intermediario de um editor. Em ambos os casos é bem claro que elle quiz tomar parte no facto da publicação ou edição, que o facto criminado. Mas na primeira hypothese, regendo o § 1 do art. 7, a sua responsabilidade não poderá ser acceita, nem por conseguinte escusado o impressor, se a obrigação do autor não for apresentada nos termos d'esse §, e se não concorrerem em sua pessoa as qualidades ahi requeridas; na segunda hypothese, regendo o § 2, tambem não poderá o editor escusar-se da responsabilidade que sobre si pesa, senão apresentando a obrigação do autor na conformidade do mesmo §, e concorrendo na pessoa d'elle os requisitos que ahi se exigem.

D'onde resulta que, em principio e legalmente fallando, ninguém póde ser autor, ninguém póde *escrever* e communicar os seus pensamentos pela imprensa, senão sendo pessoa conhecida, residente no Brazil, e que esteja no goso dos seus direitos politicos, salvo o caso de escrever em causa propria. Fora d'estas condições, já por nós justificadas, poderá certamente haver abusos, quando impressores condescendentes, ou editores *testas de ferro* quizerem servir de capa, e tomar sobre si a

obrigação de responderem por escriptos alheios (caso em que se tornam dignos da mais severa punição) mas não ha em regra direito de ser autor, não ha direito de *escrever* pela imprensa. (V. Lição 2.^a ns. 41 e seguintes).

Assim portanto foi modificado o principio ou regra geral contida na primeira parte do art. 179 § 4 da Constituição, onde se diz, que “*todos podem communicar seus pensamentos... e publica-los pela imprensa etc.*; valendo-se para isso o legislador ordinario da faculdade ou autorização, que pelo proprio legislador constituinte lhe foi conferida nas ultimas palavras d’esse § 4, ibi: — nos casos e pela forma que a lei determinar.

14. Descobrimo na classificação ou escala dos responsaveis estabelecida pelo Código, um processo para a verificação do delinquente, pensa o Dr. Mendes da Cunha que d’ahi resulta a olhos vistos, que todas as diligencias e precauções da lei são para descobrir o *verdadeiro autor do delicto*, porque não é licito (diz elle) condemnar alguém por um crime que não commetteo, nem fazer violencia á verdade por uma responsabilidade ficticia (Observ. pag. 75).

Nada teriamos a dizer sobre esta passagem, se, levado provavelmente por ideias de outra legislação, nos não quizesse o distincto magistrado dar n’ella a entender como verdadeiro autor do delicto, segundo o nosso Codigo, o redactor mesmo do escripto criminado, no que nos parece haver notavel inexactidão.

Não duvidamos que na Inglaterra, como entende Chassan, seja o autor do escripto que a lei tem sobre tudo por fim pesquisar e punir, porque é elle, no dizer de Ricardo Philips, o principal criminoso *prima facie*, e as outras partes, bem como o impressor e o distribuidor, não passam de cúmplices. E ainda que, a reparação possa ser proseguida com qualquer dos outros agentes, todavia não tem isso lugar, segundo o publicista francez, senão em falta do principal d’entre elles, ou com o fim

de obter a convicção do autor, do instigador, do verdadeiro criminoso em uma palavra¹.

Mas a *theoria* do nosso Código, conforme já temos visto, não só difere consideravelmente da *theoria* da legislação inglesa, mas ainda da legislação da França, segundo a qual também, sendo o autor conhecido, a elle principalmente se dirige a justiça (se se trata da imprensa ordinaria), bastando mesmo para isso que tenha consentido em pôr o seu nome na obra (V. supra n. 41).

Pelo nosso Código, como ha pouco demonstrámos, só é considerado criminoso e por isso responsavel — o autor *que se obrigou*; isto é, aquelle que assumio por escripto a responsabilidade da publicação, assignando para esse fim uma obrigação expressa e formal, quer para com o impressor, quer para com o editor. De sorte que, se tal obrigação não é apresentada, ainda mesmo que seja *aliunde* conhecido o autor, ou se possa provar quem é, o legislador o despreza, e repelle sua responsabilidade, para dirigir-se unicamente ao editor ou impressor. Ora, se assim é, claro fica, que suas diligencias e precauções, no processo da classificação dos responsaveis, não tiveram certamente por fim descobrir o autor do escripto como sendo o verdadeiro autor do delicto.

Fazendo consistir o delicto exclusivamente na publicação do escripto, como reconhece o Dr. Mendes da Cunha, e não querendo em regra, sem duvida para não vexar a liberdade da imprensa, mais do que um só responsavel ou garante dos abusos d'ella, o legislador, na falta de autor: que francamente se obrigasse pela publicação, satisfez-se com a responsabilidade assignada pelo editor, a quem considerou como autor; e

¹ V. *Délits et Contraventions de la parole, etc.*, tomo. I. n. 91 nota 1 e n. 175 in fine. Cumpre entretanto observar que, segundo a doutrina dos tribunaes e leis ingleses, confessada por Chassan, aquelle que dicta, transcreve, distribue ou imprime um libello é responsavel por seus effeitos para com a parte offendida, tanto como aquelle que o compoz, assim em materia civil como em materia criminal. Parece pois, que, no entender do publicista, de acordo com R. Philips, deve-se applicar a todos aquelles individuos a sua doutrina da cumplicidade *especial*, já por nós apreciada, e que aliás mesmo na Inglaterra não parece prevalecer. V. adiante o n. 25 da presente lição.

na falta de editor idoneo, com a responsabilidade do impressor, a quem considerou não só como autor, senão também como publicador ao mesmo tempo. Eis ahi, em duas palavras, todo o mechanismo do seu systema nos tres primeiros §§ do art. 7; e escusado é emprestar-lhe intenções alheias, quando esse systema é simples, e bem conhecidas as vistas que o determinaram.

Demais, se o abuso, no dizer do mesmo escriptor, *não data do pensamento* do redactor do escripto; se a responsabilidade do impressor e do editor nas hypotheses previstas pela lei, não é uma pura ficção de direito, mas, segundo as sua proprias expressões, “uma realidade subjectiva e legal, porque (diz elle) é contra o senso moral e a realidade das cousas attribuir a outrem, que o impressor, as publicações de sua imprensa emquanto por elle não for provado o contrario nos termos da lei; — e se quanto ao editor não é menos gratuito suppôr que elle queira livre e exclusivamente obrigar-se por uma publicação que não é livre e exclusivamente sua” (pag. 76), como, á vista de tudo isto, podia o legislador ter o empenho, que lhe attribue o Dr. Mendes?

Logo, ainda por esta razão, é evidente que, aos olhos da nossa lei não é o redactor do escripto em todo o caso considerado como o *verdadeiro autor* do delicto; e por conseguinte nenhum fundamento ha para que se possa affirmar que, com a classificação dos responsaveis, tivera o Codigo em vistas o descobri-lo.

Que razão teria elle para diligenciar descobrir de preferencia, como verdadeiro autor do delicto, antes o redactor do escripto do que o seu editor, estando todo o crime aos seus olhos na edição ou publicação?

Se tal foi o seu intento, é preciso confessar que foi não só pouco coerente, senão tambem manifestamente fraco, pois não podiam ser mais escassos e limitados os meios empregados para o conseguir.

15. Certamente o papel do escriptor n'esta materia não póde ser um papel secundario, e muito menos esquecido em caso algum. Os bons ou máos efeitos do escripto estavam todos, como observa um publicista, em seu pensamento, e a elle é que compete principalmente o merito ou demerito da publicação. O escripto, ainda quando se considere como um instrumento do delicto, é todavia um instrumento tal, que sem elle o delicto não teria lugar, porque o facto da publicação não se concebe independentemente do escripto publicado.

É inegavel que o delicto da imprensa não se consumma senão pela publicação, e d'esta é que immediatamente provém o mal para os individuos e o perigo para a sociedade; sendo que debalde se compõe um escripto, se não se póde faze-lo imprimir e publicar. Mas poder-se-ha concluir d'ahi que a publicação constitue inteira e exclusivamente o delicto? A publicação, como bem diz Hello, é sim a condição necessaria do delicto, mas não é a sua essencia, não o absorve. Os elementos do facto moral estão no escripto; o escripto é intrinsecamente criminoso; a publicação não é senão um facto exterior, sem o qual, em verdade, não cáe debaixo da jurisdicção penal, mas antes do qual existe culpabilidade moral¹.

¹ *Du Régime Const.*, lug. cit. — Nota o publicista francez que esta doutrina em França data de 1819, cabendo a gloria d'ella a M. de Serres. Parece-nos porém haver de sua parte alguma exageração, quando pretende que lia alguma cousa de absoluto na culpabilidade do escriptor e de relativo na do impressor e do editor; e essa exageração não tem outra fonte senão a inexacta apreciação que faz do papel d'estes dous ultimos agentes, como já em outra parte demonstrámos [Lic. 1, n. 23, nota 10].

Em nossa opinião tanto ha de absoluto ou de relativo na criminalidade do escriptor como na do impressor e do editor; pois se é certo que o acto do escriptor, como pretende Hello, é necessariamente um acto de intelligencia, não menos certo é que o mesmo se deve admittir em principio a respeito do impressor e do editor.

Se o escriptor, como allega ainda o publicista, associou-se ao facto do impressor ou editor, porque o quiz e contou com elles, o impressor e o editor por sua vez, como seres intelligentes e livres, tambem se associaram ao facto do escriptor, e tanto a criminalidade d'estes como a d'aquelles é uma criminalidade principal, que deve ser presumida até a prova de alguma circumstancia dirimente, que a faça desapparecer.

Finalmente convém observar ainda com o citado publicista, que outr'ora a lei ingleza tambem tinha feito consistir a culpabilidade mesma na publicação, de sorte que a questão de *criminoso ou não criminoso* perante o jury, sómente era posta sobre esse facto, sendo a discussão do escripto prohibida. "Foram necessarios, diz Hello, longos esforços, e uma grande e generosa eloquencia para restabelecer a culpabilidade em seu

E como a final ninguém escreve, por via de regra, senão para ser publicada a sua obra, de tudo isto resulta, em boa theoria, que o autor ou redactor de um escripto qualquer, não só devêra ser considerado sempre como principal criminoso nos delictos da imprensa, sem prejuizo do papel tambem quanto a nós principal do impressor e do editor, mas ainda devêra ser procurado e perseguido pela lei por todos os meios que faculta o direito commum, como em outro lugar dissemos. (V. n. 10).

Taes foram pelo menos as ideias dos Romanos, nossos mestres em legislação, pois que, collocando o escriba, o compositor ou redactor, e o editor na mesma linha, contra todos elles igualmente concediam a acção de injuria: "*Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit... uti de ea re agere liceret,*" diz a importante L. 5ª Dig. de injur. et fam. libel.

Não foram porém estas ideias as que actuaram no espirito do nosso legislador, para que procurasse leva-las a effeito; e se a exposição ou o conhecimento d'ellas pode ser util para contrastar-se o systema do nosso Codigo, não nos parecem servir igualmente, pelo que fica demonstrado, para desenvolver ou explicar a sua disposição a respeito dos autores dos escriptos denunciados.

Assim que, como obra meramente legislativa, o processo de classificação dos responsaveis, de que até aqui havemos tratado, é simples, coherente, e mesmo satisfactorio, porque os seus resultados logicos correspondem ás vistas indulgentes do legislador; mas, como *razão escripta*, como systema verdadeiramente repressivo, de inteira justiça e utilidade social, deixa ainda infelizmente, em nossa humilde opinião, muito a desejar; sendo que os clamorosos abusos, á sombra d'elle crescidos e enraizados, provam talvez melhor este nosso asserto, do que as considerações e raciocinios que a tal respeito havemos expellido.

verdadeiro lugar, e para restituir ao jury a apreciação moral do escripto; é a gloria de Erskine."

Deixemos porém os autores, e passemos a ocupar-nos com outra ordem de responsáveis.

III

16. No § 4 apresenta-nos o Código mais uma classe de indivíduos principalmente responsáveis pelos abusos da liberdade de comunicar os pensamentos; e vem a ser — a dos vendedores e distribuidores dos impressos ou gravuras; mas isto sómente, diz o Código, “quando não constar quem é o impressor, ou este for residente em paiz estrangeiro, ou quando os impressos e gravuras já tiverem sido condemnados por abuso e mandados supprimir.”

17. Em Roma não só aquelles que vendiam, senão também os que compravam libellos diffamatorios, eram egualmente considerados criminosos, e punidos com a pena do Senatusconsulto contra taes libellos: *“Eadem poena ex Senatusconsulto tenetur... item qui emendum vendendumve curaverit”*, diz Ulpiano na L. 5^a § 10 Dig. de injur. et fam. libel. E como não havia ali liberdade de imprensa a proteger, mas sómente a honra dos indivíduos e a paz da republica a resguardar, nenhuma condição ou limitação especial era posta a esse respeito, fóra das regras do direito commum.

O mesmo porém não acontece entre as nações modernas, altamente ciosas d’essa liberdade, reputada como conquista e instrumento de sua civilização; muitas d’ellas tem modificado profundamente n’esta parte o direito penal ordinario, convertendo por assim dizer em excepção aquillo que era a regra; e nos termos do nosso Código, segundo acabamos de ver, tres condições fazem-se necessarias para que o vendedor e o distribuidor de impressos possam ser responsabilizados e punidos. Cumpre pois que as examinemos pela ordem mesma em que o legislador as collocou.

18. A primeira d'essas condições (quando não constar quem é o impressor) facilmente se explica com o auxilio do proprio systema já desenvolvido pela lei em sua parte talvez mais interessante.

Na verdade, tendo classificado o impressor como primeiro responsavel nos delictos da imprensa, por ser mais simples e mais facil começar por ahi, procurou depois o legislador assegurar-se quem seja elle com a disposição do art. 304, onde se exige que todo o impresso contenha a declaração do nome do impressor, da terra em que está a officina e o anno da impressão. Facil era porém antever, que nem sempre seria similhante disposição observada, combinando-se muitas vezes o interesse com o amor da impunidade para illudi-la, sem embargo da sancção penal que a protege.

Na previsão pois de uma tal eventualidade, e frustrada de alguma sorte por esse meio a garantia com que sempre quizéra contar o legislador, mister foi recorrer a outra, que a supprisse ou reforçasse, visto que por si só não podia ser-lhe equivalente. N'este intuito determinou o Codigo, que se reputassem criminosos e responsaveis o vendedor e o que fizesse distribuir os impressos, quando não *constasse* quem era o impressor d'elles. E ahi está, em nosso fraco pensar, a razão sufficiente da primeira condição, ou para fallar mais claro, da primeira hypothese em que, por excepção á regra, podem ser entre nós responsabilizados e punidos os vendedores ou distribuidores, pelos impressos que venderem ou distribuirem.

19. D'esta simples explicação resulta, que se não deve attribuir á palavra — *constar* —, de que servio-se o legislador, um sentido ou significação mais ampla, do que aquella que naturalmente comporta o systema da lei entendida por si mesma. Trata-se unicamente de impressos ou gravuras, em que falta a declaração do nome do respectivo impressor, exigida pelo art. 304 do Codigo, o qual deve ser trazido para aqui, como estabelecendo o unico meio *legal* que temos de verificar, se

consta ou não quem seja o impressor d'este ou d'aquelle impresso, e applicar em consequencia o § 4 do nosso art. 7 ao vendedor e distribuidor.

Por quanto, o que o legislador quer em definitiva, é que não circulem impunemente impressos clandestinos, obras sem o nome do respectivo impressor, e que trazem por assim dizer comsigo a advertencia da criminalidade que encerram; e o que fazem o vendedor e o distribuidor, é justamente transgredir essa prohibição, tomando sobre si a responsabilidade de um facto, que a lei quizera poupar-lhes.

Qualquer outro sentido, qualquer outro meio de prova, que se pretendesse apresentar como sufficiente para fazer *constar* qual o impressor, e desviar a responsabilidade do vendedor e do distribuidor, parece dever ser repellido, não só como arbitrario, senão tambem como tendente a enfraquecer a garantia procurada pelo legislador. Assim o exige a coherencia do seu systema, segundo o qual, como já temos visto nenhuma responsabilidade pôde ser aceita ou illidida senão mediante as formulas estabelecidas no mesmo Codigo¹.

20. Confirma-se o que acabamos de dizer com o simile da legislação franceza, segundo a qual os vendedores pregoeiros, distribuidores e affixadores são tambem responsaveis, quando os impressos por elles vendidos, apregoados, distribuidos ou affixados não contém o nome do autor ou do impressor, a menos que nomêem aquelles de quem receberam o impresso. (Art. 285 do Cod. Pen. comb. com os dous antecedentes).

Verdade é, que essas ultimas palavras (*a menos que etc.*) poderiam fazer suppôr que tambem entre nós se devera admittir a

¹ Afim de evitar as fraudes que podem dar-se mesmo em prejuizo de terceiros innocentes, previne o Codigo, no art. 305, o facto de "imprimir litographar ou gravar com falsidade todas ou qualquer das declarações do art. antecedente." Penas: de perda dos exemplares, e de multa de 50 \$ a 200 \$ rs.

E no ar. 306, com penas dobradas: "Se a falsidade consistir em attribuir o escripto ou estampa a impressor ou gravador, autor ou editor, que esteja actualmente vivo."

limitação que ellas encerram; e que uma vez indicado o nome do impressor pelo vendedor ou distribuidor, deveriam ficar isentos da responsabilidade, que sobre elles faz pesar o nosso § 4.

Mas além de que é absolutamente inadmissivel uma limitação que a lei não faz, e nem se póde logicamente inferir de nenhuma das suas disposições antecedentes ou subsequentes, sendo até contra ella manifestamente a combinação do § 4 com os §§ 1 e 2, e particularmente com o 5, como adiante veremos; accresce que, mesmo nos termos da lei franceza, a indicação do autor ou editor pelo vendedor ou distribuidor, não tem, como se poderia pensar, a virtude de isentar a estes da responsabilidade, mas sómente de minorar-lhes a pena. É com effeito o que resulta da segunda parte do cit. art. 285 do Cod. Pen., concebida n'estes termos: "No caso de revelação, só incorrerão na prisão de seis dias a tres mezes; e a pena de cumplicidade só ficará applicavel aos que não tiverem feito conhecer as pessoas de quem receberam o impresso, e ao impressor se é conhecido."

Sem duvida a revelação, a indicação do impressor feita pelo vendedor ou distribuidor, e mesmo por outra qualquer pessoa, póde ser duplicadamente preciosa, e aproveitada; mas não póde ter a virtude de isentar da responsabilidade aquelles dous agentes, cuja criminalidade consiste precisamente em concorrer para a publicação de impressos clandestinos, contra a prohibição da lei, que se oppõe a que elles circulem sem o nome do seu primeiro responsavel.

Similhante revelação ou indicação só póde com effeito servir para que se torne effectiva a sancção do art. 304 contra o impressor omisso no cumprimento dos deveres de sua profissão, e ao mesmo tempo a responsabilidade que sobre elle pesa primariamente em virtude do § 1, e da qual não se poderia por certo pretender que fique isento pelo facto de sua omissão criminosa. *Nemini fraus sua patrocinari debet.*

Bem comprehendeo o legislador, que, crescendo o perigo para a sociedade á medida dos obstaculos postos ao descobrimento e punição dos criminosos, era mister ampliar aqui um pouco mais a sua acção, modificando n'este sentido o systema que acima adoptara. A solidariedade do vendedor e distribuidor com o impressor naturalmente se apresentava no caso dos impressos clandestinos, e foi por conseguinte implicitamente consagrada.

Nem ha n'isto nenhum rigor injusto, pois que, tornando-se réo de dous crimes, um dos quaes não foi commettido senão para alcançar a impunidade no outro, torna-se realmente o impressor digno de uma duplicada punição; e seria contra todos os principios de justiça e moralidade, que, ainda em tal hypothese, continuasse o favor da lei a protege-lo, quando, tendo-a elle proprio infringido, nenhuma escusa legal póde apresentar. "*Qui peccat contra legem, is in ea lege subveniri non potest.*"

A escusa do impressor está, juntamente com a sua responsabilidade, no § 1; e não ha de ser a circumstancia do seu dolo em occultar-se, que tenha a virtude de alterar esse direito eximindo-o da primeira. Tal é tambem o direito da França, como ha pouco vimos.

21. De acordo sobre a responsabilidade do vendedor e do distribuidor na hypothese que mais nos interessa — a de não conter o escripto indicação do nome do autor ou impressor — divergem todavia os escriptores francezes acerca do alcance do sobredito art. 284 do seu Cod. Pen., bem como acerca da qualificação ou character, que em tal hypothese se lhes deve attribuir.

Assim, Chassan, seguindo a Carnot, e vendo com elle n'esse art. de lei comprehendida a hypothese contraria, opina que, não contendo o escripto impresso o nome do autor ou do impressor, é evidente que o vendedor ou o distribuidor, que não os faz conhecer, devem ser reputados autores e impressores do escripto, e punidos como autores principaes da

infracção, sendo conforme com esse sentimento o dito de Perezius: "*quia cum auctorem non prodat, ipse auctor proesumitur.*"

Chauveau e Helie, pelo contrario, mais fieis talvez ao pensamento do mesmo art. 285, revelado pela ordem de sua collocação, entendem que "não se trata na especie que elle prevê, senão dos distribuidores dos impressos que não trazem os nomes, nem do autor, nem do impressor; e sem entrarem portanto em distincção, abstem-se de dar áquelles uma qualificação differente da que expressamente lhes attribue a lei.

Nenhum interesse porém offerece esta questão entre nós, visto como, excluida a cumplicidade dos delictos da imprensa pelo art. 8 do nosso Codigo, fica fora de toda a duvida, que o vendedor e o distribuidor, no caso do § 4, só como autores principaes são chamados a responder pelos impressos. E assim o entendia Chassan, mesmo sob o imperio da nossa Lei de 20 de Setembro de 1830, que constantemente cita, e em cujo art. 7 § 4 busca apoio á sua opinião¹.

22. Advertindo que a lei faz consistir o crime na publicação, e tendo como evidente a cooperação material do distribuidor para ella, o Dr. Mendes da Cunha conclue pela responsabilidade solidaria d'esse agente com o impressor, editor ou autor, sendo que, diz elle, "só por uma sorte de indulgencia, que *não tem explicação em direito*, escapa o distribuidor á responsabilidade *se mostrar quem é o impressor*" (pag. 76).

Concordamos perfeitamente com o pensamento dominante n'esta observação, que sómente nos parece dever ser rectificada quanto aos ultimos termos, visto como o distribuidor, segundo acima dissemos, não escapa á responsabilidade, senão quando *consta* dos proprios

¹ *Délits et Contraventions de la parole, etc.*, tom. I, n. 180. — Mesmo em França, parece que pouco interesse pratico pôde ter a questão acima aventada, em presença do art. 9 do respectivo Cod. Pen., que pune em geral os cúmplices de um crime com as mesmas penas do autor; salvo o interesse resultante da doutrina muito contestavel de Chassan, relativa á intenção, doutrina de que adiante ainda fallaremos, e que já em outra parte impugnámos.

impressos distribuidos o nome d'aquelle que os imprimio. É portanto n'esses mesmos impressos que elle deve *mostrar* quem seja o impressor para gosar da indulgencia da lei; mas ainda n'esta hypothese, que é realmente a do Codigo, não se póde em verdade conceber nem explicar *em direito*, como escape o distribuidor ou vendedor á responsabilidade, que naturalmente decorre do facto da venda ou distribuição de impressos criminosos.

Não ha porém aqui nenhuma novidade a estranhar, sendo já bem conhecido o systema de favor e privilegio creado pelo Codigo para proteger a liberdade da imprensa. Por uma indulgencia igualmente inexplicavel em direito, isentou o legislador no § 1 o impressor, quando exhibir-se em termos a responsabilidade do editor, e o mesmo fez com este no § 2, quando mostrasse a obrigação do autor. D'onde resulta que, se na verdade é justa, como supomos, a observação do distincto magistrado, não se póde deixar de sentir que sómente mui tarde viesse a manifestar-se.

23. Recordaremos entretanto, ainda uma vez, que nem a legislação da Inglaterra nem a da França (que dizem marchar á frente da civilização moderna) mostram-se tão indulgentes e liberaes como a nossa na materia presente; e quer haja ou não nos impressos nome de impressor ou autor, responsabilisam e punem ambas, em todo o caso, o vendedor e o distribuidor, fazendo quando muito alguma differença na penalidade. (V. o n. 20).

Procurando levar mais longe essa differença, Chassan ensina que, "collocados na mesma linha do impressor, elles podem ser considerados tambem como cúmplices; mas, para estabelecer a criminalidade a seu respeito, não basta o facto só da venda, da distribuição; é necessario ainda, que tenham obrado scientemente, *malo animo*. Todavia, acrescenta o publicista, não gosam d'esse beneficio os pregoeiros, afixadores, vendedores e destribuidores, senão quando o

impresso *traz o nome do autor ou do impressor*. Se não contém essa formalidade, elles são reputados ter obrado scientemente, e condemnados como autores principaes da infracção. Que, se o escripto traz o nome do impressor, a presumpção de que elles obraram scientemente cessa, mas podem ainda ser condemnados como cúmplices, quer não nomêem, quer revelem de quem receberam o escripto, salvo a diminuição da pena n'este ultimo caso; mas em uma e outra hypothese incumbe ao ministerio publico provar que obraram com conhecimento de causa¹.

24. Tendo já em outra parte impugnado esta doutrina protectora dos cúmplices, não voltaremos mais sobre o que então expendemos contra ella. (V. Lição 2^a ns. 13 e 21.) Observaremos apenas, que os illustres autores da *Theoria do Codigo Penal* parecem dar-nos razão, quando dizem que, "de não ter o distribuidor denunciado a pessoa que lhe entregou o escripto provocador, não se poderia induzir a prova de sua cumplicidade"; que "essa cumplicidade não é ainda senão *uma presumpção*"; mas que "esta presumpção *o colloca em estado de prevenção, etc.*"². Tal nos parece ser a verdadeira doutrina, applicavel não só aos cúmplices, senão tambem aos autores de factos criminosos. Conforme o direito commum, quem os pratica ou para elles concorre, tem contra si a presumpção de má fé, mas esta presumpção póde todavia ser excluida por provas em contrario opportunamente exhibidas em juizo.

25. Na Inglaterra, sem embargo da opinião de Ricardo Philips, já tambem conhecida e por nós apreciada (L. 2^a n. 14) parece um ponto de doutrina geralmente recebido, que o vendedor e o distribuidor de impressos são, em todo o caso, responsaveis pela publicação, ainda que alleguem não ter conhecido ou ignorar o conteúdo d'elles; e confessa

¹ *Délits et Contraventions de la parole*, tom. I, n. 211.

² *Théorie du Cod. Pén.*, cap. 41. No entender de Chauveau e Helie, como mais acima vimos, e elles o repetem, a disposição do art. 285 do Cod. Pen. só tem autoridade, no caso em que o processo é dirigido contra um escripto anonymo, sendo esta sómente a hypothese que o Cod. ahi quiz prever.

Chassan que effectivamente é esse o rigor do direito inglez, no pensar de jurisconsultos que fazem autoridade.

Assim, por exemplo, na causa de um certo Almon, perseguido por amor das *Cartas de Junius*, allegou-se em appellação, que o libello fóra trazido á loja e vendido por um rapaz sem conhecimento do seu patrão. O tribunal porém respondeo, que essa razão podia servir talvez para altenuar a pena, mas não fazia desaparecer a criminalidade do livreiro. Por quanto, explica um jurisconsulto inglez, “a opinião positiva e unanime é, que um libello comprado na loja de um livreiro deve ser, *prima facie*, uma prova de que o livreiro é criminoso de sua publicação, até que o contrario seja demonstrado¹.” No que vai para nós a verdadeira doutrina, a *theoria racional*, igualmente justa e conveniente.

26. Entretanto, mesmo conforme o nosso Codigo, em vão, para o distribuidor, constará do impresso o nome do impressor, se for elle residente em paiz estrangeiro; por quanto, ainda n’esta hypothese, a segunda do nosso § 4, o vendedor ou o distribuidor são reputados criminosos e responsaveis pelos delictos, que em tal impresso se contiverem. Ora, uma vez conhecida a razão porque foi a residencia no Imperio um dos requisitos de idoneidade na pessoa do editor para escusar o impressor (§ 1), e depois na do autor para escusar o editor (§ 2), conhecida fica igualmente a razão porque a residencia do impressor em paiz estrangeiro determinou a responsabilidade do vendedor e distribuidor dos impressos sahidos de sua officina².

Não quiz o legislador chegar com a sua indulgencia, ao ponto de permittir que circulassem livremente no paiz impressos criminosos, cujos primeiros responsaveis, embora conhecidos, não podessem facilmente ser attingidos pela justiça publica; e para obstar a esse mal

¹ Starkie, *Law of slander and libel*, vol. I, cap. 8º; II, cap. 1 — Chassan — n. 76.

² V. *Lição 2.*, n. 36 e seguintes.

verdadeiramente grande, interpôz a responsabilidade do vendedor e do distribuidor, como uma garantia de mais para o publico e os particulares.

27. Seria com efeito, quanto á nos, restringir demasiadamente o alcance do nosso paragrapho, o pretender que, em tal caso, fica isento de toda a responsabilidade o impressor residente em paiz estrangeiro. Não o diz assim a lei em parte alguma, e nem se poderia juridicamente inferir do seu espirito uma semelhante isenção. A irresponsabilidade de um cooperador ou codelinquente, qualquer que seja o delicto, é um privilegio exorbitante, que deve ser autorizado pela lei; e se esta o não concede em termos expressos, não devemos erigi-lo em ponto de doutrina. "*Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia.*" (L. 141 Dig. dereg. juris).

Assim, quando o legislador entendeu que a responsabilidade do editor devia importar a completa irresponsabilidade do impressor, disse-o expressamente no § 1; quando quiz que a obrigação do autor importasse a desoneração do editor, pelo mesmo modo o declarou no § 2; quando finalmente entendeu que, pela comunicação dos escriptos não impressos, provado qual fosse o autor, e que circularam com o seu consentimento, deixasse de ser por elles responsavel o communicador, assim o declarou tambem positivamente no § 5, como adiante melhor diremos.

Mas, na hypothese de que se trata, não procedeo certamente o legislador da mesma maneira; e nem vemos sequer no § 4 coisa alguma que, ao menos por similitude ou analogia, possa prestar-se á indução de que, pelo facto da residencia fóra do Imperio, fica o impressor isento da responsabilidade que lhe compete pelo facto da declaração de seu nome no impresso. Como pretender pois, á vista d'isto, que, muito embora se conheça *legalmente* o impressor, fica elle sem responsabilidade pelos impressos sahidos de sua officina, se residir em paiz estrangeiro?

A segunda hypothese do nosso paragrapho comprehende sem duvida indistinctamente, pois que nada ahi se distingue, não só os impressos sahidos de officinas estabelecidas dentro ou fora do Imperio, mas também os impressores nacionaes ou estrangeiros; e se em certos casos póde ser inutil o tratar da responsabilidade d'estes, em outros pelo contrario póde ser do mais alto interesse, para a sociedade e para os offendidos, o verifica-la e leva-la a effeito convenientemente.

Sendo pois assim, eis aqui um impressor estabelecido com typographia no Brazil, o qual, depois de feita a impressão de certa obra com a declaração do seu nome, passa a residir em outro paiz, e durante a sua ausencia effectua-se a venda e distribuição da mesma obra. Havemos de dizer por isso, que a sua responsabilidade cessou e desapareceo, de maneira que se não possa attingi-lo em sua propriedade presente, aguardando a sua volta quanto ao cumprimento de outra qualquer pena? O vendedor ou o distribuidor, podendo ser individuos sem *eira nem beira*, é bem visto que a sua responsabilidade, como garantia contra os abusos, póde não valer a responsabilidade do impressor; e se a lei nos não obriga a contentar-nos com uma responsabilidade talvez illusoria, quando é possivel ter outra mais efficaz e preventiva, que consideração juridica ou moral nos poderá levar a repellir esta ultima?

Nos termos do art. 312 do Codigo do Processo, quando o autor ou editor não tem meios para satisfazer a multa em que for condemnado, o impressor fica responsavel á satisfação; e longe de haver quanto a nós algum principio, que se opponha á extensão d'esta responsabilidade na hypothese do § 4 que nos occupa, pelo contrario tudo no-la indica como razoavel e juridica, visto que a falta absoluta de autor ou editor responsavel equivale bem á falta de meios no autor ou editor existentes, se é que não vai mais alguma cousa. E para que privar-nos da garantia resultante d'essa responsabilidade subsidiaria do impressor, declarando-o, *ex proprio Marte*, isento de toda responsabilidade quando residente em

paiz estrangeiro, só porque em tal caso considerou o Codigo responsaveis o vendedor e o distribuidor?

Uma vez admittida pelo proprio legislador, (por uma especie de derrogação ao systema ate aqui seguido) a coautoria do vendedor e do distribuidor dos impressos juntamente com a do impressor, como acabamos de ver na primeira hypothese do 4, importa que nos prevaleçamos d'esta franqueza no interesse da justiça, para não considerar desonerado o impressor que reside em paiz estrangeiro, muito embora sejam coautores e solidarios com elle o vendedor e o distribuidor. Só uma declaração expressa do legislador, ou pelo menos evidentemente colligida de suas disposições em contrario, poderia desviar-nos d'esta intelligencia da lei, que aliás tem a vantagem de estabelecer a coherencia do legislador em todas as hypotheses do nosso paragrapho.

Parece-nos portanto, em face d'estas considerações, que, na hypothese de ser o impressor *legalmente conhecido*, mas residente em paiz estrangeiro, a responsabilidade do vendedor e do distribuidor não passa de uma responsabilidade por assim dizer *supplementar*, sem que d'ella se possa inferir absolutamente a exclusão da responsabilidade do impressor. E um reforço de garantia, que deve ser convenientemente aproveitado, e não repellido por illações infundadas¹.

28. Finalmente declara o nosso paragrapho, em terceiro caso, responsaveis o vendedor e o distribuidor, "quando os impressos e gravuras (por elles vendidos ou distribuidos) já tiverem sido condemnados por abuso e mandados supprimir."

¹ A lei de 20 de Setembro de 1830 sómente responsabilisava o vendedor e o distribuidor dos impressos, quando não constasse quem era o impressor. Art. 7 § 4. Não prevenio portanto, como faz o Codigo, a hypothese de ser o impressor residente em paiz estrangeiro. E se ninguem poderia razoavelmente pretender que, sob o imperio d'aquella Lei, podessem os impressos, n'essa hypothese, circular impunemente *sem a responsabilidade do impressor*, menos o poderá ainda, quanto a nós, sob o imperio do Codigo, cujo fim, na previsão da mesma hypothese, não foi certamente destruir a garantia da responsabilidade já existente, mas pelo contrario reforça-la com outra nova, attento o maior perigo do caso previsto.

O facto da condenção e da suppressão, em virtude de uma sentença definitiva, emanada do poder competente, é com effeito em tal caso uma advertencia bastantemente grave e solemne da criminalidade contida nos impressos ou gravuras; e por consequencia tambem uma prohibição implicita de qualquer venda ou distribuição, que de novo se pretenda fazer d'elles; prohibição que deriva da lei, e que tem tanta força como se fosse esta que directamente a pronunciasse.

É pois um dever de todos que se propõem a vender ou distribuir impressos e gravuras, o começarem antes de tudo por averiguar, se os que para tal fim lhes são entregues, já foram ou não condemnados pelos tribunaes e mandados supprimir; e se omittem esta diligencia, voluntariamente se expõem a responderem como criminosos pelo facto da venda ou distribuição, sem que tenham muito de que queixar-se.

29. Nos termos da lei franceza de 26 de Maio de 1819, art. 27, os vendedores e distribuidores de impressos, desenhos ou gravuras já condemnados, são igualmente reputados criminosos e punidos; mas ha uma distincção a fazer quanto á pena, conforme o facto da venda ou da distribuição teve lugar antes ou depois da publicação da sentença condemnatoria, que deve ser feita na forma prescripta pelo art. 26 da citada lei (a mesma que da publicação das sentenças de declaração de ausencia). N'esta hypothese incorrem os transgressores necessariamente no maximo da pena, em que teriam podido incorrer os autores dos escriptos, gravuras, etc.; na hypothese contraria, a pena a infligir é a ordinaria, e o *maximo* deixa de ser obrigatorio no caso de condemção¹.

Reproduzindo a disposição do art. 11 tit. 2 da nossa Lei de 20 de Setembro de 1830, que é quasi a mesma do final do § 5 do Codigo, nota Chassan que a lei brasileira não se tivesse preocupado com o facto da publicação das sentenças condemnatorias de impressos, cuja venda e

¹ *Délits et Contraventions de la parole, etc.*, tom. I, n. 190.

distribuição posterior se prohibia¹. Ora, ainda hoje tem todo cabimento esta advertencia, visto que o Codigo tambem se não preocupou com a publicação de taes sentenças, como aliás fôra para desejar, sendo que haveria sem duvida mais justiça de sua parte, se por ventura houvesse exigido para ellas uma forma de publicação, que tivesse maior alcance, e podesse mais facilmente ser conhecida em toda a extensão do Imperio, do que a publicação das outras sentenças ordinarias.

30. É questão mui debatida entre os jurisconsultos francezes, se a sentença condemnatoria de impressos, gravuras, etc. tem ou não autoridade de cousa julgada a respeito da venda e distribuição que d'elles se fizer posteriormente.

Fundando-se em que os delictos da imprensa são por sua mesma natureza variaveis, podendo o que é hoje um delicto deixar de sê-lo amanhã, e o que é perigoso em Pariz deixar de sê-lo em Marselha, pronuncia-se Chassan pela negativa. O facto da venda ou distribuição de um escripto já condemnado é, em seu entender, um facto novo, que dá lugar a um novo exame, a novos debates sobre o conteúdo do escripto, e que não pode ser prejudicado pela decisão anterior².

Grattier, pelo contrario, sustenta a affirmativa, procurando fazer sobresahir a inconveniencia de julgamentos contradictorios sobre o mesmo ponto. "O que se tornaria, pergunta elle, á autoridade da cousa julgada? Tal obra poderia ser condemnada aqui, sua suppressão ou sua destruição ordenada; mas acolá seria declarada innocente, e deixada á livre circulação. N'este caso, que aresto se deveria executar? O primeiro, ou o segundo? Elles se destruiriam mutuamente, e entretanto ordenaria cada um a sua execução. Não é a obra que é o objecto do processo, é a desobediencia á condemnação, é a infracção á prohibição³."

¹ Ibid nota 2.

² *Délits et Contraventions de la parole*, tom. I, n. 191 e 193.

³ *Commentaire sur les lois de la presse*, tom. I, pag. 150.

31. Não tem porém esta questão entre nós a mesma gravidade que na França, onde se complica com a distincção autorizada pela lei entre os delictos e as *contravenções* propriamente ditas; de maneira que, reduz-se alli, em ultima analyse, a saber, se o facto da venda ou distribuição, no caso de que se trata, constitue um delicto ou uma simples *contravenção* (facto puramente material, e que deve ser punido independentemente de toda a ideia de boa fé ou intenção criminosa da parte do seu autor).

Ora, não admittindo as nossas leis essa distincção embaraçosa entre delictos e contravenções; e constituindo ao contrario toda a infracção da lei penal um verdadeiro delicto, que, segundo o direito do nosso Codigo, não póde ser apreciado e julgado senão tendo-se em vista o elemento moral da boa ou má fé (art. 2 § 1 comb. com o art. 3), segue-se que, não só acha-se entre nós consideravelmente simplificada a questão, senão tambem que, a unica solução razoavel e admissivel, é a que lhe dá Chassan, nos termos que acima ficam expostos.

Grattier mesmo confessa que, "no caso extremamente raro, em que a obra se tenha tornado meritoria depois da condemnação incorrida, em que o facto que ella constituisse não fosse mais um delicto qualificado pela lei, o ministerio publico, que não deve obrar senão quando ha prejuizo para a sociedade, terá o bom senso de não accionar."

Para que pois insistir em sustentar, como faz esse publicista, que accionando não obstante o ministerio publico, fica o juiz do facto manietado pela letra da lei (por força da cousa anteriormente julgada), de sorte que a sociedade e o indiciado só poderão achar garantia e recurso no direito de agraciar do soberano?

Se o facto hontem criminoso, já não é hoje um delicto qualificado pela lei, como pretender que os tribunaes não tenham o direito de chama-lo a novo exame, afim de julga-lo de acordo com a nova lei existente? Póde a autoridade da cousa julgada estender-se ao ponto de

ter mais força e merecer mais respeito do que as leis vigentes e os principios de humanidade, que clamam igualmente em favor dos accusados? Em nossa legislação pelo menos, nada nos parece haver que autorise uma tal jurisprudencia.

32. De acordo com a lei franceza de 1819, no cit. art. 27, prohibia tambem expressamente a nossa lei de 20 de Setembro de 1830, que se *imprimissem* escriptos já condemnados; prohibição esta que se não encontra no § 4 do art. 7 do Codigo¹. Dir-se-ha por isto que ficou sendo licito entre nós reimprimir os impressos ou gravuras já fulminados por uma condemnação? Dir-se-ha que, em materia de delictos da imprensa, sómente ha de punivel a primeira publicação do escripto que os contém?

Em nosso fraco entender seria um engano manifesto, senão um perfeito contrasenso o pensar de semelhante modo. Reimprimir não é mais nem menos do que imprimir de novo; e a reimpressão, quer seja pela primeira, quer pela segunda ou terceira vez etc., é sempre em si mesma um facto tão novo quanto o facto da primeira impressão ou edição. Ora, a novo facto (como bem diz Chassan) novo exame, novo processo, se ha lugar, é por consequencia tambem nova applicação a fazer entre nós do § 1 do nosso Codigo, que declara todo o impressor primeiro responsavel pelos impressos sahidos de sua officina, enquanto não mostrar a responsabilidade do editor².

¹ "Todos os que *imprimirem* [dizia o legislador de 1830] ou venderem escriptos ou gravuras já condemnados por abusos considerados taes por esta lei, incorrem nas penas impostas aos primeiros réos." Art. 11 do tit. 2.

E citando este artigo, tirava Chassan das palavras — *já condemnados por abusos considerados taes por esla lei* — a conclusão de que, ao juiz da reimpressão ou do novo facto da venda competia examinar, se o escripto condemnado tinha-o sido justamente; argumento que ainda hoje se pode entre nós invocar em apoio da questão ultimamente examinada no texto.

² "Aquelle que obteve [diz Chassan] uma decisão, pela qual o escripto que publicou, foi reconhecido não criminoso, não adquire por isso senão o direito de não ser perseguido pela venda, exposição ou distribuição, em toda a extensão do Imperio, da edição que fez a materia do processo. A este respeito ha cousa julgada; — mas a autoridade da cousa julgada deixa de existir, se o mesmo individuo ou *outro qualquer* faz uma edição da

Os delictos n'esta materia, confirma um estimavel escriptor, consistem na publicação; e todo o facto de publicação constitue um delicto independente d'aquelles que precederam, assim como d'aquelles que se lhe podem seguir. *Não é mais permittido reimprimir um escripto condemnavel, do que um escripto condemnado...* Uma nova publicação de um escripto que ultraja a moral, que ataca as leis ou a honra de um cidadão, é uma nova perturbação trazida á ordem publica, ou uma nova offensa á consideração das pessoas que ahi são diffamadas. O que importa então que os tribunaes tenham já condemnado esse escripto, ou que lh'o apresentem pela primeira vez? O seculo ultimo e as nossas revoluções, conclue Mangin, legaram-nos muitos escriptos criminosos; uma longa prescripção cobrio os autores, os *impressores* de muitos d'entre elles. Dir-se-ha que se póde, que se poderá *reimprimi-los*, publica-los de novo impunemente? Não sem duvida¹.

É portanto evidente, que a reimpressão dos escriptos condemnados não escapa á lei do § 1 do nosso art. 7, mais do que a d'aquelles que ainda o não foram, e que impressores e *reimpressores*, não sendo duas entidades diversas, estão igualmente sujeitos a responderem como principaes criminosos pelos impressos que sahirem de suas typographias. De maneira que, com a redacção dada ao art. 7, fôra inteiramente excusado e ocioso o faltar no § 4 da reimpressão dos escriptos já condemnados.

33. Entretanto, como o vendedor e o distribuidor são sempre responsaveis de sua parte pelos escriptos impressos já condemnados, que

mesma obra, ou se a distribue debaixo de novo formato, mesmo no dia seguinte ao da absolvição. Desde que ha novo formato, ha nova edição; e desde que ha nova edição, ha facto novo... Não tenho necessidade de observar que os principios, que acabam de ser expostos, applicam-se a *todos os casos de reproducção por uma via qualquer de publicação.*" [Ns. 161 e 189].

¹ *Traité de l'action publique, etc.*, n. 312.

Cumprе entretanto notar, com Chassan e Grattier, que a reimpressão de uma obra condemnada não é punivel senão quando contém precisamente as passagens condemnadas. Se estas foram omittidas, deixa de haver desobediencia á justiça, e por conseguinte materia para criminalidade.

venderem ou distribuírem, *ex vi* do nosso § 4, temos que, no caso de segundas edições de taes escriptos, concorrem solidariamente a responder por elles com os impressores ou editores, sem que a responsabilidade d'estes possa excluir a que lhes compete, ou vice-versa.

E nem ha n'este resultado da combinação do nosso § 4 com o § 1, cousa alguma que nos deva admirar, se attendermos que, a um factio criminoso muito mais grave (qual o da publicação de escriptos já condemnados) naturalmente deve corresponder uma repressão mais forte, uma garantia mais segura para a sociedade; repressão e garantia que effectivamente se encontram na solidariedade dos vendedores e distribuidores com os impressores ou editores.

34. Cumpre agora, antes de deixar o § 4, determinar bem o que devemos entender por vendedor e distribuidor no sentido do nosso Codigo, procurando evitar assim equívocos, em que facilmente se poderia cahir.

Evidentemente, tratando de reprimir abusos, não quiz o Codigo dar a entender por vendedor e distribuidor, sómente o individuo que *faz profissão* de vender ou distribuir impressos. Fôra uma inépcia o querê-lo; porque, na realidade, tão abusiva é, e tanto mal causa a venda ou distribuição de impressos, nas differentes hypotheses do nosso § 4, por individuos habituados a esse officio, como por aquelles que de novo se propõem a exerce-lo. Trata-se por tanto ahi indistinctamente de todo e qualquer individuo que, propondo-se a vender e distribuir impressos ou gravuras, effectivamente os vende ou distribue.

Mas quantos actos serão necessarios para constituir o individuo vendedor ou distribuidor *responsavel*? Bastará o factio da venda ou entrega de um só exemplar, ou será mister que effectivamente tenha vendido ou entregado muitos exemplares?

Interpretando a legislação franceza, que aliás nada tem de precisa sobre este ponto, entende Chassan que "o facto de ter vendido um só exemplar de um escripto, de um impresso etc. a uma só pessoa, é bastante para que haja publicação", e por consequencia crime e responsabilidade que, similhantemente, tratando-se de obra *impressa*, a entrega de um só exemplar seria constitutiva da infracção. Por quanto, diz elle, a impressão annuncia já a intenção da publicação, e se a esta intenção vem reunir-se o facto da entrega, mesmo de um só exemplar, póde-se dizer que a publicação está consummada, e que ha desde então distribuição no sentido da lei¹."

Não se poderia porém admittir entre nós uma similhante doutrina. Segundo a legislação do nosso Codigo, a publicidade *criminosa*, em regra, sómente resulta, como em outra parte estabelecemos, do facto da distribuição ou venda dos impressos por mais de 15 pessoas, e se particularmente se trata de estampas ou pinturas, do facto tambem de estarem expostas publicamente á venda (V. Liç. 1^a ns. 26 e 27.) Por conseguinte, ninguem póde ser reputado vendedor e distribuidor *responsavel*, nos termos do nosso § 4, senão quando effectivamente tem vendido ou entregado a mais de 15 pessoas exemplares dos impressos ou gravuras denunciados. Como porém, tratando-se de estampas ou pinturas, é bastante para constituir a publicação criminosa (nos termos do art. 279) o facto de estarem publicamente expostas á venda), segue-se que, n'este caso, devemos tambem considerar *vendedor* responsavel, aquelle que assim tem expostos á venda taes gravuras (estampas ou pinturas), muito embora as não tenha vendido ainda a ninguem².

¹ *Délits et Contraventions da la parole*, ns. 76 e 77.

No rigor do direito inglez, a simples comunicação de um libello, [impresso ou não], a uma só pessoa, considera-se como um facto de publicação punivel, Blackstone, liv. 3, cap. 11.

Não admittre porém Chassan, como adiante veremos, o rigor de um tal direito quanto á comunicação dos escriptos não impressos.

² Na França a tentativa de venda (*mise en vente*) e a exposição, quando commettidas por um mercador, são comprehendidas, segundo Chassan, na prohibição da lei [quer se trair de impressos ou de estampas]; por quanto, a respeito dos mercadores de livros, a

É esta a doutrina, que claramente resulta do nosso § 4 combinado com os arts. 90, 99, 119, 230, 277 a 279 do Código¹.

35. Seria porém um erro, quanto a nós, o pretender que o requisito da venda ou distribuição por mais de 15 pessoas, expresso no parágrafo seguinte, seja *sempre* e absolutamente necessário, para que o vendedor e o distribuidor, nas diferentes hypotheses do § 4 (e também o impressor quando lhe tocar, como fica dito), possam ser considerados responsáveis e punidos.

Por exceção á regra, os crimes de injúria e de calúnia, como em outro lugar mostrámos, não necessitam para existir d'esse elemento da publicidade, que aliás pôde servir para agrava-los, tornando-os dignos de mais severa punição (V. Liç. 1^a n. 26 e nota correspondente). Por conseguinte, se os impressos ou gravuras envolvem algum d'estes dous crimes, não ha duvida que basta a venda ou entrega do impresso mesmo a uma só pessoa, para determinar a responsabilidade não só do vendedor e distribuidor, nos termos do § 4, senão também do impressor no caso de lhe ser applicavel o § 1, conforme temos mostrado (V. n. 32).

Chamar para aqui o § 5, e exigir como constantemente necessário, quando se trata de impressos, o requisito das 15 pessoas, que ahi se exige a respeito de simples manuscriptos, é confundir cousas muito diversas, e perturbar por este meio a economia da lei, com offensa de certas conveniencias, mais ou menos bem entendidas, que ella claramente quiz guardar.

mise en vente e a exposição sendo meios de chegar a venda, devem ser-lhe equiparadas [n. 195].

¹ Segundo a lei portugueza, a publicação reputa-se ter tido lugar, todas as vezes que se distribuirem exemplares da obra por 6 pessoas, ou que 3 exemplares houverem sido apresentados em lugares publicos, ou postos à venda [Art. 6].

IV

36. Descendo das alturas da imprensa, passa o Código a regular a responsabilidade nos crimes cometidos por simples manuscritos; e n'este intuito, considera criminosos e responsáveis — “os que communicarem por mais de 15 pessoas os escriptos não impressos, se não provarem quem é o autor, e que circularam com o seu consentimento”; por quanto, “provando estes requisitos (diz o § 5) será responsável sómente o autor.”

Ora, por este simples enunciado da lei, vemos que realmente se trata aqui de factos muito menos graves, do que aquelles que fóram previstos e regulados nos paragraphos antecedentes. Não podem com effeito ser eguaes, o mal que se causa com a distribuição dos impressos, e aquelle que se causa com a communicação dos manuscritos. Ali, tira a propagação das ideias uma força immensa da grande facilidade, com que se multiplicam as copias do escripto por meio da imprensa; de sorte que, basta sómente a consideração d'essa facilidade e d'essa força, para que o alarma accometta os individuos ou se derrame na sociedade, ainda que, por uma circumstancia qualquer, não cheguem a propagar-se os impressos em tão larga escala quanto se podia conjecturar. Aqui, seria absolutamente impossivel produzir-se o mesmo resultado, ainda quando se reunissem e conspirassem para o mesmo fim todos os copistas de Roma e de Athenas.

Em um caso, o temor da publicidade não tem quasi limites, e vai de ordinario muito além da realidade; no outro, circumscreve-se dentro de uma certa esphera, pela segurança que ha da fraqueza do instrumento de propagação¹.

¹ Atraz de um impresso vendido ou distribuido a uma só pessoa, podem-se ver centenas e mesmo milhares de exemplares do mesmo impresso circulando mysteriosamente por mãos desconhecidas. Atraz porém de um manuscrito, ainda que communicado a um maior numero de pessoas, quantas copias d'elle se poderão enxergar tendo identico destino?

D'aqui vem pois o erigir o Código em regra indeclinável a comunicação do manuscrito por *mais de 15 pessoas*, para que o comunicador possa ser responsabilizado e punido; ao passo que, não exigindo esse requisito no § 4 antecedente, relativamente aos escriptos impressos e seus distribuidores, deo-nos por esse modo a entender, que nem sempre era ali necessário o mesmo requisito, cumprindo desde então regular-nos, quanto a elle, pelas definições especiaes de cada um dos crimes de que se tratar, recorrendo para isso aos respectivos artigos, segundo ha pouco demonstrámos.

No rigor do direito romano, bastava a simples comunicação de um libello a uma só pessoa para constituir um facto de publicação punivel, mesmo a respeito d'aquelle que casualmente o achava, não sendo aliás o seu autor: "*Si quis famosum libellum (diz a L. un. Cod. de fam. libell.), sive domi, sive in publico, vel quocumque loco ignarus repererit, aut corrumpat priusquam alter inveniatur, aut nulli confiteatur inventum. Si vero non statim easdem chartulas vel corruperit, vel igni consumpserit, sed vim earum manifestaverit, sciat se quasi auctorem hujusmodi delicti captivum sententiae subjugandum.*"

O mesmo rigor passou para o direito inglez sem distincção entre impressos e não impressos. Contesta porém Chassan que esteja elle no espirito da legislação franceza relativamente aos manuscritos. "Uma comunicação confidencial (pergunta o publicista) de um *escripto* ou de um desenho *não impresso*, a remessa de uma carta missiva, dirigida a uma só pessoa, deverão ser consideradas como estabelecendo e constituindo um facto de publicação? Não poderia eu pensa-lo; por quanto, uma tal comunicação não estabelece, em meu parecer, uma distribuição no sentido legal¹."

Seja porém como for, o certo é que, se a venda ou distribuição de *impressos*, mesmo a uma só pessoa, póde excepcionalmente, como

¹ *Délits et Contraventions de la parole, etc.*, tom. I, n. 77.

acima dissemos, constituir entre nós o vendedor ou distribuidor responsável pelos delictos (de injúria ou calúnia) que n'elles se contiverem; tratando-se pelo contrario de escriptos *não impressos*, não póde jamais o communicador d'estes ser responsabilizado e punido, se a comunicação não se houver estendido a mais de 15 pessoas. É quanto a nós o que manifesta e indubitavelmente resulta da combinação do nosso § 5 com o § 4 antecedente.

37. Entretanto, cumpre que nos não enganemos acerca da intelligencia e verdadeiro alcance d'este paragrapho, suppondo que haja alguma contradicção entre o que sobre elle fica dito, e o que em outro lugar dissemos relativamente á criminalidade e á punição das injurias e calumnias commettidas por meio de cartas missivas (Liç. 1^a n. 26 e nota).

É mister com effeito distinguir entre o communicador e o autor mesmo dos manuscriptos, em que taes injurias ou calumnias se encontram. Por quanto, são na realidade differentes as posições desses dous individuos; e se aos olhos do legislador poude não parecer justo ou conveniente, a respeito do primeiro, criminar e punir o facto da comunicação, senão quando fosse feita a mais de 15 pessoas, o mesmo não acontece a respeito do segundo, quando directa e particularmente se dirige áquelle áquem quer humilhar e offender¹; hypothese esta que se não comprehende em nosso paragrapho, e acerca da qual nada diz elle que nos autorise o pensar de outro modo.

Tal é tambem a doutrina de Chassan, o qual, sem embargo de não ver um facto de *publicação* criminosa na comunicação confidencial de um escripto ou de um desenho não impresso, e mesmo na remessa de uma carta missiva feita a uma só pessoa, todavia declara, que "não

¹ Ha entre nós um interessante proloquio vulgar, que poderia ter aqui talvez applicação. Diz-se que "portador não merece pancada"; o que provavelmente se deve entender no caso em que elle limita-se a desempenhar simplesmente o seu officio. Mas se o portador é bastantemente indiscreto para communicar a varias pessoas o escripto, que muita vez recebeo para entregar, a uma só, quem se animaria a defende-lo e livra-lo do merecido castigo?

poderia isto applicar-se á acção perante o tribunal de simples policia *contra o autor* do escripto, *se este escripto contém uma diffamação ou uma injuria*¹.

O mesmo principio mantém geralmente a jurisprudencia ingleza, fazendo apenas, como nos attesta o citado publicista, uma distincção entre a acção criminal e a acção civil, sendo que, quanto a esta, se o libello foi directamente entregue ao queixoso só, recusam-lhe toda acção civil, porque não póde elle em tal caso allegar, nem justificar um damno privado apreciavel em dinheiro. Mas a regra não é a mesma quanto á acção criminal. Assim que, basta a remessa do libello á pessoa que é d'elle objecto, sem outra publicação mais, para autorisar os processos, por causa da tendencia que tem um tal facto a provocar actos illegaes. Distincção muito racional, segundo Chassan, e que devia ser assignalada á attenção dos Icts francezes².

Concluamos portanto que, não havendo n'esta materia, conforme o nosso Codigo, nenhuma distincção a fazer entre delictos correccionaes e de simples policia, nem tão pouco entre a acção civil e a acção criminal, só nos resta e só nos cumpre, para bem applicar o nosso paragrapho, assim como os arts. 233 e 238, distinguir entre o communicador e o autor do manuscripto, e ainda quanto a este, entre o caso em que elle se dirige ou deixa de dirigir-se directamente ao individuo objecto de sua malevolencia ou animosidade.

38. É condição para a responsabilidade do communicador, na hypothese do § 5, que não possa elle provar quem é o autor dos escriptos não impressos, e que circularam com o seu consentimento, porque do contrario, feita a sua prova sobre estes dous pontos, fica sómente responsavel pelos manuscriptos o autor, isto é, aquelle que os redigio ou mandou redigir por outro.

¹ *Délits et Contraventions de la parole, etc.*, cit. n. 87, nota 3.

² *Ibidem*.

Notemos que não se contentou o Código com exigir do comunicador a prova de quem seja o autor dos manuscritos, mas exigiu ainda a prova de que circularam com o seu consentimento. Ora, a razão d'este ultimo requisito é obvia e conherente com as ideias do legislador.

Differentemente dos impressos, os manuscritos podem não ser destinados á circulação; póde aquelle que os redigiu ou compôz não querer, ao menos por enquanto, que elles saiam á luz da publicidade; e entretanto é possível que, ou subtrahidos ou achados, venham a circular contra a sua vontade. Na previsão pois de uma tal emergencia, e não tendo *presumido* a responsabilidade do autor ou editor relativamente aos impressos, é bem claro que não podia o legislador proceder de outra sorte para com o autor dos manuscritos; e ei-lo que exige por isso a prova do seu consentimento, para que possa sobre elle exclusivamente, recahir a responsabilidade pelo facto da circulação.

Não obstante, parece o Dr. Mendes de Cunha admittir que, no caso de se acharem os manuscritos assignados pelo autor, deve-se presumir o consentimento d'elle quanto ao facto da circulação, ficando-lhe porém o direito de provar o contrario (pag. 77). D'onde resulta que, bastaria ao comunicador mostrar o manuscrito com a assignatura do autor, para ficar desde jogo isento de toda a responsabilidade.

Mas, quanto a nós, é absolutamente inadmissivel uma similhante opinião em face do § 5. No pouco que exigiu quiz o legislador obter toda a segurança: proscreevo as presumpções, e em lugar das responsabilidades *tacitas*, quiz somente responsabilidades *expressas*. Ora, se a assignatura de tal individuo em um escripto póde, quando muito, provar que seja elle o seu autor, ninguem por certo dirá que prove por si só e directamente a acquiescencia de sua vontade, quanto ao facto da circulação em que está o delicto.

Provar quem é o autor dos manuscritos, e provar que circularam com o seu consentimento, são dous requisitos, duas condições *distinctas* da irresponsabilidade do communicador; e não tem ainda satisfeito a lei aquelle que apenas fez a prova da primeira, pois que d'ella não póde resultar sufficientemente a prova da segunda aos olhos do proprio legislador, que por isso as distinguio e separou¹.

Entretanto, vê-se por aqui mesmo toda a differença que faz a lei entre o communicador de manuscritos, e o vencedor ou distribuidor de impressos; por quanto, ao passo que estes não escapam á responsabilidade, ainda que provem quem seja o impressor, se os escriptos aliás são clandestinos (sem o nome do mesmo impressor); aquelle pelo contrario fica completamente desonerado, se, provando qual o autor, provar ao mesmo tempo que circularam com o seu consentimento. E d'onde vem agora tão grande differença?

Porque razão não fallou, e nem quiz a lei saber do consentimento do impressor, para isentar da responsabilidade o distribuidor dos impressos clandestinos, no caso de poder elle fazer a sua prova a tal respeito? Porque razão ainda, a circumstancia da residencia do impressor fóra do Imperio, precisamente quando é conhecido pelo impresso, ha de fazer recahir a responsabilidade sobre o vendedor ou distribuidor, ao passo que é indifferente esta mesma circumstancia, quando se trata da communicação de manuscritos, e uma vez provados os dous requisitos do nosso paragrapho, fica o communicador livre de pena e culpa? Porque razão finalmente, nas tres hypotheses do paragrapho antecedente, accumula-se a responsabilidade do impressor com a do vendedor ou distribuidor, ao passo que, no caso do presente paragrapho, *só o communicador* ou *só o autor* deve ser responsavel?

¹ V. quanto ao mais o que já em outro lugar dissemos sobre a forma da obrigação do autor, relativamente aos impressos [ns. 7 á 9 da presente lição], e que póde ter aqui applicação, *servatis servandis*.

Eis ahi questões que se tocam, que se prendem, e que por assim dizer se explicam umas pelas outras. Por quanto, tudo ahi procede da natureza differente dos escriptos *impressos* e *não impressos*; da gravidade maior ou menor dos factos que uns e outros representam, assim como da importancia mais ou menos consideravel, que o legislador julgou dever attribuir-lhes, segundo as suas ideias a respeito.

Assim que, temendo, e com razão, mais o impressos do que os manuscritos, e querendo impedir efficazmente a circulação dos que por sua clandestinidade se tornam suspeitos, não era possivel que o legislador innocentasse o vendedor ou distribuidor de taes escriptos, ainda que provasse qual o impressor d'elles; e nem tão pouco que isentasse a este pela responsabilidade daquelles, sendo todos transgressores dos seus preceitos.

E que duvida poderia haver sobre o consentimento do impressor, primeiro responsavel pelos escriptos impressos em sua typographia? Todo o impresso é necessariamente destinado á circulação, visto que ninguem imprime senão com esse fim; e se aquelle que redigio um escripto, pôde alguma vez sustentar, com probabilidade de ser acreditado, que não queria a sua circulação, seria por demais irrisorio que se admittisse o pretender a mesma cousa, aquelle que o imprimio, sendo de facto todo o *escripto impresso* um *escripto publicado*.

Pelo contrario, não vendo o legislador na communicação dos manuscritos a mesma gravidade, o mesmo perigo, entendeo que devia ser a esse e outros respeitos, mais facil e mais indulgente: *De minimis non curat proetor*. Foi talvez este o pensamento que o dominou.

Quanto á circumstancia da residencia, parece na verdade, que alguns tem pretendido traze-la do § 4 para o § 5, entendendo que, assim como o vendedor e o distribuidor são responsaveis pelos impressos, quando o impressor, apezar de declarado n'elles, reside em paiz

estrangeiro, assim também deve ser com o comunicador dos manuscritos á respeito do autor.

Mas é na realidade uma intelligencia e uma pretenção absolutamente inadmissivel, em face da disposição terminante e cathegorica do nosso paragrapho; e quando não bastassem as considerações expendidas para convencer-nos de que tal não foi a mente do nosso legislador, seria forçoso convir, com o Dr. Mendes da Cunha, que, não fazendo a lei nenhuma distincção sobre o lugar da residencia do autor do manuscrito, quando se prove quem elle é, e que circularam com o seu consentimento, nenhum juiz póde supprir, pelas regras da interpretação doutrinal, uma omissão das leis repressivas *em prejuizo do réo* (Observ., pag. 79).

“Ainda as mais brilhantes theorias do mundo, diz mui bem o distincto magistrado, não poderiam comprehender razoavelmente o comunicador do § 5 na segunda hypothese do § 4, depois d’estas ultimas palavras da lei — *provando estes requisitos, será responsavel sómente o autor.*

“Esta disposição, ou antes esta advertencia da lei concebida em termos imperativos, tem um character prohibitivo de tudo quanto n’ella expressamente se não contém. Ella exclue de um modo que equivale a uma determinação expressa, o comunicador de um manuscrito criminoso da segunda hypothese do § 4” (Ibid).

39. Entretanto, cumpre confessar que, arrastado por suas ideias de favor e animação á liberdade de comunicar os pensamentos, e exagerando um pouco a realidade das cousas, concedeo o legislador menos importancia do que devia á comunicação dos manuscritos; e por um erro de apreciação (permitta-se-nos dize-lo), que nos parece manifesto, pôz a salvo de toda a responsabilidade o comunicador d’elles, mediante a prova dos dous mencionados requisitos.

Com efeito, a indulgencia da lei, isentado de toda a responsabilidade o communicador na hypothese do nosso paragrapho, é por ventura maior, e menos justificavel ainda, do que aquella que foi liberalisada ao vendedor e distribuidor na primeira hypothese do § 4 antecedente.

A critica que a este respeito faz o Dr. Mendes da Cunha, parece-nos em geral tão justa e concludente, que bastara reproduzi-la aqui textualmente, addicionando-lhe apenas uma ou outra observação sobre apreciações de detalhe.

“De qualquer modo que se considere a criminalidade do autor do communicado (diz o illustrado escriptor), o communicador não é menos criminoso na censura de direito, e ambos são coautores.

“O communicador de um manuscripto não está na razão da mesma indulgencia que a lei concede ao distribuidor dos escriptos impressos, porque este é ordinariamente um homem que faz da distribuição um meio honesto de subsistencia, orgão material de um estabelecimento de publica utilidade, e sempre estranho á criminalidade dos impressos distribuidos¹; mas outro tanto se não póde dizer do communicador de um manuscripto. 1º, Porque não póde ser um genero de vida um acto que rarissimas vezes se exercita; 2º, porque a communicação de um escripto criminoso nos termos do § 5, é sempre um acto reprovado e infenso á moral publica; 3º, porque uma tal communicação, além de insolita, e pura execução de um mandato, prova antes o concurso intencional do communicante para a diffamação, do que

¹ Se o vendedor ou distribuidor de impressos póde muitas vezes [e não *sempre* como diz o escriptor com alguma exaggeração] ser de facto estranho á criminalidade d'elles, não póde ser isso, note-se, um justo motivo, para que não devesse ser responsavel pelo facto da venda ou distribuição juntamente com o impressor. Ha para todo individuo obrigação de informar-se do conteudo de um escripto, cuja vulgarisação, é encarregado de realizar, e sabe-se que: *Idem est scire, aut scire debuisse*. [V. supra ns. 22 a 25].

a suposição em que elle estaria de praticar um acto licito feito com a tenção ordinaria¹.

“Ainda no caso de ter o communicante provado em seu favor, alguma cousa, que o torne moralmente digno de escusa, é fora de duvida, depois das razões ponderadas, que houve de sua parte negligencia, ou deleixo, e por conseguinte, não obstante a prova do consentimento do autor, deve ficar sujeito ás disposições do direito commum para a acção reparatoria do damno” (Observ. pag. 77 á 78).

Sim, ás disposições do direito commum: eis ahi o ponto capital, a que será preciso voltar sempre, se quizermos restabelecer a justiça punitiva em seu verdadeiro pé, relativamente aos abusos na communicação dos pensamentos, e por esse meio evitar tudo que ha de repugnante e contradictorio com o bom senso no systema de favor e privilegio, que, menos prudentemente, lhes foi applicado.

Tarde porém, e mui tarde advertio o distincto magistrado nas *indulgencias* do nosso Codigo, que confessa não terem *explicação em direito*. De mais alto começaram ellas; e se a logica vale alguma cousa, fôrça é convir em que não se pôde ter a respeito dos impressores um modo de pensar e uma linguagem differente d'aquella, que se acaba de ter com os distribuidores de impressos e os communicadores de manuscriptos.

O systema de repressão geralmente adoptado pela lei é logico e coherente; importa que a critica tambem o seja.

40. Não menciona o § 5 a hypothese de já terem sido condemnados os escriptos não impressos, hypothese de que aliás occupou-se particularmente o § 4 antecedente. Deveremos inferir d'ahi

¹ Não se deve porém inferir d'aqui á *contrario*, que o distribuidor de impressos possa ser considerado como estando sempre *justamente* n'essa suposição, attento o dever que lhe corre de informar-se previamente, se vai distribuir um escripto bom ou máo, innocente ou criminoso, como acabamos de dizer e ninguem o contestará.

que a exclue, ou que não a abrange, como a alguns tem parecido? Certamente não. O que ha sómente, é que, não distinguindo o legislador entre manuscriptos condemnados e ainda não condemnados, permanece a mesma a condição do communicador a respeito de uns e de outros, e nenhuma alteração póde soffrer, no caso de effectiva responsabilidade, a não ser a que manifestamente resulta da aggravação da pena pela circumstancia da reincidencia, quando for o communicador dos escriptos condemnados, o mesmo individuo que os communicou da primeira vez, e já por isso foi responsabilisado.

Se no § 4 occupou-se o legislador especialmente com a hypothese de terem os *impressos* sido condemnados, é por que ahi pareceo-lhe demandar, por sua especial gravidade, uma providencia particular, que tornasse a repressão do crime mais segura e mais efficaz, estendendo-se a responsabilidade do impressor ao vendedor ou distribuidor de taes escriptos, os quaes de certo não a teriam (constando dos impressos o nome do impressor), a não ser a condemnação d'elles preexistente.

Sem duvida poder-se-hia ao menos desejar que, prevendo o caso de já terem sido condemnados os manuscriptos, tomasse o legislador tambem a tal respeito alguma medida mais severa, modificando o seu systema, e determinando por exemplo, que em tal caso ficasse sempre o communicador (qualquer que fosse) sujeito á responsabilidade, ainda que provasse os dous requisitos mencionados no paragrapho. (O que seria, quanto a nós, uma medida incompleta, pois em todo caso devêra o communicador ser considerado coautor, e n'esta qualidade responsabilisado e punido).

Entendeo porém talvez o legislador, que não era provavel, nem para temer-se a apparição de similhantes casos; e não ligando aliás, como temos dito, grande importancia aos manuscriptos, absteve-se de

entrar em minuciosidades a respeito d'elles, satisfazendo-se com a disposição pura e simples do § 5.

Mas não é isso bastante para autorisar-nos a concluir, que não abranja o parographo a hypothese de que faltamos, ou que sómente haja de reprehensivel e condemnavel a communicacão de manuscriptos não condemnados, devendo-se reputar satisfeita a justiça com o conhecimento, que já uma vez d'elles tomou. Fôra isto um contrasenso repugnante, que, apesar de tudo, não podemos attribuir ao nosso legislador.

LIÇÃO QUARTA

SUMMARIO

1. — Objecto do art. 8 do nosso Codigo, — Divisão do assumpto. — 2. Sentidos differentes em que se póde tomar a *cumplicidade*. — 3. É no sentido estricto ou juridico que a emprega o nosso artigo. — 4. Os delictos da palavra e da imprensa excluirão por sua natureza a *cumplicidade*? — Legislações romana e da França testemunhando o contrario. — 5. Esforços do Dr. Mendes da Cunha em sustentação do disposto na primeira parte do art. 8. — Generalidades. — Observação. — 6. Verdadeiro ponto da questão. — Argumento do mesmo escriptor. — 7. Refutação. — O exemplo de todos os legisladores e a propria moral protestando contra esse argumento. — 8. Objecções do Dr. Mendes

em defeza da sua opinião. — 9. Apreciação e resposta. — 10. Nova objecção e resposta a ella.— 11. Epilogo e divergencia nossa. — Verdadeiro character e motivo da disposição do Codigo. — 12. Principio director que encerra a segunda parte do art. 8. — Reflexões sobre a Hermeneutica. — 13. Ideia da interpretação, e regra que d’ahi decorre indicada pelo legislador. — Desenvolvimento e justificação. — 14. A quem incumbe a prova da intenção dos discursos ou escriptos. Factos d’onde póde ella decorrer. — 15. Pratica seguida na França a este respeito. — Disposição do art. 240 do nosso Codigo. — 16. Motivos de escusa inadmissiveis por parte dos accusados. — 17. Algumas regras de interpretação para o juizes. — 18. O jury sera competente para interpretar os escriptos e conhecer da intenção dos accusados? — Controversia, e dissidencia nossa das opiniões emittidas. — 19. Conclusão e *desideratum*.

I

1. Com o art. 8 põe o nosso Codigo o remate ao systema de responsabilidade estabelecida nos delictos de abuso da liberdade de communicar os pensamentos.

Duas partes bem distinctas contém esse artigo. Na primeira declara o legislador que — n’estes delictos não se dá cumplicidade —; na segunda que — para o seu julgamento os escriptos e discursos em que

forem commettidos, serão interpretados segundo as regras da boa hermeneutica, e não por phrases isoladas e deslocadas.

Estudemos a lei seguindo a mesma ordem de suas disposições.

2. Antes de tudo cumpre observar, para bem comprehender o alcance da primeira parte do nosso artigo, que o termo *cumplicidade* costuma-se tomar em dous sentidos differentes: um generico e mais conforme talvez á sua origem philologica; outro restricto, especial e technico na jurisprudencia¹.

No primeiro d'esses dous sentidos (*lato sensu*) a cumplicidade exprime a associação, a concurrencia de muitas pessoas para a pratica de um mesmo delicto, sem que aliás tenhamos necessidade de discriminar o gráo de influencia, a importancia do papel que cada uma d'ellas exerceo. No segundo sentido (*stricto sensu*) a cumplicidade exprime somente a concurrencia d'aquelles que intervieram no crime de uma maneira pouco decisiva, exercendo uma influencia e prestando um auxilio, de que em rigor ter-se-hia podido prescindir para a perpetração d'elle.

Na accepção mais lata do termo, os *coautores* ou *codelinquentes* são *complices*, porque são socios, porque são participantes do mesmo delicto; e assim se diz, por exemplo, fallando do crime de adulterio, que a mulher ou o homem não póde ser accusado sem o seu *complice*.

Na accepção estricta ou juridica, os *complices* são sómente aquelles, cuja participação no delicto não foi bastantemente importante e decisiva, para que possam ser considerados *coautores* ou *codelinquentes*.

O cumplice, como muito bem diz Rossi, *provoca*, mas por uma impulsão *accessoria*, e que só não teria produzido effeito: *auxilia*, mas não

¹ V. sobre a origem philologica da cumplicidade; Ortolan, *Éléments de Droit Pénal*, n. 1240.

por actos constitutivos da acção criminosa, ou indispensaveis á execução d'essa acção¹.

3. Ora, uma vez admittida e expressamente consagrada esta distincção pelo nosso Codigo, como se vê dos arts. 4 e 5, onde se definem e caracterisam quaes os autores de um crime e quaes os cumplices, a consequencia é que, no art. 8, não se refere o legislador senão á *cumplicidade* no sentido technico ou juridico do termo. Assim que, tendo já especificado no art. 7 quaes os individuos que se devem considerar como criminosos e responsaveis, na qualidade, bem entendido, de *autores* ou *agentes principaes* dos delictos de abuso da liberdade de communicar os pensamentos, nada mais faz no art. 8, senão declarar que, fóra d'esses individuos, ninguem mais póde ser chamado a responder por taes delictos, nem mesmo na qualidade de *cumplices*².

4. Mas que razão podia ter o legislador para excluir a cumplicidade propriamente dita dos crimes de liberdade de communicar os pensamentos? Dar-se-ha que, de facto, e por sua mesma natureza, não admittam taes crimes a influencia, a intervenção que caracteriza os *cumplices*? Evidentemente não; e ninguem poderá seriamente pretende-lo.

Os delictos da palavra, da escriptura e da imprensa, da mesma sorte que todos os outros delictos, que são o producto da vontade deliberada do homem³ admittem muito bem a cumplicidade; porque não

¹ *Traité de Droit Pénal*. liv. 2, cap. 39 [V. Liç. 2, n. 11].

² Não exclue porém o Codigo a cumplicidade no sentido lato; por quanto, não só admittie expressamente no § 4 a coautoria ou criminalidade solidária do vendedor e do distribuidor dos impressos, mas tambem é impossivel deixar de admittir, em face das suas disposições, a mesma solidariedade e coautoria do impressor nas differentes hypotheses d'esse paragrapho, e até mesmo quando dous ou mais individuos, por um interesse commum, assignarem uma obrigação de responsabilidade nos termos do § 1 e 2, ao que nada ha que se opponha.

³ Dizemos da *vontade deliberada* do homem, para excluir os chamados *quasi delictos*, ou antes os delictos praticados com a circumstancia attenuante do § 1 do art. 18 do Codigo, os quaes por sua natureza parecem não admittir a cumplicidade, visto que esta, nos termos do art. 5, é sómente a concurrencia *directa*; isto é, a concurrencia com pleno conhecimento do mal, que outrem quer praticar, e com a intenção *directa* de o auxiliar

ha um só d'entre elles, que não possa ser perpetrado mediante o influxo de terceiras pessoas, que o provoquem ou facilitem *ope vel consilio*. A legislação romana assim o reconhecia, consagrando expressamente em principio a criminalidade dos que persuadiam ou concitavam outros a praticarem injurias ou convicios. "*Attilicinus ait et si PERSUASERIM alicui... ad injuriam faciendam, posse injuriarum MECUM agi,*" ensina Ulpiano na L. 11 § 6 Dig. de injur. et fam. libel. E na L. 15 § 8 Dig. eod.: "*Fecisse convitiun non tantum is videtur qui vociferatus est; verum is quoque qui COCITAVIT ad vociferationem alios.*"

Particularmente no que diz respeito aos delictos da imprensa, a legislação franceza consagra duas especies de cumplicidade: uma especial, que tem suas regras particulares; outra geral, que é submettida ás regras ordinarias da cumplicidade segundo o direito commum.

A primeira applica-se aos impressores, aos redactores dos jornaes, vendedores, livreiros, distribuidores, pregoeiros, e afixadores de escriptos impressos, conforme já explicámos nas tres lições precedentes; a segunda applica-se a todos aquelles que ajudaram, ou assistiram com conhecimento de causa o autor ou autores do delicto, ou que provocaram a commette-lo por donativos, promessas, ameaças etc., segundo o disposto no art. 69 do respectivo Cod. Penal. E esta é a unica que póde ter lugar nos delictos da palavra e da escriptura¹.

Se pois a natureza dos delictos de abuso da liberdade de communicar os pensamentos não repugna com a existencia da cumplicidade; se legislações tão sábias como a da França tem-na admittido e consagrado expressamente, porque não havia o nosso

no empenho criminoso. Ora, se o autor do crime não teve de sua parte esse pleno conhecimento do mal nem essa directa intenção de o praticar, como poderia te-los outra qualquer pessoa que para o seu acto concorresse?

Assim que, conforme a doutrina aliás sábia do nossoCodigo, póde-se delinquir como autor, *dolo vel culpa*; mas não se póde delinquir como *cumplice* senão — *dolo vel malo animo*.

¹ Chassan, *Délits et Contraventions de la parole, etc.*, ns 200 a 211, e 212 a 215 inclusivamente.

legislador de ceder á natureza das cousas, e seguir n'este ponto o exemplo da legislação franceza, como o fez em outros muitos?

5. Ouçamos entretanto a este respeito o Dr. Mendes da Cunha, que, (sem embargo da severidade dos seus principios sobre a materia) tentou justificar essa singularidade do nosso Codigo, e nos convenceremos a um tempo da inutilidade dos esforços que se podem fazer para o conseguir, e talvez mesmo da inconsequencia que ha em manifesta-los, uma vez admittidos os verdadeiros principios do direito de punir.

Tomando por ponto de partida o fim d'esse direito, que em seu pensar é a segurança publica, o distincto magistrado começa por observar, que a *extensão* da pena a muitos não é nem uma explicação nem uma justificação de tal direito; porque não se trata de uma necessidade abstracta e absoluta, mas de uma necessidade juridica e relativa: basta que corresponda, diz elle, a uma reparação harmoniosa com o delicto." (Observações, pag. 84).

Mas, se se póde estar de acordo sobre estas generalidades, o mesmo não acontece com a consequencia ou applicação que d'ahi se pretende deduzir na questão sujeita. Acrescenta o Dr. Mendes da Cunha, que a defeza social, fim do direito de punir, consegue-se com a certeza da punição d'aquelle, a quem a lei tem previamente advertido de a não violar.

Mas o que póde isto importar com referencia á necessidade do reconhecimento e punição da cumplicidade nos delictos da imprensa?

Será livre ou permittido ao legislador fazer selecção de pessoas, e advertir antes a estas do que áquellas de não violarem as suas prescripções? A extensão ou a restricção da pena será uma cousa de mero arbitrio, ou uma necessidade que deve tocar a todos, segundo os dictames da justiça e da utilidade social no caso occorrente?

As leis, como se tem dito, não são puros actos de poder. São actos de razão e de sabedoria, que devem fielmente traduzir a realidade das cousas, premiando o que é bom, punindo o que é máo e convém que seja reprimido. Porquanto (como já em outro lugar dissemos) por toda parte onde acções innocentes forem punidas, e por toda parte onde *acções prejudiciaes* forem toleradas, haverá igualmente oppressão¹, e a defeza ou a segurança social não se poderão dizer preenchidas ou satisfeitas.

6. Isto posto, o que imporia saber é, se haverá justiça e conveniencia em *estender* a responsabilidade e a pena, nos delictos de que tratamos, áquelles que, na qualidade de cúmplices, os houverem favorecido ou facilitado. Eis ahi a questão que se deve ventilar e resolver.

O primeiro argumento que, ao descer das generalidades apresenta o Dr. Mendes da Cunha, em defeza da disposição original da primeira parte do nosso artigo, é que “a circumstancia de ter qualquer companheiros no delicto anima a resolução e interesse que o promove... Figura-se-lhe por um dos mysterios da nossa fragilidade, que diminue de intensidade a imputação e a pena, quando outros com elle se fazem dignos d’ella. Mas quando o homem sabe que será elle a unica victima expiatoria do crime, ainda que para o commetter tenham concorrido muitos, tem mais este motivo para renunciar o projecto criminoso, e este motivo mesmo chamará sua razão a conselho sobre outras considerações inherentes ou consequenciaes do delicto.” (Pag. 84.)

7. Sem embargo porém de sua apparencia seductora, tem este argumento o peor de todos os vicios, que vem a ser o vicio de provar de mais. Elle tende com effeito, visivelmente, á abolição da cumplicidade legal em todos os crimes, visto como a existencia d’ella tira o pretendido motivo de arrependimento e desistencia do projecto criminoso; motivo que se suppõe dever resultar do isolamento e da punição exclusiva do seu

¹ V. Lição 2, n. 5.

autor. Longe portanto de provar alguma cousa, semelhante argumento nada absolutamente prova na materia sujeita.

Pelo contrario, como é certo e indubitavel (segundo a propria confissão do Dr. Mendes da Cunha), que “a circumstancia de ter qualquer companheiros no delicto anima a resolução e o interesse que o promove,” por isso todos os legisladores tem admittido e punido a cumplicidade em todos os crimes sem excepção, e alguns até fulminando-a com as mesmas penas da autoria.

A facilidade em achar cúmplices ou cooperadores, é na verdade uma das causas mais poderosas e mais fecundas da perpetração dos delictos; e seria bem immoral e bem perversa a legislação, que, a pretexto de dissolver associações para o crime, aterrar e desanimar aquelles que o premeditam, supprimissem as penas da cumplicidade, para ameaçar sómente os autores com a espada da justiça.

As associações para o crime seriam cada vez mais faceis e mais frequentes; porque aquelles que o querem praticar, e para isso procuram quem os auxilie ou lhes facilite os meios, só podem ter interesse na boa sorte dos cúmplices; e os máos de sua parte, não só não teriam motivo para recusar sua assistencia aos que os procurassem, como até facilmente se arrojariam a suggerir e aconselhar o crime aos outros, na certeza de folgarem na impunidade, depois de realizados os seus conselhos ou suggestões.

Eis ahi com effeito, o que justamente se dá nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos, com o art. 8 do nossoCodigo; e eis o que se daria tambem a respeito de todos os outros crimes, se houvesse legisladores bastantemente insentatos ou perversos, que abolissem a cumplicidade, para só reservarem os castigos aos que reputam *autores*.

8. Observando em seguida, que as theorias da liberdade da imprensa e as leis repressivas do abuso que d'ella se póde fazer, devem antes repousar sobre as noções da pratica e especialidades da materia, do que sobre as regras geraes para os delictos communs (*quod probandum*), parece o Dr. Mendes da Cunha querer contestar, que sejam os delictos da imprensa susceptiveis de cumplicidade, como aliás o tem reconhecido a legislação e a jurisprudencia da França, Inglaterra, Belgica e outros paizes mais.

“Como admittir cúmplices de um impressor responsavel (pergunta o distincto magistrado), se elle de ninguem precisa para as publicações do seu prelo, podendo até ser elle mesmo o compositor, se os compositores tambem fossem classificados na ordem dos responsaveis? Como cúmplices do editor, se os factos anteriores á publicação distribuida, em que a lei faz consistir a criminalidade exclusiva do delicto, não podem suficientemente provar a cooperação intencional do cúmplice, e a cumplicidade posterior é physica e moralmente impossivel? Como cúmplices do autor, se é elle mesmo redactor e editor do impresso?” (pag. 85).

9. D'esta maneira pois, nada menos pretende o Dr. Mendes da Cunha (apertado pelas difficuldades da causa que menos coherentemente esposou) do que argumentar com a excepção contra a regra, esquecendo assim o judicioso aphorismo de direito: *Excepcio firmat regulam in casibus non exceptis*.

Não se contesta que o impressor, o editor, ou autor responsavel não possa alguma vez deixar de ter cúmplices, assim como acontece com qualquer outro criminoso em materia de delictos communs; mas o que é inqualificavel, e o que parece mesmo uma obsecação da intelligencia, senão da vontade, é que não se queira admittir a hypothese contraria, sendo aliás um facto geral bem sabido, que as funcções de impressor, de editor e de autor são, por via de regra, exercidas por

individuos diferentes, e só por excepção podem achar-se reunidas no mesmo sujeito.

Mas, ainda suppondo que esses diferentes papeis venham a achar-se confundidos na mesma pessoa, como parece querer o Dr. Mendes da Cunha, que impossibilidade ha em conceber, ainda n'este caso, a existencia de cúmplices, isto é, de individuos que provoquem, que favoreçam e facilitem a perpetração do delicto da imprensa pelo impressor, editor e autor ao mesmo tempo?

Entretanto, pouco importa na realidade saber, para a nossa questão, se esses tres papeis podem achar-se reunidos em um só individuo, ou ser desempenhados separadamente por diversos, visto como a responsabilidade, que por qualquer d'elles se assume, nos termos do nosso Codigo (§§ 1, 2 e 3 do art. 7) é exclusiva da que poderia vir a resultar de algum dos outros dous. O que verdadeiramente imporia averiguar, é, se póde ou não haver cúmplices do impressor responsavel, e se o mesmo póde ou não dar-se com o editor ou o autor.

Ora, isto posto, perguntaremos por nossa vez: Como não admittir que sejam cúmplices do impressor, os que por empenhos, promessas, paga, ou outro qualquer meio de seducção, decidem-no a prestar seus prelos á impressão de um escripto criminoso? Como não admittir que sejam cúmplices do editor, os que por esses mesmos meios, ou outros semelhantes, induziram-no a encarregar-se da publicação, ou prestaram-lhe seu auxilio no empenho de realisa-la, pagando por exemplo as despesas da impressão? Como não admittir, emfim, que sejam cúmplices do autor do escripto, os que por meio de notas, informações ou instrucções, habilitaram-no a redigi-lo e a enfeita-lo tal qual se acha¹?

¹ Na França tudo isso tem sido expressamente reconhecido e consagrado pela jurisprudencia dos tribunaes, e particularmente do tribunal de Cassação; sendo que, entre outros, refere Chassan os seguintes arestos: 1º, que aquelle que forneceo a um jornal os elementos que serviram para a redacção de um artigo diffamatorio, sabendo que deviam servir para essa redacção, deve ser considerado e punido como cúmplice do

10. Quanto á especie de cumplicidade, que se póde dar a respeito do editor, fazendo outrem por elle, como frequentemente succede, as despesas da impressão, o Dr. Mendes da Cunha, sem se animar a contesta-la, entende comtudo que deve ser repellida, porque "além de difficil prova, póde dar materia á falsas imputações," sendo que "a variedade dos motivos, diz elle, porque póde ser dado ou emprestado dinheiro, basta para neutralisar qualquer resultado da investigação judiciaria, se o cumplice persevera em uma negativa constante, não havendo documento vivo, como é moralmente impossivel que haja, se o cumplice não é um louco etc." (pag. 86).

Mas este argumento, onde a exageração aliás é evidente, tambem não procede, como o antecedente, porque como elle tem o defeito de provar de mais; e principalmente por sua conta, o proprio crime de peita, em particular, devêra ser eliminado do Codigo, já que a variedade dos motivos porque póde ser dado o dinheiro, reputa-se como uma circumstancia assaz valiosa para neutralisar quaesquer resultados da investigação judiciaria.

De difficuldades e perigos acha-se a cada passo cercada a justiça humana com os seus meios limitados de conhecimento e de acção. Muitos são os factos criminosos, que se apresentam como sendo de difficil prova; e a possibilidade de vir alguém a soffrer por isso injustamente, póde-se dizer que é inevitavel. Nada d'isto porém, tem sido considerado como motivo bastante, para que os legisladores cruzem os braços perante o crime, animando com sua meticulosa abstinencia ou inacção a pratica de actos immoraes e altamente subversivos da ordem social.

delicto contido no artigo criminado; — 2º, que aquelle que cooperou para a publicação de uma memoria injuriosa e diffamatoria, principalmente aquelle que *fez as despesas*, da dita memoria, póde ser condemnado solidariamente com o signatario da memoria ás perdas e danos, a que essa publicação póde dar lugar; — 3º finalmente, que os arts 59 e 60 do Codigo Penal são applicaveis aos delictos da imprensa. [V. Chassan, n. 212, in fine, nota 4].

11. "Em resumo, diz o Dr. Mendes da Cunha, o cúmplice, o verdadeiro cúmplice, aquelle que se pôde util e praticamente responsabilisar, é, quanto a nós, sómente o que coopera com meios tão proficuos, que sem elles não se teria *facilmente* commettido o delicto, ou que servem de obstaculo á reparação possível do mal. Todos os mais devem ficar pertencendo ao dominio da moral... Mas, nos abusos da imprensa, não é possível admittir uma influencia estranha tão forte, que seja uma cooperação *necessaria* (já não diz *util*) para o delicto¹."

Pois bem, pela nossa parte, entendemos, e supomos ter mostrado, que, *necessaria* ou *util*, pôde bellamente dar-se tal cooperação nos delictos da imprensa, sendo que nega-lo é cerrar os olhos á evidencia, é não querer ver os factos, que quasi quotidianamente se reproduzem, e por toda parte assim o attestam. E para que tanto empenho em justificar com os principios da justiça commum, aquillo que evidentemente sáe fóra de sua orbita!

A disposição da primeira parte do nosso art. 8, excluindo a cumplicidade dos delictos da imprensa, é muito simplesmente mais uma d'aquellas indulgencias, que *não tem explicação em direito*, mas que devia coroar logicamente o systema de todas as outras, que até aqui havemos encontrado: é um puro privilegio, um favor exorbitante e descommunal, concedido á imprensa livre pela politica. N'essa disposição, substituo o nosso legislador, influenciado pelas ideias então reinantes, a sua vontade soberana á realidade e á verdade dos factos. Póde-se ver ahi, se quizerem, uma lei de liberdade, porque a todo o mundo é livre negar a propria existencia do sol; mas, quanto a nós, temos o infortunio de não ver senão uma lei de oppressão e de tyrannia para a honra dos individuos, para a paz das familias e a boa ordem da sociedade.

¹ *Observações*, p. 88. — N'esta passagem confunde manifestamente o Dr. Mendes da Cunha a participação principal que faz o autor, e a participação secundaria que caracteriza o cúmplice de um crime. Confusão por onde se revelam os embaraços e dificuldades da má causa que defende. V. entretanto, o n. 2 da presente lição, e a lição segunda, n. 11.

II

12. Passando agora á ultima parte do art. 8, encontra-se n'ella, traçado pelo legislador, o grande principio, que deve dirigir os juizes no julgamento dos delictos da palavra, da escriptura ou da imprensa: e vem a ser, que "os escriptos e discursos, em que forem commettidos, serão interpretados segundo as regras da boa hermeneutica, e não por phrases isoladas e deslocadas."

Muito teriamos a dizer, se quizessemos dar todo o desinvolvimento e extensão, que naturalmente comporta este importante principio do nossoCodigo, onde se contém, por assim dizer em germen, uma theoria completa de interpretação para os discursos e escriptos denunciados por abuso.

Não somos porém d'aquelles, que concedem uma extrema importancia e uma influencia quasi decisiva á arte da *hermeneutica*, sobre que aliás muito se hão exercitado vários lcts. modernos. Entendemos até um certo ponto com alguns, que os discursos e os escriptos dos homens, do mesmo modo que as leis, que são os discursos e escriptos dos legisladores, interpretam-se antes de tudo pela rectidão do espirito e pelo bom senso, faculdade nativa (diz um escriptor), incommunicavel, rebelde á analyse, indocil a todos os preceitos.

Sem duvida as regras e os preceitos da hermeneutica valiosamente concorrem para esclarecer os espiritos e dirigi-los pelo caminho da justiça e da verdade; porém não ensinarão jamais a raciocinar justamente aos que tiverem um espirito *falso*, e algumas vezes mesmo poderão embaraçar aos que tiverem um espirito *recto*.

Não nos illudamos, confirma Savigny, sobre o valor da theoria ainda a mais perfeita. A arte da interpretação, assim como todas as outras, não se ensina com regras. Mas, contemplando as obras dos grandes mestres, nós alcançamos o segredo de sua superioridade,

exercitamos as faculdades que a sciencia reclama, e aprendemos a bem dirigir nossos esforços. Á dar este preceito, e a assignar os falsos caminhos, é que se reduz a theoria da interpretação assim como a de todas as artes¹.

Entretanto, não sendo para despresarem-se, senão para seguirem-se, como nos manda o Codigo, as regras da boa hermeneutica, cumpre-nos dizer sempre alguma coisa em ordem a esclarecer o assumpto.

13. A interpretação não sendo outra coisa mais do que a explicação d'aquillo que se reputa obscuro ou ambiguo, d'ahi decorre logo, como uma das primeiras regras da hermeneutica, que, para bem determinar o pensamento, o verdadeiro sentido de um discurso ou de um escripto qualquer, é mister antes de tudo ter em vista todo o seu contexto, e não limitar-se a trabalhar sobre *phrases isoladas e deslocadas*, como recommenda o nosso Codigo, de acordo com a lei romana.

"Incivile est (diz Celso) nisi TOTA lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere. (L. 22 Dig. de legibus). E este importante meio de interpretação, estabelecido com particular referencia ás leis, não é por certo menos util ou necessario, quando se trata de discursos e escriptos criminosos.

Da mesma maneira que os delictos communs, não podem os delictos da palavra e da imprensa ser verdadeiramente considerados como taes, e punidos, senão quando ao facto material vem annexa a intenção malevola: *"Injuria ex affectu facientis"* era o principio dos Romanos. (L. 3 Dig. de injur. et fam. libell, e L. 5 Cod. de injur).

Ora, desde que se procura a intenção que anima um discurso ou um escripto, é evidente que não se deve limitar á leitura sómente das passagens denunciadas. É o discurso, o artigo, a obra inteira, em seus

¹ *Traité de Droit Romain*, vol. I, cap. 4, § 32, trad. de M. Ch. Guenoux.

detalhes assim como em seu todo, que se deve apreciar e pôr diante dos olhos dos juizes. “Assim acontece na Inglaterra, diz Chassan, e é mesmo um direito em favor do accusado, que pôde exigir a leitura de todo o artigo.” Ahi com effeito a obra é entregue aos jurados ao entrarem para a camara das deliberações; e a mesma pratica se observa na França, segundo o testemunho do escriptor citado¹.

14. Entretanto, cumpre advertir com os autores, que o onus de provar a intenção nem sempre incumbe a uma mesma parte, e pôde ora pesar sobre o accusado, ora sobre o offendido ou o ministerio publico, conforme as circumstancias da causa.

Assim, diz Portalis, quando os escriptos são viciosos e nocivos por sua natureza, incumbe áquelle que os publicou, justificar sua intenção, e n’este caso presume-se a vontade de offender até á prova evidente do contrario. Tal é tambem a regra do direito Romano: “*Si non convitii CONCILIO te aliquid injuriosum dixisse, PROBARE POTES, fides veri a calumnia te defendit.* (L. 5 Cod. de injur).

Mas quando as expressões do discurso ou do escripto não são absoluta e evidentemente reprehensíveis por sua natureza, então a prova da criminalidade da intenção pesa sobre a parte accusadora, e pôde ser tirada ou de todo o escripto, ou das circumstancias que acompanharam sua publicação, ou ainda de factos anteriores ou posteriores, que não sejam estranhos ao accusado.

Segundo Chassan, a intenção pôde resultar da forma da publicação, assim como dos caracteres empregados na composição figurativa do escripto, sendo que palavras sublinhadas, escriptas em letras italicas, reticencias etc., posto que irreprehensíveis em si mesmas, demonstram a intenção criminosa, pela ironia que esses caracteres

¹ Na Inglaterra, diz Chassan que o accusado tem até o direito de pedir a leitura de outros artigos do mesmo jornal, que se referem ao que faz objecto do processo. [*Délits et Contraventions de la parole, etc.*, ns. 35 e 58 *in fine*].

particulares manifestam, pela affectação que resulta d'essas suspensões do discurso¹.

15. Na França, como nos atesta esse mesmo escriptor, tanto o juiz como a parte accusadora podem reportar-se á declaração por qualquer d'elles referida ao accusado; e se este, acceitando-a, affirma que sua intenção não foi criminosa, deve ser absolvido.

Duvidamos porém, que se possa admittir tal pratica entre nós, no que respeita ao juiz, sobre tudo tendo-se em vista o art. 240 do nosso Codigo, que só ao offendido, no crime de calumnia ou injuria, quando forem equivocadas, permite pedir explicação em juizo ou fóra d'elle, com a comminação de que, aquelle que em juizo se recusar a taes explicações, ficará sujeito ás penas da calumnia ou injuria, a que o equivoco der lugar. *Qui de uno dicit de altero negat.*

16. Importa por esta occasião observar ainda com Chassan, que não póde ser para o accusado uma escusa legitima o nomear aquelle de quem houve a imputação, pois que com isso nada mais faz do que manifestar o seu cumplice: *Cum ita* (diz Voët) *nihil aliud agat quam quod socium participemque injurioe prodat.* (Comment. ad pand. liv. 47 tit. 10 n. 9).

Similhantermente, não póde ser um meio de evitar a condemnação o provar a notoriedade publica, ou estabelecer que não se fez mais do que repetir o que se ouviu dizer geralmente pela voz publica. Porque a voz publica, que tanto proclama a verdade como a mentira, *oequé ficti quam veri nuncia*, não constitue uma prova perante os tribunaes. E ainda a doutrina de Voët no lugar citado: *Ad evitandam injurioe penam, in hac convitii ad utilitatem publicam pertinentis specie, non sufficere quod quis de fama publica docere possit, cum constet*

¹ Ibid n. 37.

famam publicam, oequé ficti quam veri nuncia, per se ad probandum idoneam non esse.

Assim que, é realmente commelter um delicto o annunciar ou publicar um facto attentatorio da honra ou consideração de qualquer pessoa, simples particular ou funcionario publico, ainda quando se tenham as mais solidas razões de acreditar na verdade d'esse facto, se elle realmente é mentiroso. Por quanto, diz Chassan, entregando á publicidade essa imputação, o indiciado apropriou-se d'ella, e tomou sobre si toda a responsabilidade; e, como justamente ensina Lauterbach, aquelle que repete o que ouviu dizer, não offende menos a reputação de outro, do que aquelle que inventou ou primeiro propagou as imputações diffamatorias¹.

17. Eis aqui, quanto ao mais, algumas regras de interpretação, que, segundo os autores, devem dirigir os juizes na apreciação dos discursos ou escriptos denunciados:

As palavras não devem ser tomadas nem no sentido mais rigoroso, nem no mais favoravel; porém no sentido mais natural e mais evidente, conforme a accepção commumente recebida na epocha, no lugar, nas circumstancias, em que foram escriptas ou pronunciadas — *"Interpretatio omnis robur sumit ex communi usu loquendi.* (Chassan ad Consuet. Bourg., tit des justices § 4). *"Interpretandoe sunt dictiones juxta eum sensum, qui vulgari commune usu ac legum provincioe significatione receptus sit."* (Covarr., lib. 3, var. resol. 5 n. 1).

¹ Parant pelo contrario ensina geralmente, que não ha delicto em repetir o que resulta notoriamente dos actos da autoridade tornados publicos, assim como em tornar-se echo na notoriedade e da publicidade, porque o queixoso n'estes dous casos seria repellido pela prova legal. (*Lois de la presse en 1834, etc.*). Doutrina anti-juridica sobre este ultimo ponto, diz Chassan, e que não é admissivel senão em suas relações com os funcionarios publicos, com a condição de que á prova da notoriedade publica venha juntar-se a da verdade da imputação [n. 56 nota 2].

Cumpra porém ter em vista o disposto no art. 9 § 1 do nosso Codigo, onde se abre uma excepção á esta doutrina, por amor da publicidade que devem ter os trabalhos das camaras legislativas.

É mister tomar ainda as palavras no sentido que a simples intelligencia póde fazer conceber que eram entendidas por aquelles a quem se dirigiam — "*Interpretatio fieri debet secundum qualitatem personarum quibus verba diriguntur* (Math. de afflict., ad tit. ex quib. caus. feud. amitt).

Aquelle que pretender, que as palavras de um discurso ou escripto foram empregadas em um sentido differente do indicado, conforme circumstancias especiaes que determinam a sua applicação, esse deve demonstrar as particularidades em que para isso se basêa, sendo inegavel que muitas vezes, como dizia Sir Eduardo Coke na Inglaterra, o sentido das palavras resulta da occasião que as fez pronunciar: *sentus verborum ex causa dicendi accipiendus est*¹.

Deve-se porém evitar toda interpretação, pela qual se venha a presumir ter alguém querido fazer aquillo, que por direito não podia; por quanto, diz Papiniano: *Quae facta loedunt pietatem existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (L. 15 Dig. de condit. inst.)

Todavia, quando a duvida versar, não sobre o sentido das palavras ou do escripto, mas sobre a intenção que os dictou, n'este caso, sendo o sentido manifestamente reprehensivel, deve-se interpretar contra o indiciado: *In dubio tamen fit contra delinquentes* (diz Wurmser, n. 3, observ.) E a razão é que, na duvida, como explica Julio Claro, toda a injuria se presume feita com intenção. "*Omnis injuria in dubio proesumitur facta animo injuriandi.*" (Recept. sent., lib. 5, § injur. n. 42).

¹ Sobre este ponto nota Chassan, que a infracção não deixaria de existir se fosse commettida em uma lingua estrangeira, com tanto que fosse esta susceptivel de ser comprehendida pelos leitores, doutrina admiuida nos tribunaes inglezes em materia de imputações verbaes, e que, no pensar do publicista, deve sê-lo igualmente nos tribunaes francezes, e applicar-se a todos os modos de publicação do pensamento, salvo, na pratica, a reserva imposta pelas circumstancias. Em tal caso, accrescenta o mesmo autor, o discurso ou escripto deve ser apresentado na lingua original, juntando-se-lhe uma traducção [n. 59 nota 3].

18. Parecem todos acordes em que, sendo o crime de abuso na expressão dos pensamentos da alçada de juizes especiaes, na conformidade das leis vigentes, a esses mesmos juizes compete o interpretar os escriptos denunciados visto que para isso tem as necessarias habilitações, devendo-se presumir n'elles o conhecimento das regras da hermeneutica juridica. No caso porém de ser o crime da competencia do jury, tem-se duvidado se tambem poderá pertencer a este a interpretação do escripto sobre que versar, visto como não se podem suppôr, em simples juizes de facto, os mesmos conhecimentos, que com razão se presumem nos juizes de direito. E posto que (a dizer a verdade) nos pareça a questão um pouco estranha, senão inteiramente gratuita, tem-se com tudo empenhado sobre ella séria controversia com a manifestação de pareceres divergentes.

Depois de haver proclamado, e gabado mesmo a sufficiencia do conselho de jurados para uma verdadeira e judiciousa interpretação n'esta materia (*Observ. sobre varios artigos do Cod. do Proc. Crim. pag. 12*), o Dr. Mendes da Cunha entendeu que devia modificar a sua opinião, distinguindo entre os crimes particulares e os crimes politicos, por lhe parecer que n'estes muda muito o caso de figura.

"Não são precisos conhecimentos profissionaes de jurisprudencia (observa o illustrado escriptor) para attingir ás allusões, phrases satyricas, e combinações engenhosas, com que a malicia sabe alternar o sentido dos mais impuros libellos; mas em uma accusação, v. g., de analyse da Constituição atacando as suas bazes fundamentaes, ou em uma provocação directa aos crimes especificados nos arts. 69, 85, 86, 87, 88 e 89 d'este Codigo, nos termos do art. 90, como julgar e decidir theorica e praticamente a questão, sem um exame comparativo de nossas leis organicas com os artigos citados, para determinar até que ponto podia chegar a analyse sem offensa das bazes fundamentaes da Constituição politica do Imperio?..."

“Nos crimes particulares o jury póde pronunciar sobre o facto isoladamente sem o inconveniente de misturar-se com materias de outro genero; mas nas hypotheses figuradas, e outras que podem similhantemente occorrer a difficuldade é de uma solução difficil.”

Entretanto, como no entender do distincto magistrado, não póde o officio de juiz de facto reduzir-se a declarar, se o accusado é ou não o autor do impresso denunciado, visto que a accusação, em tal caso, já suppõe a autoria do impresso, não sendo occulto a ninguem, que não póde ser chamado a juizo senão o impressor que não tem editor responsavel, o editor ou autor, que assigna obrigação por escripto; e como além d’isto parece-lhe impossivel tirar ao jury o poder ou a competencia, de julgar livremente a causa conclue afinal que a solução, que o meio unico de remediar á difficuldade apontada — *é não privar o jury do direito que essencialmente lhe pertence de declarar a criminalidade intencional do réo* —, de conformidade com o disposto no art. 3 do Codigo Criminal, devendo-se para esse fim propôr-lhe quesitos no sentido dos §§ 1 e 2 do Codigo do Processo¹.

Outro escriptor, partindo como o Dr. Mendes da Cunha, da supposta inhabilidade do jury para interpretar os escriptos denunciados, principalmente quando a interpretação presuppõe conhecimentos de direito, como no caso de provocação contra os poderes do Estado etc., vai ainda mais longe do que elle: nega ao mesmo tempo a competencia e a necessidade de conhecer o jury da criminalidade do escripto, ou de entrar em analyse sobre a criminalidade do facto, e repelle mesmo como já condemnada por decisões dos tribunaes, a doutrina de que a questão do art. 3 póde ser submettida á decisão do jury, visto não ser uma questão de *facto*, mas sim de *direito*.

Embaraçado porém com a manifesta inconveniencia, senão injustiça de reduzir o jury a uma função meramente automatica no

¹ *Observações sobre o Codigo Penal*. p. 93 a 97.

juízo dos crimes de que se trata, conclue não obstante o mesmo escriptor, que não fica o jury obrigado a responder automaticamente *ao facto incontestavel* de ter o accusado a qualidade de responsavel perante a lei, *porque esta questão está subordinada ao art. 3 do Codigo*. Assim que, diz elle, "embora *apparentemente* seja responsavel, se não temos requisitos *geraes* da responsabilidade (segundo o art. 3), a negativa do jury não é um perjurio, é uma decisão justa e sábia. Porque só a liberdade, isto é, a vontade intelligente sujeita o homem á imputação, e o torna responsavel pelos seus actos¹."

Nenhuma d'estas opiniões porém responde, quanto a nós satisfatoriamente á questão proposta, nenhuma resolve a difficuldade, que com ella se quiz crear, de uma maneira logica e peremptoria.

Partindo de uma falsa supposição de um principio falso, o Dr. Mendes da Cunha, sáe-se todavia da difficuldade pelo sillogismo, offerecendo apezar de tudo um meio pratico e legal de restituir aos jurados a competencia, que elle proprio atacou, e de salvar-lhes a dignidade de juizes conscienciosos e livres. Ha porém na ultima opinião, a despeito dos seus pontos de contacto com a antecedente, alguma coisa de tão recondida ou abstrusa, que, attendendo-se bem á inexactidão de suas premissas, difficilmente se poderá descobrir n'ella um meio pratico e *honesto* de tirar aos jurados das difficuldades e apuros, em que quizeram colloca-los.

Se o jury por sua insufficiencia não tem, como diz o Dr. Mendes da Cunha, o direito de interpretar e decidir sobre a criminalidade do impresso, como poderá exercer *o direito que essencialmente* lhe pertence de declarar a criminalidade intencional do réo? Como poderá responder conscienciosamente á questão tirada do art. 3 do Codigo? Por ventura o conhecimento do mal do delicto e a intenção de o praticar, serão cousas estranhas ao escripto denunciado, ou que d'elle se possam

¹ *Amoestações ao Codigo Criminal*, pelo Dr. Thomaz Alves Junior, pag. 198 e 199.

separar? E que outro meio mais adequado poderiam ter os jurados para formar um juízo a respeito, senão o exame e interpretação própria do mesmo escripto?

Suppôr que os jurados podem conscienciosamente julgar da criminalidade intencional do réo, prescindindo do exame e interpretação do escripto porque é accusado, é suppôr que as palavras, falladas ou escriptas, podem deixar de ser os signaes de nossas cogitações; é pretender destruir uma das verdades mais elementares da philosophia. (*Verba sunt cogitationis signa*). Mas como uma tal pretensão, sobre ser desarrazoada, é vãa e illusoria, temos que a opinião do Dr. Mendes da Cunha, é n'este ponto manifestamente illogica, contradictoria e inadmissivel.

Por outro lado, se o jury não tem mesmo necessidade de entrar no exame da criminalidade do facto; senão lhe póde ser proposta a questão do art. 3, porque é de direito e não de facto, conforme sustenta o Dr. Alves Junior; como poderá o mesmo jury, sem perjurio, negar que seja responsavel por um escripto aquelle que assignou a obrigação de responsabilidade pela sua publicação? Como poderá negar, sem perjurio, que seja esse individuo conhecido, ou residente no Brazil, ou cidadão activo no gozo dos seus direitos politicos, quando de facto se provar que em si reune os tres requisitos? Em uma palavra, como se poderão subordinar estas differentes questões de facto á *questão de direito*, do art. 3, de maneira que possa o jury (sempre sem perjurio) declarar irresponsavel aquelle que *apparentemente é responsavel* segundo a lei? E que vinculo mysterioso é esse, que, prendendo e subordinando questões de facto a uma *questão de direito*, permite aos jurados responderem áquellas por considerações e motivos tirados d'esta, que aliás não entra absolutamente em sua competencia? São problemas estes, que, ou não se comprehendem, ou escapam á nossa humilde comprehensão, como mais provavel parece.

Fugindo portanto dos mysterios de uma tão alta metaphysica, entendemos que não ha, nem pôde haver aqui meio termo: ou reduzir o jury ao papel de automato no julgamento dos crimes de que se trata, sem outro recurso mais que o perjurio para salvar-se da nullidade e da abjecção; ou restituir-lhe a capacidade para interpretar os escriptos, e deixar-lhe a competencia para livremente julga-los por sua propria interpretação; sejam aliás quaes forem os delictos que possam conter (publicos ou particulares). E só depois de admittida essa capacidade e competencia do jury, como nos parece de razão e justiça, é que pôde logicamente ter lugar, conforme pretende o Dr. Mendes da Cunha, o alvitre ou expediente, quanto a nós muito legal, de propôr-se ao mesmo jury a questão do art. 3 do Codigo, quando por ventura com elle se tenha defendido o réo.

Nos crimes de abuso da liberdade de exprimir os pensamentos, como muito bem pondera o Dr. Mendes da Cunha, a accusação não versa sobre a existencia de um impresso; mas, v. g., de uma analyse ou provocação contra algum ou todos os artigos acima citados: logo, é forçoso (confessa o mesmo escriptor) que o jury declare se existe uma analyse que ataca as bases da Constituição, e uma provocação contra os artigos especificados no art. 90 do Codigo Penal. Ninguém se defende tambem negando a autoria do impresso accusado: porque, pelo contrario a confissão é uma necessidade da prova preexistente, isto é, o titulo da responsabilidade: logo, a defeza e a accusação versam igualmente sobre se o impresso contém uma analyse ou uma provocação para os fins indicados nos referidos artigos¹."

Mas se assim é, se assim o reconhece expressamente o distincto magistrado, como negar ao jury a capacidade e a competencia para interpretar os escriptos, conhecer dos delictos que elles possam

¹ *Observações sobre o Codigo Penal*, p. 95.

encerrar, e responder sobre a criminalidade dos réos, a quem, segundo a lei, devem condemnar ou absolver?

Pretende-se que os jurados não tem as habilitações ou a sufficiencia necessaria para o desempenho de uma tal funcção, sendo que nos crimes publicos dar-se-hia o grave inconveniente de misturar-se com materias de direito, que são alheias da sua competencia.

Terão porém reflectido maduramente sobre esta objecção, aquelles que a fazem, na persuasão sem duvida de que é peremptoria e decisiva? Quanto a nós, estabelecer *a priori*, de um modo absoluto, que o jury, por falta das necessarias habilitações, é incapaz de interpretar um escripto e conhecer se n'elle ha ou não tal crime, nada menos importa, do que estabelecer tambem implicitamente que *os jurados são incapazes de commetter esse crime*; ou, em outros termos, que nunca poderão commette-lo *scienter et libenter*.

E com effeito, se o crime é de natureza tal, que, applicando minha intelligencia ao escripto denunciado, mesmo depois de todos os esclarecimentos de um debate publico e solemne, não poderei descobrir e conhecer se existe ahi ou não o tal crime, está bem visto que tambem ser-me-ha impossivel commetter algum dia esse crime, que ficará sendo por conseguinte a partilha exclusiva dos lcts., dos homens profissionaes na sciencia do direito, e versados nas regras da hermeneutica juridica. Mas, quem se animaria a levantar *á priori* contra os jurados a presumpção geral, tão *feliz* quanto injuriosa, de uma similhante imbecilidade ou estupidez?

Não: para interpretar os escriptos, conhecer e julgar os crimes que elles possam conter, não precisam os jurados de ser jurisconsultos, ou versados nas regras da hermeneutica *juridica*; basta-lhes o bom senso, a intelligencia commum esclarecida pelos debates, e o conhecimento do artigo de lei onde se qualifique o crime, bem como de outros mais que com elle tenham necessaria relação; conhecimento que todos se

presumem ter, não por uma suposição gratuita como a que repellimos, mas por uma presumpção *juris*, que todos devemos geralmente admitir: *Nemo jus ignorare censetur*.

Na interpretação da criminalidade de um impresso, como diz o proprio Dr. Mendes da Cunha, em suas já citadas *Observações sobre o Código do Processo*, não se trata da intelligencia da palavra, phrase ou periodo segundo a significação technica da sciencia ou por uma combinação deduzida das regras da hermeneutica *juridica*; mas da significação genuina, ou antes do sentido intencional dos termos conforme a significação que o uso lhes dá etc...; porque o espirito humano não procede por uma ordem didatica, de tal sorte, que possa ser rigorosamente encadeado por methodos e regras, cujo conhecimento e applicação *pertence exclusivamente aos jurisconsultos* (pag. 12 e 13).

Basta portanto que os jurados tenham ou possam ter o conhecimento d'essas regras triviaes da *boa hermeneutica*, que em todo homem de vulgar instrucção se devem suppôr; e se afinal de contas, tudo lhes quizérem negar, mesmo aquillo que a lei n'elles manda presumir, então será forçoso recusar-lhes tambem por coherencia, a aptidão ou capacidade para conhecerem e julgarem crimes taes como o de conspiração e rebellião segundo os define o nosso Código.

Tern-se demais pretendido; que o jury não tem necessidade de entrar na analyse da criminalidade do escripto, pela estranha razão de que "o facto da pronuncia de um crime põe fóra de combate e discussão a existencia do crime em si. A existencia do crime, diz expressamente o Dr. Alves Junior, depois da pronuncia, é por assim dizer axiomatica, porque esta só pôde ser lavrada quando o *crime é plenamente conhecido*, e quando ha indicios vehementes de quem seja o criminoso (Art.144 do Código do Processo, e arts. 285 e 286 do Reg. de 31 de Janeiro de 1842). D'aqui se deduz tambem que, todas as vezes que se der o abuso da liberdade do pensamento, *este abuso fica fóra de toda questão etc.*

Mas esta estranha objecção, onde manifestamente se desconhece e se confunde a natureza do *summario* da formação da culpa com a do *plenario* do julgamento attribuindo-se áquelle o que só a este póde pertencer, não necessita quasi de refutação.

A sua fôrça é a do paralogismo, a sua procedencia a da contradicção.

Se a existencia do crime depois da pronuncia fosse axiomática, não se podendo mais depois d'esta questionar sobre aquella, metade do processo perante o jury estaria pelo menos condemnado; os jurados não seriam inteiramente juizes *de facto*, e bastaria a *decisão* do juiz formador da culpa para estabelecer v. g. irrevogavelmente a base da indemnisação perante os tribunaes civis etc. etc.

Se, particularmente, todas as vezes que *se desse abuso* da liberdade dos pensamentos, ou para melhor dizer, se todas as vezes que esse abuso constasse de uma pronuncia, ficasse elle por isso fóra de toda questão, o legislador no proprioCodigo do Processo (cujo art. 144 é citado) teria cahido em uma enorme contradicção, mandando no art. 269 § 1 propôr ao jury, depois dos debates, o seguinte quesito: "Se existe crime no facto ou objecto da accusação."

E ainda nos arts. 271 a 275, expressamente feitos para o nosso caso, e de cuja revogação não temos noticia, que:

"Se a decisão for *negativa* o juiz de direito por sua sentença nos autos absolverá o accusado, ordenando... *o levantamento do sequestro dos impressos, gravuras, etc., se o crime for por abuso de expressão do pensamento.*

"Se a decisão for *affirmativa*, a sentença condemnará o réo na pena correspondente, ordenando *a suppressão das peças denunciadas.*

"Se for affirmativa *só quanto ao abuso*, mas negativa *quanto a ser criminoso o accusado*, o juiz de direito o absolverá etc.; mas ordenará a supressão das peças denunciadas, sendo a accusação de abuso de expressão de pensamento."

A menos pois, que se queiram dar como revogados estes tres artigos do Codigo do Processo, empreza para nós bem difficil, será forçoso reconhecer que a *existencia do abuso* e a *criminalidade do accusado* são duas questões distinctas e separadas, sobre as quaés compete ao jury deliberar e decidir, livre e definitivamente, sem embargo da pronuncia lavrada na formação da culpa.

Demais, se assim não fosse, o proprio autor da objecção, estaria em flagrante contradicção, dizendo aqui, que a existencia do crime ou abuso é *axiomatica e posta fóra de questão* pela pronuncia, e um pouco antes (á pag. 192) que, para se verificar a terceira hypothese do § 4 do art. 7 do Codigo Criminal, "é preciso que se tenha dado *condemnação na fórma dos arts. 272 do Codigo do Processso e 385 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842;*" sendo que "*não basta a pronuncia do facto criminoso* no qual se dá o sequestro: mas sim *a ordem de supressão*, segundo a expressão rigorosa do § 4 combinado com os artigos de lei apontados."

Sendo pois incontestavel, em face da razão e da lei, a capacidade e competencia do jury para conhecer e julgar da existencia *do abuso*, assim como *da criminalidade* do accusado, a consequencia logica é, que não se podem deixar de propôr-lhe os quesitos necessarios para que elle possa pronunciar-se directa e livremente a tal respeito, e em particular o quesito deduzido do art. 3 do Codigo Criminal, quando (bem entendido) d'ahi houver tirado o réo a sua defeza.

Nem a isto póde obstar o famoso Acordão da Relação da Côrte de 23 de Agosto de 1850, onde menos juridicamente se julgou, que a questão do art. 3, não importando declaração de facto mas sim de direito,

não podia por isso ser proposta ao jury. *Non exemplis sed legibus judicandum.*

Já em outra ocasião demonstrámos, que a questão geral do conhecimento e da intenção, com que praticou o réo o facto criminoso, nunca foi considerada em parte alguma questão de direito, senão de facto, como na realidade é segundo os principios philosophicos da materia, e precisamente da mesma natureza que a questão do § 1 do art. 18 sobre o conhecimento *menos pleno* e a intenção *indirecta*. Apreciámos tambem a injuridica doutrina do Av. de 14 de Abril de 1858, onde, evidentemente, mal se interpretou o nosso Codigo Criminal na combinação do art. 3 com o art. 10; e explicando por fim os arts 59 e 61 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, que reformou o Codigo do Processo, concluimos, como ainda hoje, que, segundo a letra e espirito de nossa legislação, não se podem preterir quesitos sobre factos (materiaes ou immateriaes) allegados em defeza, e tendentes á justificação dos crimes á não imputação dos réos¹.

Deixando portanto de voltar sobre o que então largamente expendemos, julgamos sómente dever observar, que fóra d'esta doutrina por nós professada e por toda parte reconhecida e applicada como a verdadeira, não parece haver outro meio de salvar a logica, e com ella a consciencia, a honra e a dignidade do jury.

Quando lord Mansfield, um dos primeiros jurisconsultos da Inglaterra, dizia aos jurados promptos a julgarem um libellista: *Adverti, Srs., que não estaes aqui unidos para declarar se e accusado é ou não criminoso de libello; porque nesse caso serieis juizes. Não vos pertence senão pronunciar pura e simplesmente — se o accusado compoz ou não o*

¹ A differença ou alteração notavel a este respeito, é que, nos termos do art. 269 do Codigo do Processo, os quesitos sobre a criminalidade do facto e a criminalidade do accusado, deviam em todo caso ser propostos ao jury pelo juiz de direito; ao passo que, segundo os arts 58 e 61 da Lei da Reforma, só poderão taes questões ser propostas, quando a materia d'ellas for apresentada pelo réo, ou allegada nos debates como escusa, que deva justifica-lo ou isenta-lo da pena em face da lei; o que parece talvez mais conforme á presumpção de direito de que em outro lugar fallámos [V. Lic. 2, n. 13].

livro de que se trata — *A mim compete decidir depois se esse livro é um libello.*

Os jurados respondiam: *Vossa Senhoria zomba de nós; quando nós declaramos um homem criminoso de furto, de homicidio premeditado, qualificamos o crime, sem duvida. Aqui não podemos pronunciar, segundo o vosso systema, nem criminoso nem não criminoso, pois que a publicação de um livro não é um crime, e não se torna tal senão pela qualidade do livro; é por conseguinte a nós que pertence decidir ainda se esse livro é um libello.*

Nada, replicava o celebre presidente do banco do rei; porquanto a questão de saber se um livro é um libello, é uma questão de direito; ora, nenhuma questão de direito poderia ser da competencia do jury. Dizei pois, se o accusado compoz o livro; não se vos pergunta senão isso, e eu não ponho outra questão.

Assim acuados pelo despotico lord, os jurados, como nos diz um illustre escriptor, pronunciaram, *sobre sua honra*, QUE O ACCUSADO NÃO TINHA COMPOSTO O LIVRO, em presença mesmo do accusado, que declarava o contrario¹!

Tal é o resultado inevitavel, e realmente pouco consolador da doutrina que temos combatido. O que se passou entre lord Mansfield e os jurados por ocasião das Cartas de Junius, deo-se pouco mais ou menos entre o juiz Buller, M. Erskine e alguns jurados, na celebre causa do decano de St. Asaph, cujo interessante episodio refere Richard Philips; até que afinal um acto do parlamento inglez de 1791, veio reconhecer no jury o poder de decidir por um *verdict* geral sobre o *facto*, sobre o *sentido* ou a *explicação* do escripto e sobre a *intenção*; de maneira que, se estes tres

¹ V. sobre este interessante processo inglez, as Notas de M. Héron sobre as famosas Cartas de Junius, cit. pelo Conde de Maistre. — *De l'Eglise Gallicane*, liv. 2 cap. 8.

pontos não são completamente provados, a falta de prova sobre um só autorisa em direito um *verdict* geral de *não criminoso*¹.

Ou, pois, isto, ou a supressão pura e simples do jury. Porque, senão inspira elle entre nós toda a confiança que seria para desejar-se, menos poderão inspira-la as medidas restrictivas tendentes a desnaturar a instituição, e que privando os jurados de suas attribuições naturaes, collocam-nos na impossibilidade de fazer dignamente o bem, ao menos por excepção.

CONCLUSÃO

Chegado ao termo da tarefa que nos impozemos, duas palavras parêcem necessarias sobre o espirito e a intenção, que presidiram a este tosco trabalho.

Analysando os arts. 7 e 8 do nosso Codigo Criminal, afim de determinar, com a possivel exactidão e clareza, quaes os criminosos ou responsaveis nos crimes de abuso da liberdade de communicar os pensamentos; e vendo-nos por mais de uma vez na necessidade de procurar pela interpretação logica d'esses artigos (cujo laconismo excessivo todos confessam e lamentam) qual o verdadeiro sentido e alcance de suas disposições, tivemos antes de tudo o cuidado de separar as nossas opiniões individuaes, d'aquillo que nos pareceo ter sido a mente e a vontade do legislador.

Fidelidade á lei, foi e será sempre o nosso principal ponto de mira; franqueza e decisão na critica de seus preceitos, a nossa constante divisa, e um dos mais preciosos direitos do escriptor, dentro das raias que lhe são traçadas pela propria legislação.

Entretanto, a despeito de nossos esforços e da pureza das nossas intenções, tão possivel é que na *exegese* nos tenhamos enganado,

¹ *Des pouvoirs et des obligations des jurys*, cap. 11, trad. de Ch. Comte.

quanto provavel que na *critica* nos achem alguns pouco razoavel ou injusto, senão retrogrado e muito aquem das luzes do seculo, muito fóra das ideias philanthropicas da moderna civilisação.

Aos jurisconsultos pedimos indulgencia, aos politicos uma benevola distincção.

Como é possivel, realmente, deixar de ser *retrogrado* em face dos progressos infrenes, de uma imprensa, que cada dia se mostra mais empenhada em exaltar o vicio, obscurecer o merito, abocanhar e deprimir a virtude? De uma imprensa que cada dia põe em problema as verdades moraes e politicas, sobre que descansam as sociedades, e cada vez mais ousada, blasphema ou ataca o que ha de mais respeitavel, de mais sagrado entre os homens, os dogmas da religião, os principios das leis e da autoridade? Verdadeiro pelourinho de todas as reputações, balcão de todas as traficancias, tribuna de todos os erros, de todas as doutrinas de orgulho, de mentira e de impiedade, de corrupção e de baixeza; tribuna onde se grangeamos applausos pela lisonja das paixões, e onde se recorre á adulação para supprir o que falta á profundeza dos estudos, ao vigor da inelligencia, e á logica do raciocinio?

Como não resguardar um pouco os olhos contra essas *luzes do seculo*, que tão frequentemente se transformam em fogos devastadores das instituições ou em trevas medonhas, que ameaçam envolver todo o universo? E a civilisação, que Guizot tão concisamente define — o impresso do bem — não terá por fim principal abrir ao futuro caminhos de ordem e de justiça para todos!

“Nunca uma anarchia anda sem outra”; e as desintelligencias, as desordens que hoje vemos e sentimos no dominio dos *factos*, nas administrações das provincias, assim como nas altas regiões do governo do Estado, são muito simplesmente as consequencias logicas e necessarias d’essa desordem de espirito, que se manifesta pela imprensa, d’essa vertigem de ideias que ataca aos escriptores, e com que

diariamente se apresentam a captar a atenção do publico pela excentricidade dos seus escriptos, pelo disparate de suas concepções, pelo arrojo de suas imaginações desregradas, pelo cynismo de suas paixões egoistas.

Certamente os admiradores *apaixonados* da liberdade da imprensa, collocar-nos-hão no numero de seus phantasticos adversarios; e porque desejamos a imprensa commedida, concluir-se-ha que queremos a imprensa escravizada. Não haverá porém, outra alternativa possivel, senão entre a liberdade do mal para autorisar a do bem, e a escravisação do bem ao lado da licença do mal? E para evitar esta ultima, não se poderá oppôr a escravisação do mal, afim de garantir a liberdade do bem?

O estado exterior das sociedades não é nunca senão o reflexo, a expressão fiel do estado das intelligencias; e não ha por certo chimera mais vã do que a de uma ordem puramente material. D'ahi veio a dizer um rei, prototypo de virtude, que a paz no Estado e a verdade nas doutrinas são duas cousas inseparaveis. E Santo Agostinho com razão nos aliança, que não ha peor genero de morte para o espirito do que a liberdade do erro. — *Quoe peior mors animoe quam libertas erroris?*

Pedir portanto, que a liberdade da imprensa, assim como todas as outras, seja circumscrípta dentro de limites justos e razoaveis, para que não continue a ser a liberdade do erro e do mal, não é atacar senão defender essa liberdade mesma; é querer a vida das intelligencias e a salvação do Estado; é prestar homenagem á experiencia de todos os seculos, que por toda parte nos mostra a *licença* dos espiritos como a causa geradora da tyrannia e da oppressão.

Não permitem certamente a tendencia dos espiritos, as ideias e os acontecimentos da epocha, que se restabeleça o systema preventivo da censura como outrora; e nem as poucas palavras que em outro lugar escrevemos a respeito (pag. 9 nota 5), podem ser tomadas como a manifestação de um voto, senão como a expressão do desejo de fazer

pensar e reflectir aos que (*more pecundum*) não fazem ás mais das vezes senão delirar, só porque muitos outros deliram.

Mas, dir-se-ha por isso, que devemos cruzar os braços em presença de uma tal situação, e abandonar a imprensa a todos os excessos, a todos os desmandos e vergonhas, a que tem-na deixado chegar uma legislação defectiva, fraca e anomala a todos os respeitos? Uma legislação que d'antemão amnistia a verdadeiros criminosos?

Não. "A liberdade da imprensa, como bem disse um dos seus mais estrenuos e mais respeitaveis defensores (o Visconde de Chateaubriand), não póde existir senão tendo a traz de si uma lei forte, *immanis lex*, que *privina* a prevaricação pela ruina, a calumnia pela infamia, os escriptos sediciosos pela prisão, o exilio e algumas vezes a morte."

A verdadeira liberdade da imprensa suppõe, necessariamente, como tem dito outros, uma legislação repressiva *sevéra em suas penas*, e proporcionada *em sua comprehensão* aos meios de ataque, que essa alavanca poderosa póde fornecer, quer contra a sociedade em geral, quer contra os individuos.

Pois bem: aggravação das penas fulminadas contra os delictos da imprensa, abolição do art. 8 do Codigo, que excluiu d'elles a cumplicidade, e sobretudo o estabelecimento da mais completa solidariedade entre o impressor, o editor e o autor, taes nos parecem ser as medidas mais urgentes a tomar, se se quer proteger a liberdade e a honra da imprensa contra as torpezas e abominações da licença, que actualmente a degradam, expondo a sociedade e os individuos aos mais assignalados perigos.

Eis ahi as poucas ideias, em que se resume todo o nosso sincero *desideratum*.

APPENDICE

Estava quasi concluida a impressão d'este nosso trabalho, quando nos veio ás mãos o Aviso Circular de 27 de Fevereiro do corrente anno, expedido sobre consulta da Secção de Justiça do Conselho de Estado, e que, interessando grandemente ao nosso assumpto, não podemos prescindir de da-lo aqui por appendice, em toda a sua integra.

Confirmam-se n'esse Aviso dous interessantes pontos de doutrina por nós ensinados nas presentes lições. A saber: 1º Que o impressor do § 1 do art. 7 do Codigo Criminal, é o mesmo individuo de que falla ou a que se refere o Codigo no art. 203 (V. Liç. 2, ns, 19 e 20, pag. 51 a 53). — 2º Que para o impressor não se exigem qualidades, como para o editor ou autor responsavel, podendo conseguintemente sê-lo qualquer individuo, ainda mesmo estrangeiro (cit. Liç. 7, ns. 28 e 29, pags. 51 e 53, combinada com a Liç. 3, ns. 27 pag. 101).

Salvo o respeito devido ás opiniões divergentes do Conselheiro Consultor dos Negocios de Justiça, e da colendissima maioria da Secção do Conselho de Estado, tão manifestos e inconcussos nos pareceram esses dous pontos de doutrina, em face do nosso Codigo, que não julgámos necessario insistir sobre elles com maiores desinvolvementos, prescindindo mesmo, a respeito do segundo, de apoiar-nos em argumentos deduzidos da nossa legislação civil, que de certo não veda aos estrangeiros a aquisição e o exercicio do direito de propriedade, qualquer que seja o objecto sobre que tenha de recahir.

Entretanto, cumpre declarar que esses dous pontos de doutrina ligam-se, quanto a nós indissolavelmente, a outro não menos interessante, do qual em certo modo dependem; e vem a ser — que o impressor é o proprio dono da officina typographica, e não qualquer

administrador ou preposto seu, e que a responsabilidade é sua e não de algum d'estes.

Sustentado e desinvolvido em nossa Lição 2, n. 28 a 30 foi também este ultimo ponto de doutrina sabiamente reconhecido e proclamado pela douta maioria da Secção de Justiça do Conselho de Estado; e o Aviso do Governo que o não menciona, mas que implicitamente o consagra, só de accordo com elle pode ser entendido e acceitar como juridico, quanto á sua conclusão final.

Os nossos motivos são, quanto ao mais, identicos em substancia, como verá o leitor, aos que apresentou o Conselheiro de Estado divergente da maioria, em seu juridico parecer, com que justamente se conformou o Governo Imperial, e cuja doutrina consagra e desinvolve o citado Aviso. A verdade é uma só e um só também o direito.

Eis aqui as peças, a que nos temos referido:

"Senhor. — Mandou V. M. Imperial que a Secção de Justiça do Conselho de Estado consultasse com seu parecer sobre a duvida apresentada pelo Presidente da Provincia de Alagoas, no officio incluso de 7 de Novembro ultimo, a respeito da intelligencia do art. 303 do Codigo Criminal.

Sendo a esse respeito ouvida a Secretaria de Estado e o Conselheiro Consultor, foram suas opiniões divergentes ou contrarias.

O Conselheiro Director Geral disse:

"A disposição do art. 303 do Codigo Criminal refere-se ao estabelecimento, e não ao uso bom ou máo, legal ou illegal, a que elle dê lugar depois.

“Assim creio que nacionaes e estrangeiros podem possuir estabelecimentos de impressão, lithographia ou gravura, e, portanto, fazer a declaração de que trata o art. 303 acima citado. — Tito.”

O Conselheiro Consultor expõe o seguinte parecer:

“Em minha opinião, a nossa legislação criminal para acautelar o abuso que se possa fazer da imprensa, não permite que d’ella use, salvo em causa propria, senão ao cidadão brasileiro no goso dos direitos politicos e residente no Brazil. Codigo Criminal art. 7.

“Devem pelo art. 7 §§ 1 e 2 ter o autor e o editor esses requisitos. O impressor, que é o primeiro responsavel, aquelle que logo apparece ante o publico, mesmo nos impressos anonymos, o instrumento indispensavel á publicação, não póde deixar de estar comprehendido na lei.

“O § 1 do art. 7 não o declarou por superfluo, visto estar subentendido em sua disposição.

“Não póde ser chefe de typographia, gravuras e qualquer estabelecimento destinado á publicidade senão individuo nas condições mencionadas.

“Julgo, pois, que bem procedeo a Camara Municipal de Maceió dando ao art. 303 do Codigo Criminal a intelligencia restricta que consta dos papeis juntos.

“Rio, 4 de Janeiro de 1866. — J. M, de Alencar.”

A Secção não entrará na distincção do que seja a imprensa politica ou puramente industrial. Se nossa lei tivesse previsto e estabelecido essa differença, a questão seria facil de resolver nos termos em que foi proposta.

O que parece porém, positivo, e que prejudica a questão vertente, é que a declaração de que trata o art. 303 do Código Criminal deve ser feita pelo proprietário da officina da impressão, e não por outrem que não é dono d'ella, e que, portanto, é incompetente.

Certamente quem estabelece a officina é o senhor d'ella, e não seu caixeiro, administrador ou preposto. A responsabilidade é d'aquelle e não d'este, que a qualquer momento pôde ser despedido; aquelle, pois, é quem deve fazer a declaração e assignar o respectivo termo.

Ora, como o individuo que requereo, declarou que a officina era de outrem, devêra a Camara ter despachado — que requeresse a pessoa competente — e com isso estava terminada a questão suscitada.

Quanto ao mais a Secção entende que não se deve denegar aos estrangeiros o estabelecimento de typographias para publicações litterarias, scientificas ou commerciaes, consideradas como empresas industriaes; mas que não se deve consentir que elles assumam responsabilidade em questões politicas, por isso mesmo que não gosam direitos politicos brasileiros, nem tem porque tomar parte no governo do Estado.

N'este sentido conviria remetter ao poder legislativo os papeis inclusos, e solicitar d'elle que esclareça melhor nossa lei para evitar a reproducção das duvidas que foram suscitadas.

O Conselheiro Visconde de Jequitinhonha não admite distincção alguma pelo que concerne á imprensa e á lithographia, salvo aquellas já expressamente estabelecidas pela lei.

No seu conceito o § 4 do art. 179 da Constituição não se refere sómente aos brasileiros, assim como o § 5 do mesmo artigo tambem não se refere sómente aos nacionaes; mas sim a estes e aos estrangeiros; a todos os que vivem no Brazil.

A industria typographica é uma industria como outra qualquer. A legislação que a regular, deve ser bazeada no principio da liberdade consagrado nos §§ 24 e 25 da Constituição já citado.

E seria para lastimar que fosse adoptada na legislação restricção que não póde já vigorar ácerca de uma nação estrangeira, em virtude do tratado perpetuo com ella celebrado.

V. M. Imperial, porém, mandará o melhor.

Salla das conferencias da Secção de Justiça do Conselho de Estado, 30 de Janeiro de 1866. — José Antonio Pimenta Bueno. — Visconde de Uruguay. — Visconde de Jequitinhonha.

Resolução. — Como parece ao Conselheiro Visconde de Jequitinhonha. — Paço, 21 de Fevereiro de 1866. — Com a rubrica de S. M. o Imperador. — José Thomas Nabuco de Araujo.

2ª Secção. — Ministerio dos Negocios da Justiça. — Rio de Janeiro, 27 de Fevereiro de 1866. — Illm. e Exm. Sr. — Em officio de 7 de Dezembro do anno passado submetteo a presidencia das Alagoas á consideração do Governo Imperial a solução dada á consulta do Presidente da Camara Municipal de Maceió, que duvidou receber, nos termos do art. 303 do Codigo Criminal, a declaração feita por Joaquim José Vieira da Fonseca, na qualidade de administrador do jornal *Progressista*, que se publica em uma typographia do bacharel Felix da Costa Moraes, sob fundamento de não ser o mesmo administrador cidadão brasileiro. S. M. o Imperador, a quem foram presentes os papeis relativos a esta questão, por sua imperial resolução de 21 do corrente mez, houve por bem decidir que a industria typographica, ou seja destinada para publicações litterarias ou scientificas, ou para publicações politicas, é uma industria como outra qualquer, livre aos nacionaes e estrangeiros, como está consagrado no art. 179 §§ 24 e 25 da Constituição, sendo certo que nem o art. 7 § 1 nem o art. 303 do Codigo Criminal exigem que o impressor

seja cidadão brasileiro, qualidade aliás exigida para o editor ou autor; e que por consequencia não devia deixar de ser admittida pela Camara Municipal de Maceió a declaração feita pelo estrangeiro Fonseca, ou como impressor ou em nome do impressor.

Deus Guarde a V. Exc. — *José Thomaz Nabuco de Araujo.* —
Sr. Presidente da Provincia de...

DA REINCIDENCIA

—————

SEGUNDA EDIÇÃO

AO LEITOR

Ha vinte e sete annos que o Codigo Criminal do Brazil foi promulgado, e a despeito do seu reconhecido merito e excellencia, que o collocam a par das mais bellas concepções legislativas dos tempos modernos, a despeito mesmo do interesse vital que naturalmente devêra inspirar o estudo de suas disposições em um paiz que progride e aspira ás honras da liberdade, nenhum trabalho tem apparecido sobre elle até o presente, além das *Observações* do distincto magistrado o Sr. Dr. Mendes da Cunha; prova de que o gosto pelo estudo das sciencias juridicas não tem tido entre nós a animação e o desinvolvimento que fôra para desejar-se.

Chamado por differentes vezes, depois da minha recente nomeação para a Faculdade de Direito d'esta cidade, a reger a primeira cadeira do terceiro anno da mesma, vi-me na necessidade de applicar quasi exclusivamente ao estudo e meditação do sobredito Codigo as minhas apoucadas forças; e afim de poder tirar do meu trabalho o maior proveito possivel, adoptei o expediente de tomar apontamentos que me servissem de guia na boa ordem que sempre me esforcei por dar ás minhas lições.

É uma d'estas lições, mais bem coordenada talvez e mais bem desenvolvida pela pena, que agora ponho debaixo das vistas do leitor, cumprindo-me dizer-lhe que não fui levado a isto por nenhum motivo frivolo, ou menos digno da sciencia e do lugar que occupo.

O meu estudo e meditação convenceram-me de que o Codigo Criminal brasileiro (perdõe-se-me esta franqueza um pouco ousada e temeraria) não tem sido, em geral, convenientemente estudado, nem bem comprehendido em suas bases, e mesmo em muitas de suas disposições, sendo manifesta a propensão, aliás tão nociva, para entende-lo e explica-

lo segundo o ensino dos tratadistas e commentadores do Codigo Penal francez, apesar das differenças profundas que separam os dous Codigos. E como uma legislação bem concebida e realisada importa um systema cimentado pela logica, e um systema é o que póde haver de mais doutrinal, d'ahi vem que a jurisprudencia dos nossos tribunales, aliás deficiente em todos os outros ramos da legislação, tem sido por ventura ainda mais pobre, vacilante e incoherente nas materias criminaes, pela falta absoluta de uma doutrina *nacional*, unico espirito de vida que pode fecundar o cháos do empirismo.

Quizera por tanto, com o unico intento de ser util ao meu paiz, auxiliando particularmente em seus esforços a mocidade estudiosa, entregar ao dominio do publico os meus esboços sobre o Codigo Criminal, visto que nada mais posso fazer sahindo da esphera que me foi assignada. Mas ainda os reputo muito imperfeitos, e tem-me faltado a saude para completa-los com a presteza que desejava. Entretanto, como não perdi a esperança de consegui-lo um dia, e sinto antes de tudo a necessidade de *apalpar o terreno*, e ensaiar as minhas forças, assentei que, sem inconveniente, podia recorrer a uma ou outra publicação avulsa, já que nos falta uma revista scientifica que por sua circulação quadrasse ao meu intento.

Sendo tal o fim que me proponho, está visto que não recuso, antes desejo a critica das pessoas competentes, mas critica *consciencioosa*, capaz de temperar as minhas ideias no que ellas possam ter de muito absoluto, corrigi-las no que tiverem de inexacto, e aproxima-las emfim do justo ponto de vista em que reside a verdade, e eu desejo ve-las sempre collocadas. *Inglorius, dum utilis* — tal é a divisa que tenho adoptado, e segundo a qual espero conduzir-me.

Recife, 8 de Abril de 1858,

VALE

H. S.

DA REINCIDENCIA

LIÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

SUMMARIO

Reincidencia. — Sentido litteral da palavra. — A reincidencia sempre foi considerada como uma causa de aggravação das penas aos delinquentes. — Fundamento d'esta opinião. — Character da reincidencia segundo a legislação romana e outras legislações antigas. — Objecções contra o principio da aggravação das penas inherente a reincidencia. — Refutação d'estas objecções. — Limitação posta a esse principio por alguns autores. — Divergencia, e interpretação do nosso Codigo. — Outra limitação e refutação d'ella. — Condições necessarias para se dar a reincidencia. — Sentido legal ou juridico da palavra, definição. — O que devemos entender por delictos da mesma natureza? — Opiniões dos autores e disposições das legislações estrangeiras. — Interpretação do nosso Codigo, e determinação do sentido legal da expressão. — Convém dar por base á reincidencia a identidade dos delictos? — Opinião affirmativa de alguns escriptores, e refutação d'ella. — O systema das

reincidencias geraes ou absolutas é mais razoavel e preferivel ao das reincidencias especiaes. — Será necessaria a existencia de uma sentença conderanatoria anterior para se dar entre nós a circumstancia aggravante da reincidencia? — Exame e refutação da opinião geral que se pronuncia pela affirmativa. — Interpretação e verdadeira intelligencia do nosso Codigo. — Dever-se-ha levar em conta o espaço de tempo decorrido entre os delictos? — Exame d'esta questão, e decisão pela negativa. — A prescripção e a graça não obtam á reincidencia, mas obsta-lhe a amnistia — Dever-se-ha attender á differença dos lugares onde os delictos forão commettidos?— Exame da questão, e solução negativa. — Novas limitações postas á reincidencia, regeição de umas, e adopção de outras. — A quem competirá estatuir sobre a existencia da reincidencia? — Exame d'esta questão, e solução a ella dada.

I

1. Entre as circumstancias aggravantes especificadas nos diversos paragraphos do art. 16 do nosso Codigo, collocou o legislador, em terceiro lugar, o facto de — "*ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza.*" Trata-se pois da reincidencia, circumstancia attendida

em todas as legislações penaes, e sobre a qual longamente tem discorrido os criminalistas¹.

2. Toca-nos hoje tambem entrar no exame d'este ponto interessante do direito criminal; e desde já vos previno que não percais de vista os termos em que o nosso legislador o envolveo, pois d'elles principalmente é que pretendo partir para combater certa opinião que voga entre nós ácerca das condições necessarias para se dar a circumstancia aggravante da reincidencia, opinião que, apesar de todo o seu credito, me parece tão infundada, quanto repugnante á justiça e ao bem da sociedade.

3. A reincidencia (de *re-incidere*) designa, em seu sentido litteral, o facto da recahida na mesma culpa que já uma vez se commetteo; nada mais, nada menos. Porém no sentido legal ou juridico a ideia que ella nos representa já não é a mesma, nem tão simples, antes tem variado segundo os diversos pontos de vista em que se hão collocado os legisladores para considera-la, como logo veremos.

4. Por um d'esses instinctos que podemos chamar juizos da consciencia, sempre e por toda a parte forão os *reincidentes* considerados como homens de um character perigoso, e o facto da recahida na mesma culpa tido como circumstancia digna de ser levada em conta para augmentar o castigo que se lhes devia infligir. E parece-nos que não será necessario grande esforço de razão para alcançar a justiça d'este juizo, e a legitimidade da aggravação das penas, que d'ahi decorre como consequencia logica. Por um lado a recahida no *mal moral* denota seguramente, quando não seja a insistencia e a pertinacia do sugeito em infringir a lei, pelo menos o enfraquecimento ou perversão das ideias moraes em seu espirito, e a preponderancia das más inclinações sobre as boas; o que é bastante para augmentar a sua responsabilidade aos olhos

¹ A reincidencia tem sido mesmo objecto de obras especialmente interessantes. Veja-se entre outras as de Bonneville e Hoorebeke.

da moral. Por outro lado o facto mesmo da recahida adverte a sociedade que ella corre um maior perigo em presença do reincidente, e que, por conseguinte, no interesse de sua propria conservação, faz-se-lhe necessario oppôr a esse perigo uma barreira mais forte, uma pena mais elevada. Aqui temos pois como a justiça e o interesse social se dão as mãos, e se combinam para autorisarem o principio da aggravação das penas resultante da reincidencia.

5. Se nos remontarmos ao Direito Romano, fonte de quasi todas as legislações modernas, ahi acharemos, não uma applicação uniforme e sistemática d'este principio mas o reconhecimento e applicação d'elle a certos e determinados casos. No Digesto e no Codigo encontram-se com effeito varios fragmentos indicando que a repetição do mesmo delicto devia ser mais severamente punida; mas todos esses fragmentos estatuem para casos particulares, aos quaes deviam ser estrictamente applicados; e nenhum ha onde a reincidencia seja elevada á cathegoria de circumstancia aggravante para *todos os crimes*, como no nosso e em todos os mais Codigos modernos¹. Assim vemos, por exemplo, que eram mais severamente punidos: — os individuos que por seus clamores favoreciam os motins populares "*cum soepius seditiose et turbulente se gesserint, et aliquoties apprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseverarint.*" l. 28, § 3, D. *de poenis*; o liberto que praticava actos inofficiosos para com o seu patrono "*si rursus causam quoerelloe proebuerit*" l. 1 D. *de jure patronatus*; os recrutas que desertavam "*si iterato hoc admiserint;*" l. 3, § 9 D. *de re militari*; — os que açoutavam escravos fugidos "*si secundo vel tertio eum susceperint*" l. 4, C. *de servis fugit.*; — o que commettia exacções "*si in iisdem sceleribus perseveret*" l. un. C. *de superexact. etc.*

6. Por ahi se conhece que os Jurisconsultos romanos estavam longe de considerar a circumstancia da reincidencia do mesmo modo que

¹ Sic Nypels, Comment. á Theor. do Cod. Pen. tr. por Ad. Chauveau e F. Hellie, ed. da Belgica, cap. 9, nº 448.

os modernos, ou de conceder-lhe a mesma importancia; e como bem nota Ortolan, elles não tinham mesmo um termo correspondente ao substantivo *reincidencia* (em francez *recidive*) com a significação que lhe tem attribuido as theorias e os Codigos contemporaneos¹. Sem embargo porém de sua applicação restricta entre os Romanos, a ideia da justiça e da necessidade de uma repressão mais forte para as recahidas na infracção da lei passou da compilação justiniana para os tratados dos antigos criminalistas europeos, alguns dos quaes formularam mesmo maximas ou regras geraes sobre ella²; foi além d'isto applicada mais ou menos amplamente pelas antigas legislações da Europa, taes como a Carolina na Allemanha, e varios *Costumes* na França³; e finalmente achase hoje recebida e consagrada por todos os Codigos de penalidade modernos com o character de circumstancia *geralmente* aggravante, dadas certas condições que teremos occasião de apreciar.

7. Entretanto, apesar dos seus titulos de duração e por assim dizer de *ubiquidade*, os quaes se não são sufficientes para estabelecer de plano a sua legitimidade, ao menos formam em seu favor uma das mais valiosas presumpções, apesar d'isto dizemos, o principio da aggravação das penas pela reincidencia tem sido ultimamente impugnado e combatido por alguns criminalistas modernos.

8. "Póde-se dizer, pergunta Carnot; póde-se dizer que esteja nos principios de uma exacta justiça applicar aos condemnados em *reincidencia* uma pena mais severa do que aquella em que incorreram pelo genero de crime de que se tornaram culpados? Se elles commetteram um primeiro crime foram por isso punidos; infligir-lhes uma nova pena em razão d'esse crime não será violar abertamente a seu respeito o *non bis ih idem*, que faz uma das bases de toda legislação⁴?" Tal é a mais poderosa d'entre as objecções apresentadas contra a

¹ Ortolan, Elem. de Dir. Pen. n° 1026.

² Podem-se ver essas maximas na Theor. do Cod. Pen fr., cap. 9, n° 448.

³ Veja-se obra acima citada, n° 449.

⁴ Comment. ao Cod. Pen. fr., art. 56, n° 1.

circumstancia aggravante da *reincidencia*, segundo a propria confissão dos que com Carnot a combatem. "Todos os raciocinios possiveis, diz Alauzet, virão aqui naufragar contra um facto; debalde sustentarão que se não pedem contas ao accusado do seu primeiro delicto; nem por isso será menos verdade que é em razão d'esse crime, e d'elle sómente, que a aggravação lhe é imposta, independentemente de outra qualquer circumstancia¹."

9. Observemos antes de tudo que a grande força (apparente) d'esta objecção dissolve-se mesmo completamente fóra da hypothese de uma primeira condemnação, re do completo soffrimento da pena do primeiro delicto pelo reincidente, hypothese sobre a qual raciocinam os autores citados, pois que segundo o direito françez não ha reincidencia possivel sem condemnação anterior, e dada esta presumem elles que se deve dar como igualmente existente o cumprimento da pena, ainda que, ao nosso ver, sem muita razão. Com effeito, só quando o reincidente já foi condemnado pelo seu primeiro crime, e cumprio a pena que lhe foi imposta, é que se póde dizer com alguma apparencia de razão, para excluir a aggravação das penas da reincidencia, que elle já pagou a sua antiga divida á sociedade, e que desde então não ha mais direito para ella de tomar-lhe novas contas a respeito. Mas é força convir que, tanto n'essa hypothese como fóra d'ella, a objecção posta á reincidencia tem sido victoriosamente refutada.

10. Sem pedir contas ao reincidente do seu delicto passado, tem-se dito, a lei penal póde e deve torna-lo responsavel por tudo quanto agrava o delicto novo; não é do primeiro, mas sómente do segundo facto que se lhe pedem contas. Mas como este novo facto apresenta-se incontestavelmente com uma nova circumstancia que agrava a culpabilidade do delinquente, não ha razão para que se conteste ao

¹ Ensaio sobre as Penas, 1ª parte, cap. 9.

legislador o direito de tomar em consideração essa circunstancia para medir a pena¹. E esta argumentação nos parece em verdade procedente.

11. O character do delinquente, como ensina Bentham, exerce uma legitima influencia na medida da pena; primeiramente porque augmenta ou diminue o alarma, mal de segunda ordem que acompanha os delictos; em segundo lugar porque fornece um indicio da sensibilidade do sugeito. Não ha necessidade, diz esse criminalista celebre, não ha necessidade de empregar meios tão fortes para reprimir um character fraco mas radicalmente bom, como para outros de uma tempera opposta². Mas se isto é incontestavel, parece que tudo se reduz a saber, se com effeito a reincidencia indica da parte do individuo um carracter máo e perigoso. Ora, é este um ponto sobre o qual os espiritos os mais esclarecidos e philanthropicos se acham de accordo. E quem haverá que razoavelmente o possa negar? “O legislador, diz um dos mais acreditados oraculos da sciencia e da humanidade; o legislador tem o direito de fazer entrar a reincidencia em linha de conta. Porquanto, de um lado ella accusa o delinquente de uma grande *perversidade moral*, de outro revela á sociedade um agente mui perigoso. Ha no autor da reincidencia uma *culpabilidade especial*, moral e politica ao mesmo tempo³.

12. E ainda devemos observar com Ortolan, que, para demonstrar como a reincidencia, affectando o estado moral do delinquente, augmenta a sua culpabilidade aos olhos da justiça, não é necessario mesmo empregar certas expressões, taes como *perversidade* e *incorrigibilidade*, que sem duvida podem parecer exageradas e mal cabidas em certos casos⁴. Basta, para nos convenceremos d’essa verdade, reflectir que a reincidencia denota seguramente no delinquente, como acima dissemos, a preponderancia das más inclinações sobre as boas,

¹ Veja-se a Theor. do Cod. Pen. fr., cap. 9, n° 454.

² Trat. de Leg. Civ. e Pen., Princ. do Cod. Pen., 1ª parte, cap. 11.

³ Rossi, Trat. de Dir. Pen., liv. 3º, cap. 4.

⁴ Como, por exemplo, quando os delictos, longe de partirem de sentimentos perversos, partem unicamente da irreflexão, negligencia, etc. Veja-se os Elem. de Dir. Pen. de Ortolan, n° 1185.

quando não seja o tenacidade e a persistencia em infringir a lei penal; o que é uma verdade em todos os casos.

13. A despeito d'estas considerações que me parecem decisivas, os adversarios ou antes os amigos da *reincidencia* ainda insistem, dizendo "que a pena de um crime não póde ser agravada senão em razão das circunstancias que a elle se ligam, que lhe são concomitantes, e que com elle fazem um todo indivisivel;" donde se segue que, sendo a reincidencia uma circunstancia estranha ao facto criminoso, não póde entrar no calculo da pena¹. Mas se bem reffectirmos, veremos que Carnot não é mais feliz n'esta segunda objecção do que o foi na primeira; antes mostra-se com ella esquecido dos principios os mais elementares da penalidade. Podia ignorar esse illustre criminalista que em todo o crime dão-se dous elementos, que devem ser igualmente attendidos e considerados na fixação da pena — o elemento material ou a gravidade objectiva do facto, e o elemento moral ou a gravidade subjectiva da intenção do delinquente? Podia ignorar ainda que, se a circunstancia da reincidencia é na verdade estranha ao elemento material, pelo contrario é intimamente ligada ao elemento moral? Certamente não; mas é que o seu *liberalismo* o arrastava algumas vezes até ao esquecimento dos mesmos principios por elle reconhecidos, a ponto de confessar um dos seus illustres compatriotas que elle, no estudo das leis criminaes, mostrava-se muito exclusivamente preocupado do que era favoravel aos cidadãos, sem se preocupar bastantemente das necessidades repressivas da sociedade².

14. Sem duvida o homicidio ou o furto commettidos em reincidencia não mudam por isso de natureza, nem adquirem maior gravidade objectiva: o mal chamado de primeira ordem é o mesmo tanto no primeiro como no segundo delicto; e é verdade dizer-se que a circunstancia da reincidencia lhe é estranha. Mas deixemos por um

¹ Carnot, Comment. au Cod. Pen., art. 56, nº 1.

² Chassan, Trat. dos Delictos e Contrav. da palavra, etc., Introd.

momento a materialidade do facto, deixemos esse mal de *primeira ordem* causado pelo delicto, e dirijamos nossa atenção para a moralidade do agente, para o mal de segunda ordem, ou o alarma que se segue ao facto criminoso. Quem poderá desconhecer aqui a intima ligação da circumstancia da reincidencia com este outro elemento a considerar, e consequentemente a sua legitima influencia na medida da pena? Dir-se-ha que o elemento moral do delicto só se deve apreciar pela physionomia especial do facto praticado, e não pelo character ou pela moralidade geral do delinquente? Mas seria um erro, seria materialisar a justiça social um pouco mais do que é justo. O bom senso o mais vulgar ahi está para dizer-nos que os precedentes do accusado, sua conducta e mesmo sua posição social devem entrar na apreciação de sua culpabilidade, e por tanto determinar a atenuação ou aggravação da pena que lhe deve ser imposta. É uma verdade de todos os tempos, e que nada poderá abalar.

15. D'este modo parece-nos que temos justificado sufficientemente o principio da aggravação das penas resultante da reincidencia, principio abraçado pelo legislador brasileiro no presente § 3 do art. 16; e o temos feito prescindindo de toda a condição ou elemento estranho ao sentido natural da palavra, que ao principio fixamos.

16. Advirtamos porém, antes de passar a outro ponto, que, na opinião de muitos criminalistas celebres, esse principio não deve ultrapassar certos limites, que parecem ser-lhe impostos pela natureza das cousas. "Como a reincidencia, diz Rossi, não é mais do que uma aggravação da culpabilidade na mesma especie de crime, nós reconhecemos que jamais se deveria mudar o genero da pena, porém sómente augmentar-lhe a taxa." E do mesmo modo pensam os distinctos autores da Theoria do Codice Penal francez, os quaes apontam o nosso Codice como tendo seguido a mesma regra.

17. Quanto á theoria, parece logico e até um certo ponto razoavel, que, uma vez admittida a *identidade dos delictos* como a unica

base da reincidência, admitta-se também a regra da identidade das penas para o reincidente. Mas essa base é muito acanhada para satisfazer às exigências da repressão, como adiante veremos; e fóra d'ahi não ha, em nosso entender, razão sufficiente para que prevaleça a regra proposta¹.

18. Quanto ao nosso Código, é certo que, na maioria dos casos, a circunstancia agravante da reincidência não faz mais do que elevar a pena correspondente ao crime a um gráo superior, o qual, de ordinario, nunca é uma pena de natureza ou genero differente; porém isto é antes a consequencia natural do systema repressivo adoptado pelo nosso legislador, do que, como pensam Chauveau e Hellie, a consequencia de haver elle abraçado a identidade dos delictos como base da reincidência, e com ella a regra de que tratamos. Para nos convenceremos d'isto basta reflectir sobre a gravidade das excepções que podem offerecer os arts. 192 e 193 do Código, e ver que, a este respeito, nada ha de peculiar á reincidência, pois que succede com ella justamente o mesmo que com qualquer das outras circumstancias agravantes previstas pelo legislador, quando não perder esse character, para converter-se em elemento do crime, o que sómente nunca acontece com a reincidência.

19. Outros criminalistas, fundando-se em que a reincidência é uma mera presumpção ou indício fallivel de maior perversidade no delinquente, queriam que a aggravação da pena proveniente d'estacircumstancia fosse facultativa e não obrigatoria para o juiz. Esta opinião, como observam os escriptores ha pouco citados, tende a pôr a vontade do juiz em lugar da da lei, o arbitrio das decisões humanas em lugar da estabilidade das regras legaes; o que seria bastante para fazer regeita-la. E, quanto a nós, ella não tem mesmo grande fundamento, pois que o reincidente como tal é sempre mais criminoso do que aquelle que delinque pela primeira vez, conforme já fizemos ver (n^{os} 4 e 12). Não se trata pois de uma presumpção que deva ceder a prova contraria; trata-se

¹ Ortolan, Elem. de Dir. Pen., n^o 1101.

de uma certeza moral, que só póde enfraquecer-se ou ceder o lugar á duvida dentro de um certo lapso de tempo (Veja-se adiante o nº 53).

II

20. Agora cumpre que indaguemos quaes as condições necessarias para se dar a reincidencia segundo o nosso Codigo, e d'este exame resultará a significação legal ou o sentido juridico da palavra.

21. Quanto a mim creio que não ha mais do que uma condição unica, necessaria e essencial para que se dê entre nós a circumstancia aggravante da reincidencia; e vem a ser — que o segundo delicto perpetrado seja da mesma natureza que o primeiro. Pelo menos é só isso o que o legislador expressamente nos diz; e devemos cingir-nos ás suas palavras sempre que ellas manifestarem uma vontade razoavel e coherente comsigo mesma. É um bom principio de interpretação, cuja observancia nos aconselha Ulpiano nos pontos duvidosos¹.

22. Assim pois já não é necessario para que exista reincidencia legal, que haja repetição do *mesmo delicto*; basta que o segundo seja da *mesma natureza* que o primeiro, o que importa uma certa modificação no sentido primitivo da palavra. Nem penseis que haja n'isto alguma subtileza, ou que a distincção feita seja vã e sem utilidade pratica. Quando a cousa não fosse em si mesma clara, bastaria recorrer aos tratados dos criminalistas, e aos outros Codigos de penalidade para convencer-se de que as expressões — *o mesmo delicto*, e delicto da *mesma natureza* — não exprimem ideias absolutamente identicas, ou que tenham o mesmo alcance. “Era de jurisprudencia europeia, diz a este respeito Ortolan, que a reincidencia só se devia entender da rechida depois da punição no *mesmo delicto*, e quando muito em um delicto da

¹ “*In re dubia melius est verbis Edicti servire.*” L. 20 Dig. de Exercit. Action (14, 1).

mesma natureza; e tal é ainda a disposição de um grande numero dos Codigos modernos de penalidade¹.”

23. Cumpre portanto definir a reincidencia segundo o nosso Codigo — “a recahida em um crime da mesma natureza d’aquelle que já uma vez se commetteo.”

24. Aqui porém se nos offerece uma seria difficuldade, á qual talvez se não tenha dado bem attenção entre nós. O que devemos entender por delictos da *mesma natureza*? Não tendo o legislador determinado os delictos que como taes se deviam considerar, bem podeis presentir a quantas duvidas e contestações podem dar lugar aquellas expressões. Varios Codigos modernos adoptaram, como ha pouco vimos, esta mesma condição que exigio o nosso, para se dar a reincidencia; mas nem todos se serviram das mesmas expressões. Assim o Codigo da Austria só pune a reincidencia no caso em que o criminoso já foi punido por um delicto *similhante*; o da Baviera só quando o novo delicto é da *mesma especie*. Nos Codigos porém da Luisiana, da Prussia, da Saxonia, de Brunswick, de Hesse-Darmstad, e no modernissimo Codigo de Portugal encontramos a mesma condição exigida nos mesmos termos empregados pelo nosso; isto é, todos estes Codigos exigem como condição da reincidencia, que o segundo delicto seja da *mesma natureza* do primeiro.

25. Mas, enquanto o legislador da Baviera teve o cuidado de determinar os delictos que se deviam considerar da *mesma especie*; os da Luisiana, da Saxonia, de Brunswick e outros — quaes os delictos que se deviam considerar como sendo da *mesma natureza*; o nosso, menos previdente n’esta parte, nada dispoz a este respeito, deixando sem duvida aos juizes o cuidado de fixarem o sentido de suas expressões. (E a mesma lacuna se encontra no Codigo portuguez.) Vê-se pois, como já dissemos, que muitas duvidas e contestações se podem levantar por este motivo; e d’ahi a necessidade que temos de recorrer á sciencia para pedir-lhe

¹ Elem. de Dir. Pen., nº 1207.

algumas luzes que nos possam conduzir á intelligencia e boa applicação da lei.

26. Segundo os distinctos autores da Theoria do Codigo Penal francez “os delictos são da *mesma natureza* quando derivam do mesmo principio, quando nascem do mesmo genero de corrupção. Assim, dizem elles, a mesma natureza das cousas dividia as infracções em delictos contra as pessoas, delictos contra as propriedades, delictos politicos, militares, etc. Em cada uma d’estas classes a reiteração de um delicto deve formar a reincidencia¹.” Reproduzindo esta mesma doutrina em seu commentario ao art. 85 do Codigo portuguez, o Dr. Levy Jordão parece adherir a ella, pois que se exprime nos seguintes termos: “Por esta regra, diz elle, um homem condemnado por um crime que o Codigo enumera entre os contra as pessoas, se depois commette outro contra as propriedades, não é reincidente, mas se-lo-ha se esse outro crime for contra as pessoas.”

27. Pela nossa parte, não podemos aceitar similhante doutrina para fazer d’ella applicação ao nosso Codigo, ainda que nada nos pareça mais razoavel do que a tendencia para generalisar a ideia da reincidencia. Em theoria póde-se, é verdade, fixar de um modo mais ou menos amplo a natureza dos delictos, segundo o ponto de vista mais ou menos elevado em que se colloca o escriptor, segundo a distancia ou a proximidade dos objectos diversos que se lhes podem assignar²; mas na pratica, e quando nos achamos collocados em presença de um texto de lei que se trata de applicar tão fielmente quanto for possivel, é mister examinar se a doutrina dos theoricos quadra á letra ou ao espirito do legislador. Ora, nós entendemos que a definição de — *delictos da mesma natureza*, — dada pelos autores da Theoria do Codigo Penal francez, por demasiadamente *larga*, não quadra ao espirito do nosso Codigo, e que applica-la ao § 3º do art. 16 fôra *desnaturar* a vontade do legislador.

¹ Theor. do Cod. Pen. fr., cap. 8. nº 458.

² Veja-se sobre este ponto Rauter, Trat. Theor. e Prat. do Dir. Crim. fr., ns 94 e 130.

28. Por ventura será bastante que dous crimes ataquem as pessoas ou as propriedades para que, á vista do nosso Codigo, se possa dizer que elles são da *mesma natureza*, e que o autor de ambos se acha em *reincidencia*, pelo facto da perpetração do segundo? O rapto por seducção, do mesmo modo que o homicidio, é um crime contra as pessoas; — o furto, do mesmo modo que o damno, é um crime contra as propriedades? Mas como dizer-se, sem expressa declaração da parte do legislador, que o homicidio é da *mesma natureza* do rapto, e o damno da *mesma natureza* do furto? Como dizer-se mais, que a abertura de cartas e o estupro, a ameaça e o parto supposto são crimes da *mesma natureza* porque são todos contra as pessoas?

29. Se dos tratados dos criminalistas passarmos aos Codigos de penalidade modernos, tambem nada ahi encontraremos que nos possa satisfazer. O Codigo do Hanover, por exemplo, determina por um principio geral mui vago o que se deve entender por delictos da mesma natureza. O juiz, diz elle, deve ter attenção ás disposições e ás tendencias contrarias á lei manifestadas pelo criminoso, assim como aos *actos* pelos quaes a lei foi infringida, e á *natureza* do dever violado (art. 112). Os Codigos de Wurtemberg e o da Luisiana remettem, cada um d'elles á sua parte especial. Outros enumeram os delictos que consideram da *mesma natureza*, sendo tal enumeração limitativa. Assim, segundo o Codigo de Hesse-Darmstad, são considerados como sendo da *mesma natureza* os delictos classificados debaixo de cada um dos numeros seguintes: — 1º Falsificação de sellos, effeitos, etc., moeda falsa; — 2º Infanticidio, aborto, engeitamento; — 3º Assassinato, envenenamento; — 4º Homicidio, ferimento, etc.; — 5º Attentados ao pudor, bigamia, adulterio, rapto; — 6º Denuncia calumniosa e calumnia; — 7º Rapina, furtos, abusos de confiança, extorsão, burlas, falsidades em escripturas; — 8º Incendio, destruição de propriedades; — 9º Perjurio e violação do juramento¹. Mas bem se vê, depois do que acima ponderamos, que nenhuma d'estas

¹ Nypels, Comment. a Theor. do Cod. Pen. fr., tom. 3º, legisl. estrang. compar., etc.

disposições nos póde convir, ainda que todas (á excepção da do Código do Hanover) sejam mui boas para os Estados onde vigoram, porque dão expressamente a conhecer a vontade do legislador, e assim obviam as duvidas, e proscvem o arbitrio das interpretações interessadas.

30. É necessario portanto que procuremos interpretar o nosso Código por si mesmo, compenetrando-nos o mais que for possível do seu espirito pelo systema em que foi desenvolvido. Ora, partindo d'este ponto de vista, e considerando que em um Código, onde se declara não haver crime sem a previa qualificação da lei, nem pena que por esta não for determinada, não póde tambem a natureza dos delictos resultar de outro principio a não ser a qualificação que d'elles fizer a lei, por isto entendemos que entre nós só se podem considerar como sendo da *mesma natureza* os delictos que são definidos ou qualificados pelo legislador debaixo de uma mesma denominação commum, *verbi gratia*, homicidio, furto, estellionato, etc. Assim matar alguém com alguma das circumstancias referidas no art. 192, ou sem ellas (art. 193), e depois ajudar alguém a suicidar-se (art. 196), não é de certo commetter ou repetir o mesmo delicto, precisamente fallando, pois que os factos são diversos e diversas as penas; mas é, penso eu, commetter ou repetir um delicto da *mesma natureza*, pois que o legislador qualificou de *homicidio* ambos os factos, sendo aos seus olhos o que mata outrem tão homicida, como aquelle que o ajuda a suicidar-se. Assim ainda, *tirar* a coisa alheia contra a vontade de seu dono para si ou para outro (art. 257), e posteriormente *achar* a coisa alheia sem se manifestar ao juiz de paz do districto ou official de quarteirão dentro dos quinze dias depois que for achada, não é repetir precisamente o *mesmo delicto*, mas é repetir um delicto da *mesma natureza*, pois que ambos esses factos forão qualificados pelo legislador com a denominação commum de *furto*. Em uma palavra, na ausencia de outra declaração expressa do legislador, devemos tomar o termo *natureza*, empregado no § 3º do nosso art. 16, como synonymo de *especie* no sentido proprio e scientifico, significando a

reunião dos delictos que offerecem caracteres communs pelos quaes se distinguem de todos os outros, e indicando ao mesmo tempo o mais baixo degráo da classificação adoptada na lei¹. Tal é tambem a maneira por que vemos applicado no Codigo da Baviera, ainda que com algumas differenças, o principio da homogeneidade ou *identidade respectiva* dos delictos ali recebido como base da reincidencia².

31. Eis o modo o mais razoavel e ao mesmo tempo pratico, por que, quanto a nós, devemos entender e applicar a disposição do nosso paragrapho quando exige, para que haja reincidencia, que o segundo delicto seja da *mesma natureza* do primeiro. Entre a necessidade de distinguir o que constitue o *mesmo delicto* d'aquillo que constitue um delicto da *mesma natureza*, e o perigo de adoptar classificações arbitrarías mais ou menos amplas, nada nos parece mais razoavel nem mais conforme ao espirito do legislador, attento o systema de classificação por elle seguido, do que reputar como sendo da *mesma natureza* os delictos que elle qualificou com a mesma denominação. Debalde se objectaria com Chauveau e Helie, que fôra illusorio admittir (como tambem admittio o Codigo da Luisiana) que o falsario que commette um furto, o homicida que se torna criminoso de um attentado ao pudor, não se acham em estado de

¹ Sabe-se que os termos — *natureza* — e — *especie* — são ordinariamente empregados como synonymos em nossa lingua; e que esta synonymia é autorizada pelos classicos e lexicographos. Ora, a *especie*, conforme a define o Diccionario das Sciencias e Artes, de Bouillet, não é outra cousa senão “a reunião de individuos da *mesma natureza*, isto é, que offerecem caracteres communs pelos quaes se distinguem de todos os outros grupos de individuos do mesmo genero: é o mais baixo degráo da classificação.

² “Não basta, explica o Commentario official feito a esse Codigo, que os dous crimes sejam do mesmo genero (Gattung, genus): não basta mesmo que elles sejam de uma especie *analogá* (*aenlich*). É necessario que sejam da *mesma especie* (*derselben* artigo *species*). Assim, o furto simples, a retenção, a fraude são crimes da mesma familia, por isso que são todos dirigidos contra a propriedade de outro, e muitas vezes punidos com penas identicas; mas a lei não reconhece n'elles crimes da *mesma especie*.” Emquanto porém o Codigo da Baviera não reconhece a retenção como crime da mesma especie do furto simples, o nosso Codigo define e classifica a ambos como crimes da *mesma natureza*, visto que, segundo elle, tanto é *furto* — tirar a cousa alheia contra a vontade do seu dono, etc. (art. 267) — como tendo-a recebido para algum fim por vontade do dono, arrogar-se depois o dominio ou uso que lhe não fôra transferido (art. 258). E é esta, entre outras, uma das differenças que se notam na applicação do mesmo principio pelos dous Codigos. Quanto ao roubo (furto com violencia) o Codigo de Baviera, do mesmo modo que o nosso, o considera como crime de *especie differente*. Veja-se Vatel, Cod. Pen. da Bav., trad., p. 331.

reincidência, por quanto dizem elles, a mesma perversidade guiou o ladrão e o falsario, a mesma paixão o homicidio e o attentado¹. Exprimindo-se n'estes termos os autores citados pretendem edificar uma theoria da reincidencia em contraposição á que sancionou o Codigo Penal francez: porém nós temos sómente tratado de explicar a lettra e descobrir o espirito do nosso Codigo para applica-lo fielmente.

32. Entretanto, se nos é licito pronunciar um juizo ácerca do principio sobre que *deve ser baseada* a reincidencia, nós não hesitamos em dizer que a homogeneidade ou identidade dos delictos, mesmo com a extensão que lhe attribuem os autores da Theoria do Codigo Penal francez, nos parece uma base ainda muito acanhada. Entendemos que se deve generalisar ainda mais a ideia da reincidencia, até ao ponto de estende-la aos delictos de diversa natureza e de diverso genero; preferimos em summa o systema das reincidencias *geraes* ou *absolutas* ao das *especiaes* que o nosso Codigo julgou dever sómente adoptar².

33. Os que pretendem que a reincidencia deve ser exclusivamente fundada na identidade dos delictos, allegam em favor da sua opinião que, se a reincidencia é reprimida com uma pena mais elevada, é porque se considera como uma presumpção legal de um habito criminoso no agente, habito que só se póde presumir quando os dous factos são identicos. "*Consuetudinis delinquendi*, dizia Farinacio, *presumptio tantum in eodem vel simili genere mali, secus si in diverso.*" Mas como sempre se julgou que, para dar-se a aggravação das penas, bastava uma só repetição do delicto, o mesmo criminalista, por espirito de coherencia, entendia que dous actos eram bastantes para estabelecer o habito, e d'ahi a famosa maxima: "*Quod bis fit, frequenter fieri dicitur.*" De acordo com esta doutrina, ensinam tambem os autores da Theoria do

¹ Theor. do Cod. Pen. fr., cap. 9, nº 458.

² Os criminalistas chamam reincidencias *especiaes* as recahidas no mesmo delicto, ou em delictos derivados das mesmas culpas, dos mesmos vicios, ou paixões; chamam reincidencias absolutas ou geraes as recahidas em delictos de natureza e de genero differente. Veja-se Bonneville, Trat. da Reincid., Ortolan, Elem. de Dir. Pen.

Código Penal francês, que a agravamento da pena pela reincidência só se funda sobre a presunção de perversidade *deduzida do habito*, sendo que este não pôde existir quando os dous delictos não são análogos. Para que a reincidência seja uma presunção de perversidade, dizem elles, é necessario que haja identidade entre os delictos que a constituem. Porquanto, como presumir a incorrigibilidade do ladrão, só porque se entregou a actos de rebellião ou de violencia?... Como fazer concorrer dous crimes de uma natureza distincta para formar um habito¹?"

34. Mas nós não podemos estar por estas ideias. Que necessidade ha de trazer a pello essa presunção de *habito*, e a ficção um pouco violenta da maxima de Farinacio que o dá como existente só pela pratica de dous factos, quando sem nada d'isto se pôde mui bem justificar o principio da reincidência? Por ventura não será bastante dizer-se, como já vimos, que ella é o symptoma de uma depravação maior, e o indício de um perigo mais imminente para a sociedade? Parece-nos que se não poderá razoavelmente contesta-lo; e sendo assim, resta sómente averiguar se, para que a *reincidencia* seja um symptoma ou um indício da maior depravação e immoralidade, é necessario, como o pretendem aquelles autores, que haja identidade entre os delictos que a constituem. Ora, a este respeito, nós pensamos com Trebutien e Ortolan que não é propriamente a natureza especial da nova infracção que gera tal indício de presunção, mas sim o facto geral de uma nova culpa pouco mais ou menos da mesma gravidade que a primeira, ainda que differente. Poder-se-hia até dizer, observa com razão Trebutien, que a diversidade da infracção é um signal mais certo de uma corrupção mais profunda, do que a repetição do mesmo facto, pois que ella annuncia um homem disposto a tentar toda a sorte de crimes².

35. Sem duvida, acrescenta Ortolan, as reincidencias mais significativas, se as considerarmos isoladamente, são as *especiaes* ou do

¹ Theor. do Cod. Pen. fr., cap. 9, nº 456.

² Curso Elem. de Dir. Crim., I. 27, cap. 5, sec. 1ª.

mesmo delicto... O augmento da severidade contra esta especie de reincidencia é instinctivo, e o que primeiro apparece nas leis... Todavia o raciocinio conduz logo a aproximar d'ellas as reincidencias, não do mesmo delicto, mas de delictos do mesmo genero, isto é, derivados das mesmas faltas, dos mesmos vicios ou das mesmas paixões... Emfim a sciencia generalisa ainda mais a ideia da reincidencia, e a estende até á reincidencia de delictos diversos... Entre os malfeitores os mais perigosos, os diversos generos de crimes ou de delictos, furto, falsidade, homicidio, etc., misturam-se, succedem-se segundo as occasiões, e formam o tecido da existencia criminosa d'essa laia de gente. O legislador, desprezando estas sortes de reincidentes, desprezaria precisamente aquelles de quem mais importa que se preocupe... O modo de proceder por previsão das reincidencias geraes é muito superior, na lei, ao que consiste em proceder sómente por previsão das reincidencias especiaes: tanto, se me é permittido fazer esta comparação, quanto nas faculdades intellectuaes do homem a generalisação está acima da intuição. O da reincidencia especial é a infancia da penalidade; o outro chega á medida que a sciencia se forma, e que as vistas do legislador se alargam¹.

36. Avista d'isto pensamos que o legislador brasileiro teria correspondido melhor ás necessidades repressivas da nossa sociedade, se, em vez de subordinar a reincidencia legal á condição de uma recahida em delicto da *mesma natureza*, a tornasse dependente sómente do gráo de gravidade das infracções repetidas, seguindo mais n'este ponto o Codice Penal francez, sem levar comtudo a generalisação da reincidencia ao ponto de aproximar delictos de tal sorte distinctos uns dos outros, (como os mililares e os communs, os politicos e os não politicos, etc.) que toda a ideia de relação cessa entre elles, e nada de absoluto e constante se póde concluir da passagem de um para o outro².

¹ Elem. de Dir. Pen., nº 1197.

² Sic. Tambem Ortolan no lug. cit.

III

37. Discutida a unica condição que, no meu entender e segundo a letra do nosso Codigo, é indispensavel para que se verifique a circumstancia agravante da *reincidencia*, passemos a indagar se, como se tem pretendido entre nós não será igualmente indispensavel a existencia de uma sentença condemnatoria anteriormente proferida sobre o primeiro delicto. Esta questão não é absolutamente nova, pois que a encontramos ventilada por antigos criminalistas, ainda que com particular referencia ao Direito Romano. Farinacio, fundando-se na L. 28, § 3. D. *de poenis*, sustentava que o habito do crime não podia agravar a pena, senão quando o delinquente já havia sido condenado e punido em consequencia dos primeiros delictos: "*Nisi de primis delictis fuerit condemnatus, et punitus.*" Gomes, pelo contrario, entendia que a aggravação da pena devia ter lugar, ainda quando não houvesse condemnação anterior: "*Etiam quando de primis delictis non fuit nec punitus nec condemnatus*"¹. E a opinião do celebre Jurisconsulto hespanhol não só nos parece verdadeira em theoria, senão tambem mais provavel contados os textos do Direito Romano relativos á materia, não havendo alias nenhuma disposição geral que dominasse todos os casos, como ao principio dissemos².

38. Mas nós temos principalmente de encarar a questão debaixo do ponto de vista do nosso direito positivo; e n'este terreno creio que se lhe não contestará alguma importancia e novidade, graças á acceitação que tem tido a doutrina que nos propomos a combater. Segundo o Sr. Dr. Mendes da Cunha, nas suas *Observações* sobre o § 3º

¹ Veja-se a Theor. do Cod. Penal. fr.

² É verdade que na L. 28, §3º do Dig. de poenis se encontram estas palavras: "*Quod si ita correcti in iisdem deprehendantur, etc.*" Mas é talvez o unico texto onde expressamente se exige como condição de maior severidade para o reincidente, o ter elle já soffrido pelo mesmo facto um castigo; ao passo que são numerosos os textos onde se não falla de similhante condição; e não nos parece que seja juridico o leva-la á cathegoria de um principio geral applicavel a todos os casos, quando se trata de uma legislação que só dispunha para casos particulares, sem estabelecer nenhuma regra geral que os dominasse.

do art. 16 do nosso Código, "a reincidência não é uma simples e indistincta repetição do crime; mas a repetição de um delicto da mesma natureza, tendo sido o delinquente pela primeira vez condenado." N'esta definição pois da reincidência legal, acha-se bem claramente incluída, como condição *sine qua non*, a existência de uma *condenação anterior*; e tal é a doutrina que nos consta ter geralmente prevalecido no fôro. Ora sem embargo do respeito e consideração que tributamos ao talento e às luzes do distincto magistrado cujo nome citamos, nós não hesitamos em perguntar: Será bem fundada, será verdadeira semelhante doutrina?

39. Todos os criminalistas francezes ensinam, é verdade, que uma primeira condenação é necessaria para se dar a reincidência, e todos elles teem razão, ao menos debaixo do ponto de vista do seu direito constituido, porque o Código Penal francez, definindo a reincidência, não exige tambem outra condição; os arts. 56, 57 e 58 repetem á porfia estas palavras: "Todo aquelle que, tendo sido condenado,... houver commettido um segundo crime, etc.". Porém que, no silencio absoluto do nosso Código acerca d'essa condição, queiramos substituir a vontade do legislador brasileiro pela vontade de legisladores estranhos, ou ainda pelas theorias que sobre essa base são levantadas, é o que nos parece pouco juridico, e até, para fallarmos ingenuamente, insustentavel.

40. Antes de tudo dá-se a este respeito uma circumstancia que, sendo conhecida, não póde deixar de suscitar por si só uma duvida séria, ou antes uma grave suspeita contra a opinião que impugnamos; e vem a ser que, se consultarmos os Códigos estrangeiros de data anterior ao nosso, e de que por conseguinte podiam os nossos legisladores ter conhecimento e aproveitar-se, taes como os Códigos da França já citado, os da Baviera, das Duas-Sicilias e da Luisiana¹, veremos que em todos elles é *expressamente exigida*, como condição da *reincidência*, uma condenação anterior. Por que fatalidade pois só o legislador brasileiro,

¹ Quanto aos Códigos da França e Luisiana parece nos isto incontestavel, visto como varias disposições do nosso são d'elles tiradas quasi litteralmente.

definindo a *reincidencia*, havia de omitir em sua definição aquella condição, se entendesse que era justa e conveniente, e que sem ella não se podia dar a *reincidencia* como circumstancia aggravante? A esta duvida ou a esta suspeita cremos que só haveria uma resposta um pouco plausivel e tranquilisadora, e é a seguinte: "O legislador não exigio expressamente similhante condição, porque fôra ocioso faze-lo, visto como o termo *reincidencia* a suppõe e envolve, em seu sentido natural." Mas onde achar-se um lexicographo ou classico de nossa lingua, para autorisar esta resposta? Quanto a nós não conhecemos nenhum; sendo aliás certo que todos elles limitam-se a autorisar o sentido que ao principio fixamos. E notai que o mesmo succede nas linguas allemã e franceza: "A reincidencia (*ruck-fall*), diz o illustre traductor do Codigo da Baviera, significa litteralmente *recahida em um crime já commettido*... Os textos do direito commum não fallam da reincidencia senão em casos especiaes, ou quando a *reiteração sem condemnação precedente*, constitue um delicto de habito. A theoria da reincidencia é pois toda moderna¹." "Esta palavra, diz de sua parte Ortolan, fallando tambem da reincidencia (*recidive*); esta palavra, considerada unicamente em sua origem philologica, não contém por si mesma necessariamente a ideia *d'essa primeira condemnação*; e concebe-se que, antes que o seu sentido fosse bem assentado na sciencia, podesse confundir-se com o da *reiteração*²".

41. Sem duvida a palavra *reincidencia*, segundo os autores e a jurisprudencia europea, tem hoje um sentido por assim dizer fixo e corrente: ella é consagrada, como diz o mesmo Ortolan, para designar o facto do criminoso que, depois de uma primeira condemnação pronunciada por infracção da lei penal, commette uma nova infracção. Mas, ainda uma vez, dado o silencio absoluto do nosso legislador ácêrca

¹ Vatel, Cod. Pen. da Bav., trad.; app. p. 330.

² Elem de Dir. Pen., nº 1179. Ortolan entretanto reconhece que essa confusão não podia ser completa, pois que a reincidencia implica forçosamente a ideia de primeira e segunda *queda*, o que não succede com a reiteração, podendo-se reiterar tanto as boas como as más acções.

d'esse requisito de uma condenação antecedente, qual o sentido de que devemos partir para entender e aplicar a disposição do § 3º do art. 16: do sentido litteral da palavra *reincidencia*, ou do seu sentido scientifico, *conforme a jurisprudencia europeia*? Quanto a mim é fóra de duvida que do primeiro, o qual só póde ser modificado por vontade expressa do legislador. Debalde se invocariam talvez aqui as velhas maxims de interpretação, que dizem: *Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*. Sem nos demorarmos muito em mostrar o quanto tem de arbitraria esta classificação de Grocio e de Puffendorffio entre cousas ou leis odiosas e favoráveis, classificação que não admittimos, diremos apenas com uma grave autoridade, que se as leis penaes são *odiosas* relativamente ao indiciado de culpa, são pelo contrario *favoraveis* em relação á sociedade e ao direito que protegem¹.

42. Em segundo lugar é regra indeclinavel em materia de interpretação das leis penaes, que, sendo esta feitas para todos os cidadãos a quem permittem ou prohibem certos actos, e devendo as suas locuções ser claras, os seus termos facilmente comprehensíveis, todo o interprete deve tender antes a toma-los no sentido que elles tem segundo a linguagem commum, do que no sentido technico que possam ter segundo a jurisprudencia e os autores estranhos. A lingua do legislador criminal é sempre a lingua vernacula, e o *technismo* só deve ser preferido, quando for por elle mesmo acceto ou definido. "O juiz, diz um celebre professor e magistrado, não deve afastar-se da observancia rigorosa da letra da lei senão quando ella admitte mais de uma significação. As regras do justo e do injusto, dirigindo as acções não só do philosopho, mas ainda do idiota, devem ser executadas litteralmente... Instrumentos passivos da lei não devemos jámais, senão no caso de uma absoluta necessidade, consultar o seu espirito... Outra qualquer maneira de administrar justiça torna a applicação da lei arbitraria e incerta²."

¹ Interpret. da Lei Pen., por F. Hellie, — Rev. Crit. de Legisl. 1854.

² Nicolini — Princip. Philos. e Prat. do Dir. Pen., trad. por E. Flotard, p. 87.

Finalmente quando o texto da lei é formal e preciso, e quando se justifica superabundantemente pelo espírito da mesma lei, não ha que receiar perante a sua applicação litteral¹.

43. E poder-se-ha justificar a disposição do nosso Codigo sobre a reincidencia, prescindindo do requisito de uma condenação anterior? Não será antes o seu silencio a este respeito um *lapsus*, ou uma singularidade que inspire desconfiança acerca da verdadeira vontade do legislador? Quanto á singularidade da cousa, creio que não devemos ter a menor desconfiança por amor d'ella; porque, basta ter feito o estudo comparado do nosso Codigo com os de outros Estados, para conhecer-se que não é elle uma obra inteiramente composta de empréstimos legislativos, e que pelo contrario tem muita originalidade e mesmo disposições *singulares*², ainda que a do § 3º do art. 16 não seja propriamente tal, como adiante mostraremos. Quanto aos motivos ou razões que pode ter o legislador brasileiro para não exigir a condenação anterior como condição *sine qua non* da reincidencia, nós vamos ter occasião de desenvolve-los, apreciando os argumentos que de alguns criminalistas se podem tirar contra a sua disposição.

44. "É na advertencia que resulta de uma primeira condenação, dizem os illustres autores da Theoria do Codigo Penal francez, que consiste toda a legitimidade da aggravação penal; só essa condenação é que póde demonstrar a inefficacia da pena ordinaria. E que prova teriamos, se essa condenação não existisse, de que a primeira pena teria sido impotente para corrigir o criminoso? Quem poderia dizer que a justiça por uma acção mais rapida, a pena por sua benefica influencia, não teriam prevenido a recahida do delinquente³?" A esta argumentação, mais brilhante do que solida, responde outro distincto escriptor francez, e de um modo tão satisfactorio, que nada temos de

¹ Rauter, Trat. Theor. e Prat. do Dir. Crim. fr., nº 119.

² Póde servir de exemplo a disposição generica do art. 65, que regeita a prescripção de todas as penas sem excepção.

³ Theor. do Cod. Pen. fr., cap. 9, nº 476.

melhor a fazer, do que deixa-lo fallar. “Em direito, diz Alauzet, a condenação não é necessaria para a advertencia; a lei é quem a faz; todo mundo é considerado conhecer a lei, e de facto este principio, que não é muitas vezes senão uma ficção legal, é uma cousa perfeitamente verdadeira nas materias de direito penal: o ladrão, o falsario sabem mui bem que infringem a lei; a condenação é inutil para instrui-los d’isso. Quanto á influencia que a pena teria exercido sobre elles, no estado actual das cousas, só poderia ser desastrosa; o systema penitenciario date de hontem em theoria, e na pratica não existe talvez em parte alguma¹.

45. Mas não é tudo. Póde-se ainda acrescentar que, se a verdadeira razão sobre que assenta a legitimidade da aggravação penal da *reincidencia*, é a que inculcam os autores citados nos termos acima reproduzidos, então é força convir que ha ahi um equivoco ou antes uma confusão que convém desfazer: é força confessar abertamente que, para legitimar a aggravação da pena pela reincidencia, não basta a *condemnação* anterior, mas é necessaria a *punição* effectiva, visto como mui bem se póde conceber uma sentença condemnatoria sem o effectivo cumprimento d’ella pelo condemnado; e desde então pede a justiça e pede a logica que se não possa aggravar a pena ao reincidente, senão quando elle houver cumprido toda a pena imposta pela sentença condemnatoria anterior, porque, emquanto restar alguma parte da pena a cumprir, poder-se-ha sempre dizer com alguma apparencia de razão: Que prova podemos ter, sem o completo soffrimento d’essa pena, de que ella seria insufficiente para corrigir o criminoso reincidente? *Sine tali punitioe, reiterando delictum, non possit dici incorrigibilis* (Farinacio).

46. Mas não é assim que o teem entendido os tribunaes francezes, applicando os arts. 57, 58, etc, do respectivo Codigo. Segundo a jurisprudencia do paiz, para se dar a reincidencia legal, basta o facto da condenação anterior *irrevogavel*; e nós não vemos que os nossos

¹ Ensaio sobre as Penas, 1ª parte, cap. 9.

autores tenham contra isto reclamado. Pelo contrario eis aqui como se elles exprimem: “A lei dizem, collocou na mesma linha todos os condemnados, quer tenham soffrido a pena, quer se hajam subtrahido á execução... é o facto da condemnação, e não os seus resultados que ella considera¹.” Mas será isto logico? Será isto conforme ao verdadeiro fundamento sobre que descança, segundo esses autores, a legitimidade da aggravação das penas pela reincidencia? Ninguém dirá que sim. E porque não procuraram elles interpretar o Codigo francez n’este ponto pondo-o em harmonia com os seus motivos? Porque não procuraram persuadir que, fallando dos *condemnados*, tinha esse Codigo tido em vistas os que soffreram suas penas, e não os que a ellas se subtrahiram? Porque, respondem elles como jurisconsultos: “Em presença do texto do art. 56 toda distincção é impossivel, e é necessario ter como principio que o condemnado á revelia ou por contumacia, que commette de novo um delicto, está em reincidencia... A mesma decisão se applica naturalmente ao caso em que o condemnado prescreveo sua primeira pena, porque a prescripção cobre a pena, mas não destroe a condemnação.” Ora, eis-ahi uma lição que nos deve aproveitar.

47. “Quando a existencia de uma primeira infracção, continuam ainda os propugnadores da opinião que combatemos, não é verificada por um julgamento precedente, *seria injusto* leva-la em conta para aggravar a sorte de um accusado².” E o Sr. Dr. Mendes da Cunha, requintando n’esta mesma ideia, diz que, se o delinquente foi absolvido ou não chegou a ser accusado, fôra *estabelecer um primeiro delicto imaginario* para qualificar o segundo.

48. Pondo porém de parte o caso da absolvição do delinquente, de que por ora nos não occupamos, e que, se quizerem, pode dar lugar a uma questão separada, nós perguntaremos: que especie de impossibilidade ou de inconveniente pode haver em provar-se a existencia

¹ Theor. do Cod. Pen. fr., cap. 9, n° 480.

² Flotard, Do estado actual do Direito Penal na Italia. Rev. Crit. de Legisl., 1852.

do delicto anterior da mesma natureza, independentemente do seu julgamento? E, uma vez feita essa prova, que injustiça pôde haver em levar em conta ao reincidente o seu primeiro delicto *provado* para agravar-se-lhe a pena do segundo? As circunstancias mencionadas n'este capitulo, diz o nosso Codigo no art. 20, deverão ser provadas, e na duvida impôr-se-ha a pena no gráo medio. Está visto portanto, que a circunstancia da reincidencia, do mesmo modo que qualquer outra agravante (ou attenuante), para produzir o seu effeito legal (art. 15) deve ser provada, e fôra inepticia pretender o contrario. Mas, se o legislador, especificando as differentes circunstancias aggravantes, attribuiu a todas a mesma importancia, o mesmo valor juridico¹, se elle nada distinguio tambem quanto á natureza ou especie de prova por que se deveria estabelecer a existencia de cada uma d'ellas, quem vos autorizou a distinguir, e a querer que a reincidencia, differentemente das outras circunstancias aggravantes, só possa ser provada pela exhibição de uma sentença condemnatoria irrevogavel?

49. Se apesar d'isto quereis a todo o custo ser mais humanos e mais escrupulosos do que a lei, então convém que, levando um pouco mais adiante a vossa previdencia, advertais tambem que esse primeiro julgamento podia ser illegitimo, dado sobre falsas provas, etc; e n'esta hypothese bem factivel, qual será a vossa decisão no silencio da lei? Admittindo sómente a prova solemne de uma sentença condemnatoria como o unico meio de estabelecer o facto da *reincidencia*, vós não podeis de certo admittir que se possa estabelecer a sua não existencia só pelo depoimento de duas ou tres testemunhas, por este ou aquelle documento; e aqui temos a vossa *humanidade* em falta, sem que aliás exija expressamente a lei tão grande sacrificio. Se pelo contrario admittirdes

¹ É um ponto que parece perfeitamente estabelecido pela disposição do art. 15, o qual por nenhum outro é modificado. E que variedade, que incoherencia não haveria nos julgamentos, se fosse permittido a qualquer juiz dar a essas circunstancias o valor que lhe parecesse? Advirta-se porém que aqui só fallamos das circunstancias aggravantes propriamente taes, sem referencia aos casos em que ellas, perdendo por assim dizer seu character proprio, convertem-se em elementos constitutivos do crime.

que se possa desfazer a coisa por modo diverso do que foi feito, querendo que se recorra aos meios de prova ordinarios para infirmar a sentença condemnatoria anterior, que razão podereis ter para recusar esses mesmos meios de prova quando se trata de estabelecer o facto de *reincidencia* no caso de não haver tal sentença? Se decidindo do primeiro modo falhará a vossa humanidade, decidindo de segundo não falhará menos a vossa logica judiciaria¹. Convenhamos pois (para evitar ao menos estes dous escolhos) que a circumstancia da reincidencia, em face dos arts. 15, 16 § 3º e 20 do nosso Codigo, póde provar-se por qualquer genero de prova admittido nas materias criminaes, sem que haja absoluta necessidade de uma sentença condemnatoria para estabelece-la. Tal nos parece ser a vontade do legislador, bem precisa, e bem razoavel.

50. Com effeito, que contraste pungente, e que *absurdo moral* não offereria a lei, se exigisse, como condição *sine qua non*, a existencia de um julgamento anterior para a aggravação das penas ao reincidente? — Tal individuo commetteo dez ou vinte delictos antes d'aquelle por que tem de ser agora julgado; mas teve a boa fortuna de não ser anteriormente accusado por nenhum d'elles: o patronato, ou a sua propria astucia e habilidade puzeram-no a salvo d'esse risco; e como isto aconteceo, não lhe serão levadas em conta as suas culpas passadas, não lhe será aggravada a pena do ultimo delicto, por mais notorios e bem provados que possam ser os delictos anteriores. Tal outro, mais infeliz, cahio logo na rede da justiça (cujas malhas são um pouco irregulares) ao infringir a lei pela primeira vez; e porque, acossado pela desdita, não é mais feliz em uma segunda infracção, eis que será convencido, não, diz Alauset, de um desaso e de uma ineptidão inveterada, mas de perversidade e de habito criminoso! Quem não supporá, exclama

¹ "*Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.*" Tal é o principio a que alludimos. Veja-se entretanto o que dizemos no fim d'esta lição sob o nº 69.

justamente o mesmo escriptor, quem não supportará ler uma lei de Esparta, onde só o ladrão desasado era punido¹!

51. Tal é em verdade o triste resultado a que inevitavelmente conduz a exigencia de uma condenação anterior como coisa indispensavel para se dar a aggravação das penas pela reincidencia; resultado immoral e perigoso, porque importa um premio aos criminosos mais sagazes ou protegidos, e que deve tornar-se ainda mais apreciavel e sensível nos paizes em que, como no nosso, existe uma classe consideravel de delictos, cuja punição depende exclusivamente da vontade da parte offendida.

52. Afim de evitarem tão triste resultado, e julgando que a recahida no crime é sempre mais grave quando tem precedido uma primeira condenação, varios Codigos europeus, como o da Baviera e o das Duas Sicilias, distinguiram a *reincidencia* da *reiteração*, dando-se aquella quando tem havido condenação anterior, e esta quando nenhuma condenação interveio. “A reincidencia, diz o Commentario Official do Codigo da Baviera, tem de cummum com o concurso de crimes homogeneos — que a *reiteração* attesta uma perversidade maior, uma inclinação particular, muitas vezes mesmo um habito do crime, que torna o delinquente mais perigoso para a sociedade; por isso é com razão que, em materia de incendio e de fraude a reiteração, mesmo sem reincidencia, é punida de uma maneira especial. Mas as penas da *reincidencia* devem ser superiores ás da *reiteração*, porque a recahida no crime depois de uma primeira condenação revela no agente uma perversidade obstinada de que a *pena soffrida* não pode triumphar. É a obstinação d’esta revolta contra a lei penal que torna a *reincidencia* punivel em um gráo muito mais elevado do que a *reiteração* ou a continuação dos crimes homogeneos ainda não punidos. D’ahi em materia de reincidencia um augmento não só na quantidade, mas ainda na

¹ Ensaio sobre as Penas, 1ª parte, cap. 9.

qualidade da pena, augmento que não é admittido pela lei em materia de concurso¹.”

53. Vê-se portanto, mesmo pelo exemplo de legisladores humanos e esclarecidos, que não ha nenhuma especie de impossibilidade, nem tambem inconveniente algum em levar em conta para a aggravação da pena de um crime, outros crimes anteriores que ainda não foram julgados ou punidos. Sem duvida parece-nos bem razoavel a distincção feita entre a *reincidencia* e a *reiteração* pelos Codigos apontados, para differençarem tambem as penas de uma e de outra; mas nem por isto deixamos de reputar a disposição do nosso Codigo, que nada distingue a respeito, como preferivel á d'aquelles que (como o da França) só consideram os crimes passados para aggravar a punição do reincidente, quando acerca d'elles tem intervindo um primeiro julgamento.

54. Avista do exposto julgamos ter demonstrado que, para se dar a circumstancia aggravante da *reincidencia*, segundo o Codigo brasileiro, não é necessaria a condição de um julgamento ou condemnação anterior; que isto é justo e conveniente aos interesses repressivos da sociedade, e que o nosso legislador, assim dispondo, não se tornou singular mas confundio apenas duas situações, que outros mais minuciosos julgáram dever distinguir, e indicar pelos nomes de *reincidencia* e *reiteração*.

IV

55. Resta-nos sómente agora dizer alguma coisa acerca de outras questões que n'esta materia fecunda se hão suscitado.

56. E primeiramente, será o espaço de *tempo* decorrido entre o primeiro e o segundo crime uma circumstancia indifferente em materia

¹ Cod. Pen. da Bav. trad. por Vatel, app. p. 330. — O Cod. portuguez admite ainda outra distincção; por quanto, elle considera como circumstancias aggravantes: — 1º a frequencia de crimes da mesma natureza; — 2º a accumulção de quaesquer crimes commettidos pelo criminoso: — 3º a reincidencia. Veja-se o art. 19, §§ 19, 20 e 21.

de *reincidencia*, ou antes dever-se-ha attender a ella para deduzir d'esta fonte mais uma condição necessaria á sua existência? É uma questão que os melhores autores tem resolvido pela affirmativa, e não se poderia negar que tem razão. Com effeito, se um longo espaço de tempo separa o segundo crime do primeiro, como pretender-se ainda, que o agente revela esse propensão para o delicto, essa perversidade ou essa insufficiencia da pena ordinaria que justificam o augmento da penalidade? Como sobre tudo, se elle durante esse tempo apresentou uma conducta moral irreprehensivel? — Uma vez de accordo sobre este ponto, trata-se unicamente de fixar qual o espaço de tempo que deve destruir a presumpção em que se funda a reincidencia; e comquanto a maior parte dos theoricos convenham em que a medida d'elle deve variar conforme a gravidade do delicto ou da condemnação precedente, visto que a lembrança e os effeitos do crime de ordinario são proporcionados á gravidade d'elle; com tudo quando se chega ás cifras, quasi que não ha uniformidade alguma. Os autores da Theoria do Codice Penal francez marcam dez annos, e foram n'esta parte seguidos pelo Codice portuguez no art. 85. Ortolan pelo contrario entende que se deve tomar como regra o espaço de tempo necessario á prescripção da acção ou da pena, de sorte que o tempo exigido para a reincidencia nunca exceda ao que se quer para a prescripção; e tal é a disposição expressa dos Codigos de Brunswick, art. 71, da Saxonia, art. 76, de Hesse-Darmstad, art. 103, etc., etc.

57. Mas o que interessa aqui, é saber se deveremos admittir essa restricção de que acabamos de fallar, para applica-la á disposição do nosso Codice. Ora, por mais razoavel e fundada que ella seja em theoria, parece-nos que entre nós, do mesmo modo que entre os Francezes, ainda ninguem pretendeo similhante cousa, pela razão mui simples de que os dous Codigos nada distinguem acerca do tempo decorrido entre o primeiro e o segundo delicto, e fôra grande temeridade o querer substituir a vontade do legislador pelas opiniões individuaes, exigindo para a

verificação das suas disposições mais requisitos do que exigem a letra e o espírito da lei. Entretanto é força reconhecer que não ha grande coherencia em sustentar a necessidade de uma condemnação anterior para se dar a reincidencia, e repellir ou não sustentar com equal esforço a necessidade que ha de não serem os dous crimes separados por um longo intervallo, *verbia gratia*, por dez ou vinte annos, quando o silencio da lei é equal acerca de ambas estas restricções, e quando a segunda é incontestavelmente muito mais razoavel e fundada do que a primeira. É que o erro teme instinctivamente a logica, e recua muitas vezes logo depois do primeiro passo.

58. Como consecuencia natural do que acabamos de expender, convém advertir que mesmo a prescripção do crime não póde obstar á reincidencia; porque se ella o acoberta e o livra da pena merecida, cumtudo não o apaga, não o faz desaparecer; e desde então não ha motivo para que não seja o primeiro delicto considerado como elemento de aggravação do primeiro. "*Poena augetur etiam propter antiqua delicta proscripta*" dizia Farinacio; e tal é tambem a jurisprudencia que prevalece na França¹.

59. Por identidade de razão tambem o perdão do offendido ou do Poder Moderador não obstem a reincidencia. Só a amnystia é que, lançando o véo do esquecimento legal sobre os delictos e extinguindo-os inteiramente, oppõe-se a que um crime amnystiado possa ser trazido para produzir um effeito juridico tal como a aggravação de outro crime da mesma natureza².

60. Se a circumstancia do tempo nenhuma influencia póde exercer, á face do nosso Codigo, sobre a reincidencia, pela razão de ter o legislador guardado silencio acerca d'ella, outro tanto devemos dizer da circumstancia de *lugar*, a favor da qual não militam mesmo as valiosas

¹ Theor do Cod. Pen. fr., cap. 8, n° 458.

² Ibidem, ns. 484 e 486; Rauter, Trat. Theor. e Prat. do Dir. Crim., ns. 866; Trebutien, Curso Element. de Dir. Crim., Liç. 27, cap. 5, sec, 1^a, § 2.

considerações que, em *theoria*, nos fizeram pronunciar por aquella outra. Assim pois, ainda que o primeiro crime tenha sido perpetrado em paiz estrangeiro, se elle puder ser provado, deve-se applicar ao delinquente a aggravação das penas da reincidencia. Os criminalistas francezes, sustentando com o seu Codice a necessidade de uma condemnação anterior, ensinam, é verdade, que se essa condemnação foi proferida por um tribunal estrangeiro, não está preenchida a condição da lei; por quanto, dizem elles, o julgamento é um acto de soberania cujos efeitos devem limitar-se ao territorio da nação representada pelo tribunal que o proferio, sendo um principio inconcusso do direito internacional, que tal julgamento nenhuma força obrigatoria tem para os outros Estados¹.

61. Mas além de que já mostrámos que a existencia d'esse julgamento anterior não é entre nós uma condição *sine qua non* da reincidencia, póde-se ainda com boas autoridades, demonstrar a fraqueza das razões alegadas por esses criminalistas. Com effeito, não se trata de punir um crime praticado em paiz estrangeiro, nem tão pouco de executar a sentença de um tribunal estranho, para que haja receio de exceder os limites da soberania, ou para que se tema compromette-la; trata-se unicamente de julgar e punir um crime praticado no territorio nacional, tomando-se na devida consideração o character do delinquente provado pelos seus antecedentes. A aggravação da pena no caso de reincidencia não assenta, como bem diz Nicolini, sobre a primeira condemnação, nem sobre o primeiro delicto, mais sim sobre o segundo; ella é pronunciada, não em razão do dolo já uma vez punido com o primeiro crime, mas em razão da maior perversidade e dos habitos criminosos de que dá provas o delinquente. A condemnação anterior em tal caso deve ser considerada apenas como um facto, como um máo antecedente do agente, que induz a necessidade de uma pena maior, e nada mais. Por conseguinte a razão geral da lei, assim como a generalidade dos seus termos exigem que a sua disposição seja applicada a todos os casos, e sobretudo aos

¹ Ortolan, Elem. de Dir. Pen., nº 1200; Bertauld, Curso do Cod. Pen. Liç. 17.

condenados em paiz estrangeiro, cujo passado todo não é sempre bem conhecido¹.

62. Sem embargo d'estas considerações, ainda insistem alguns dizendo que, se é inegavel o augmento da culpabilidade na hypothese dada, pelo menos não se póde dizer que a inefficacia da lei penal ordinaria do paiz tenha sido provada para que seja necessario um accrescimo de pena: o delinquente convenceo de impotencia a penalidade do paiz estrangeiro, se quizerem; mas a penalidade do paiz onde se torna criminoso pela segunda vez, está salva, e sua autoridade não foi ainda abalada². Parece-nos porém que esta nova argumentação cahe por si mesma com o falso supposto em que é baseada. Se a lei exigisse como condição da reincidencia o completo soffrimento da pena imposta ao primeiro delicto, então ainda se poderia descobrir-lhe alguma força, com tanto que a penalidade estrangeira fosse insignificante ou mesmo inferior á do paiz; mas quando a lei contenta-se com o simples facto da condemnação, vê-se que não é possivel attribuir plausivelmente maior poder de intimidação ás sentenças dos tribunaes nacionaes do que ás dos tribunaes estrangeiros. E n'este sentido dispõem expressamente os Codigos da Saxonia, de Brunswick e do Hanover³.

63. O Sr. Dr. Mendes da Cunha ensina tambem que "a reincidencia não póde ter indistinctamente em todos os crimes um character aggravante; porque, diz elle, o individuo que duas vezes tem feito um ferimento por ter sido duas vezes provocado com injurias ou ameaças, e sempre levado por um movimento de colera para o fim de desaggravar-se, ou a pessoa de sua familia, não tem patenteado pela segunda vez uma disposição habitual para o delicto, e a aggravação da pena n'esta hypothese não póde prevenir nem corrigir a reincidencia, que não é o effeito de um habito, mas de um sentimento provocado, e que se

¹ Princip. Philos. e Prat. do Dir. Pen., trad. por Flotard, quest. 4ª, p. 88.

² Ortolan e Bertauld, nos lugares citados.

³ Nypels, Comment. á Theor. do Cod. Pen. fr., tom. 3º, legisl. estrang. compar., etc.

póde repetir tantas quantas forem as vezes da provocação¹.” Como se vê, é sempre a continuação do mesmo systema que quer distinguir onde a lei não distingue, e que deixa de parte *a clareza da lettra*, para recorrer ás *ambiguidades da interpretação*.

64. Pela nossa parte não podemos de maneira alguma admittir similhante restricção; não só porque a ella se oppõe a generalidade dos termos em que é concebido o nosso paragrapho, como porque não são boas as razões em que se estriba; e nem sabemos que tenha sido attendida pelos criminalistas, ou pelos legisladores contemporaneos. Primeiramente é fóra de duvida que aquelle que, sendo provocado com injurias ou ameaças, accede aos dictames da colera, e deixa-se arrastar até á pratica de uma acção que a lei prohibe, longe de fazer uma cousa meritoria, ou de ser innocente, commette um crime e merece ser punido ainda que mais brandamente do que o fôra sem a circumstancia attenuante de provocação que lhe é permittido invocar (art. 18, § 8 do Cod.). Mas se assim é, que difficuldade haverá em conceber-se como sendo realmente mais criminoso da segunda do que da primeira vez o homem que obra ainda sob o imperio daquella circumstancia? Despertado pela pena, ou sómente pelo remorso de já uma vez ter-se abandonado ao impulso da paixão ao ponto de violar a lei, o delinquente devêra ter tomado as precauções necessarias para resistir á sua disposição viciosa, para moderar a sua susceptibilidade, para conservar os direitos e a superioridade da razão; e já que o não fez, tornou-se por isso mesmo mais culpado aos olhos da moral, mais perigoso á sociedade pela propensão e facilidade que mostra em condescender com as solicitações das paixões, entregando-se a transportes criminosos sempre que ellas são despertadas; e por conseguinte tornou-se tambem digno de uma mais severa repressão. — E que fundamento haverá para dizer-se que aggravação da pena n’esta hypothese não póde prevenir uma nova reincidencia? Para sustenta-lo fôra mister negar a virtude preventiva das

¹ Observações ao Cod. Crim., p. 195.

penas contra as enfermidades d'alma; mas, reconhecida ella, força é confessar que o augmento da penalidade infligida pela segunda vez, é sempre um maior obstaculo que se levanta entre o delinquente e um novo delicto; e é bem possível, para não dizer provavel, que o temor de maior castigo opere só por si o milagre que a razão e o amor do dever não poderão produzir.

65. Mais razoavel (ainda que em parte igualmente inadmissivel) nos parece a restricção que se encontra no art. 111 do Codigo da Baviera, o qual não applica os principios da reincidencia á negligencia, quer esta tenha sido reiterada, quer tenha sido seguida de um acto *voluntario*. Mas desde que ha dolo, ou vontade má, as penas da reincidencia tornam-se applicaveis sem distincção a todos os crimes e delictos. Similhantermente os Codigos da Saxonia, de Wurtemberg, do Hanovre e outros mais da Allemanha consideram como não sendo da mesma natureza dous delictos, um dos quaes foi commetido *voluntariamente* (dolo), e outro *involuntariamente* (culpa)¹. Mas é para esses Codigos indifferente (e deve sê-lo igualmente para nós) que o primeiro delicto fosse consummado, emquanto o segundo só foi tentado, ou *vice-versa*; e tambem que o criminoso tenha sido condemnado em razão do primeiro delicto como autor, ao passo que só é perseguido em razão do segundo como cumplice².

66. Finalmente, a quem competirá declarar a existencia da reincidencia: ao juiz de direito, ou ao juiz de facto? Todos os criminalistas francezes, á excepção de Carnot, sus tentam que ao primeiro, e não ao segundo; e a jurisprudencia dos tribunaes tem ultimamente consagrado na França essa doutrina. As razões em que ella se funda são as seguintes:

¹ N'esta hypothese com effeito parece faltar inteiramente o fundamento philosophico em que se basêa a aggravação das penas á reincidencia. O mesmo porém não acontece quando a negligencia é reiterada, sendo incontestavelmente a segunda, no rigor dos principios, mais criminosa do que a primeira, e portanto digna de mais severa punição.

² O fundamento d'estas disposições, como diz o Commentario Official ao Cod. da Bav., é que o principio da identidade de especie, ou identidade respectiva é independente do *gráo* de criminalidade do primeiro facto. Veja-se Vatel no lugar citado.

1ª, que a reincidência não é uma *circumstancia aggravante* do facto da accusação, pois que é d'elle independente; que não é mais do que um elemento extrinseco á infracção, uma qualidade moral do agente, que chama sobre sua cabeça maior castigo; e que desde então não se deve considera-la senão como um elemento accidental da deliberação para applicação da pena, o que é da exclusiva attribuição dos juizes de direito; 2ª, que firmando-se a reincidência no facto de uma primeira condemnação irrevogavel, fôra absurdo, uma vez que se exhibe a sentença condemnatoria anterior, expôr a fé d'este acto ás incertezas de uma deliberação do jury, e pôr de novo em problema uma verdade irrefragavel¹.

67. Não duvidamos que a primeira d'estas duas razões possa ter algum valor á vista da legislação criminal franceza, e que por conseguinte seja n'ella bem fundada a doutrina acima proposta; parece-nos porém evidente, que não poderia esta prevalecer entre nós sem uma inversão completa de todas as ideias recebidas e consagradas a respeito pela nossa legislação. Como dizer-se, á vista do nosso Codice Criminal, que a reincidência não é uma *circumstancia aggravante* do delicto? Como, á vista dos arts. 60 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, e 368 do Reg. nº 120 de 31 de Janeiro de 1842, deixar de submeter aos jurados a apreciação d'essa *circumstancia*²? E se a reincidência não é uma *circumstancia moral*, nem *material* do crime, pergunta mui bem Carnot, como applicar-se-lhe uma pena, quando não se trata senão da repressão do crime ao qual se pretende liga-la? Ainda quando se não considerasse a reincidência como uma *circumstancia aggravante* do delicto, observa o mesmo criminalista, pareceria sempre mais natural que o jury, chamado a julgar o facto da accusação, o fosse tambem a pronunciar-se sobre todas as *circumstancias* que a elle viessem ligar-se. Mas não: é mister convir

¹ Chauveau, Theor. do Cod. Penal fr., cap, 9, nº 490; Merlin, Repert. v. Recidive nº 6.

² De accordo com a legislação citada, expressamente prescreve o Formulario Official sobre a marcha dos processos criminaes, que se proponha ao jury — se o réo commetteo o facto criminoso com reincidência, tendo antes d'este facto praticado outro da mesma natureza.

que, se a reincidência é estranha ao facto material da accusação, pelo contrario é inteiramente ligada á moralidade do agente que o praticou, segundo já tivemos occasião de notar; e como o delicto é um composto indivisivel do facto material e da intenção, segue-se que a circumstancia da reincidencia, achando-se ligada a este ultimo elemento, não póde ser estranha ao facto criminoso do delicto. Com razão pois, quanto a nós, a enumera o nosso Codigo entre as circumstancias aggravantes dos crimes propriamente ditos; e o que com ella succede, verifica-se tambem a respeito de outras circumstancias mais, como, por exemplo, a noite e o lugar ermo, que sendo tambem independentes do facto material, todavia ligam-se ao crime como outros tantos indicios de um caracter mais perverso no delinqüente.

68. Sem duvida a questão de saber se ha reincidencia, não é uma questão puramente de facto, visto que a ella se póde ligar um ponto de direito; mas, além de que a mesma cousa póde dar-se tambem a respeito de outras circumstancias, parece-nos que não é isto motivo plausivel para subtrahir-se ao jury o conhecimento de nenhuma d'ellas, sendo precisamente n'estes e outros casos semelhantes que o juiz de direito, entre nós, deve prevalecer-se da attribuição que lhe confere a Lei de 3 de Dezembro de 1841 no art. 46, § 3º — de instruir os jurados, dando-lhes explicações sobre os pontos de direito relativos ao processo.

69. Quanto á segunda razão allegada, ella deve sem duvida embaraçar duplicadamente aos que pretendem que não póde existir reincidencia sem o requisito de uma sentença condemnatoria anterior, pela razão que acima indicámos (nº 49). Quanto a nós porém, que entendemos ser dispensavel e dispensado pelo nosso Codigo semelhante requisito, parece-nos que, dada a hypothese em que elle se verifique, não deve o respeito e a inviolabilidade da cousa julgada estender-se ao ponto de ligar em todo caso os juizes que houverem de julgar da reincidencia, tornando necessaria e fatal a aggravação das penas em consequencia do julgamento anterior. Por quanto, se a legitimidade, se o erro d'esse

juízo forem reconhecidos, como não admittir-se aqui em favor do réo já condemnado, a necessidade de uma limitação aos efeitos da coisa julgada? Cedendo a esta necessidade, igualmente imposta pela justiça e pela humanidade, o Código de Bade expressamente dispõe — que os tribunales chamados a pronunciarem-se sobre a existencia da reincidencia podem (unicamente no ponto de vista da questão de reincidencia) submeter a um novo exame o julgamento anterior, se sua legitimidade lhes parecer duvidosa. — E tal nos parece ser a verdadeira doutrina.

70. Debalde se allegaria contra isto o inconveniente possivel de uma segunda decisão contraria á primeira com prejuizo da coisa julgada. Esta allegação teria grande peso, se a injustiça na oppressão systematica da innocencia não fosse o maior de todos os inconvenientes, e se afinal de contas pudesse prevalecer contra uma doutrina particular uma objecção que a cada passo se póde oppôr ao regular exercicio da justiça humana, cujos erros e contradicções são inevitaveis. Assim pois, ou consultemos o nosso direito criminal positivo, ou investiguemos os fundamentos razoaveis em que elle se basea, parece que em todo caso devemos ter como assentado que aos juizes de facto, e não aos de direito é que compete declarar a existencia da reincidencia, como circumstancia aggravante do crime.

71. Taes são as questões mais interessantes que sobre a materia da *reincidencia* se podem suscitar, e sobre as quaes julguei necessario demorar um pouco a vossa attenção.

FIM

INDICE DAS MATERIAS

AO LEITOR	4
Extracto do parecer aprovado pela Congregação dos Lentes da Faculdade de Direito do Recife sobre as obras do autor	6

LIÇÃO SOBRE O ARTIGO 1º DO CODIGO CRIMINAL

SUMMARIO. — 1. A lei não tem efeito retroactivo. — 2. Importancia d'este principio na applicação da lei penal. — 3. Razão que teve o legislador de o consagrar expressamente. — 4. Porque não basta a lei natural para a qualificação das acções puniveis. — 5. Excepções ao principio da não retroacção da lei penal, tiradas do fim da mesma lei. — 6. Continuação da mesma materia. — 7. Critica ao legislador brasileiro por considerar synonymas as palavras crime e delicto, e divergencia dos autores a este respeito. — 8. Justificação da synonymia estabelecida pelo legislador	15
---	----

DO DELICTO E DO DELINQUENTE

LIÇÃO PRIMEIRA

DO DELICTO CONSUMMADO

SUMMARIO. — Definição do delicto. — Elementos que o constituem. — Exame do elemento material. — Impunidade absoluta do pensamento justificada. — Phases do delicto desde o simples pensamento até a sua consummação. — Impunidade da resolução criminosa exigida pelo mesmo interesse social ainda quando manifestada. — Confirmação d'esta doutrina pelo Codice. — Actos preparatorios do delicto. —	
---	--

Difficuldade em distingui-los dos actos de execução. — Diferença real que separa uns dos outros. — Inconvenientes que resultariam da punição geral dos actos preparatorios. — Impunidade d’elles consagrada em regra pelo Codigo. — Excepções diversas a essa regra. — Só o principio de execução do delicto reclama geralmente o exercicio da justiça social. — Delicto consummado. — O procedimento ulterior do delinquente não influe em sua culpabilidade. — Necessidade de não confundir o resultado que se espera do delicto com a sua execução. — A justiça e o interesse social podendo ser offendidos tanto pela acção como pela omissão, posto que não no mesmo gráo. — Se se deve considerar delicto a omissão do que, podendo, não obsta ao delicto praticado por outro. — Exame do elemento moral do delicto. — Sua importancia capital em relação ao outro elemento. — O que seja vontade, e o que devemos entender por acção ou omissão voluntaria. — Fundamento da imputabilidade das acções humanas. — Remissão ao art. 3º para o desenvolvimento das questões relativas ao elemento moral do delicto. — Para que a acção se considere delicto é mister que seja *contraria* a uma lei *penal* propriamente dita. — Corollario d’esta doutrina, e sua utilidade pratica. — Existencia de outras leis penaes fóra do Codigo 30

LIÇÃO SEGUNDA

DA TENTATIVA

SUMMARIO. — Recapitulação de doutrina. — Definição da tentativa segundo o Cod. — Correlação de ideias entre os termos tentativa e intenção. — Consequencias a tirar d’ahi. — Nos delictos culposos não se póde dar tentativa. — Exame dos elementos constitutivos da tentativa. — Actos exteriores, actos preparatorios. — Necessidade de recorrer á *theoria* para determinar os caracteres d’esses actos, e separa-los do principio da execução. — Confirmação pelo Codigo da doutrina já exposta quanto á impunidade geralmente concedida aos actos

preparatorios. — Do principio de execução. — O Direito Romano nenhum auxilio offerece para se fixarem os caracteres distinctivos dos actos que o constituem. — Theoria dos antigos criminalistas a respeito, e insufficiencia d'ella, não obstante terem-na mais ou menos adoptado alguns Codigos modernos. — Theoria do conde de Rossi. — Regra a que ella conduz, de applicação difficil e sujeita á excepções. — Desinvolvimento da materia e exemplos. — Impossibilidade de determinar *á priori* de uma maneira absoluta os caracteres precisos do principio de execução. — Só a apreciação de cada caso, confrontado com a definição do delicto, pôde habilitar-nos a decidir se a execução foi principiada ou só preparada. — Distincção mantida entre os preparativos e o principio de execução. — Advertencia aos juizes. — Critica que se pôde fazer ao Cod., e justificação de sua disposição. — Difficuldade em distinguir o crime principiado e o crime consummado. — Meio de nos sahirmos d'ella. — Da possibilidade da desistencia voluntaria, segundo elemento essencial da tentativa. — A justiça e o interesse social reclamam uma pena para a tentativa interrompida por circumstancias fortuitas, mas não para a que o é por vontade do agente. — Discussão a respeito e dissidencia com alguns criminalistas. — Para que a tentativa fique impune não é mister que a vontade do desistente seja pura em seus motivos. — Se devemos ou não presumir que a desistencia foi voluntaria. — A impunidade concedida pela lei á tentativa voluntariamente suspensa é só relativa ao delicto que o agente tinha principado a executar, e não ao que por ventura tenha commettido com o seu principio de execução. — Nova difficuldade na apreciação dos actos que constituem a tentativa 49

LIÇÃO TERCEIRA

DA TENTATIVA (CONTINUAÇÃO)

SUMMARIO. — Diferenças que se podem notar na execução do crime desde o principio até a integridade da execução, e quaes devam ser

consideradas pelo legislador. — Do crime frustrado, ou tentativa completa. — Distracções e denominações diversas. — Confusão pelo nosso Código do crime frustrado e da tentativa incompleta ou verdadeira tentativa. — Critica de alguns autores, e apreciação d'ella. — Justificação do Código com esclarecimento da materia por via de exemplos. — Se a tentativa de uma cousa impossivel em si mesmo, ou só pela natureza dos meios empregados deve ser punida. — Exame e solução da questão. — Se para punir-se o cumplice de uma tentativa é mister que elle tenha tomado parte no principio de execução. — Exame e solução. — O Jury deve ser consultado explicitamente sobre todas as condições de facto, que a lei exige como constitutivas da tentativa. — Impossibilidade de substituir nos quisitos as expressões da lei por outras equivalentes. — O individuo accusado de um crime pôde ser julgado e condemnado só como criminoso da tentativa d'elle, se só isto resultar dos debates. — Não se devem considerar tentativas de crimes certos actos praticados no transporte da colera, mas puni-los pelo que são em si mesmos. — Delictos cuja tentativa é quasi impossivel. — Justificação do Código quanto á isenção da pena para a tentativa dos menores delictos. — Observação final para a boa intelligencia do § 2º do art. 2º..... 72

LIÇÃO QUARTA

DO ABUSO DE PODER E DA AMEAÇA

SUMMARIO. — DO ABUSO DE PODER. — Critica de que é susceptivel o Código por incluir o abuso de poder na qualificação geral dos delictos. — Opinião do Dr. Mendes da Cunha e divergencia nossa. — Justificação plausivel do Código. — Excellencia do § 3º do art. 2º quanto ao fundo da disposição. — Definição do abuso de poder *lato et stricto sensu*. — Duas especies de abuso de poder propriamente dito. — Fundamento da disposição do Código a respeito de ambas. — Falsa illação que se poderia tirar das ultimas expressões do § 3º. — Distincção necessaria

entre os direitos e os interesses dos cidadãos. — A utilidade publica jámais pôde autorisar a violação dos primeiros. — Desenvolvimento e justificação d'esta doutrina. DA AMEAÇA. — Maior facilidade de justificar o Codigo emquanto inclue a ameaça na qualificação geral dos delictos. — Doutrina de Chauveau e Helie e do conde Rossi sobre a punição da ameaça. — Regeição. — Verdadeira, talvez, com referencia ao Codigo Penal francez, essa doutrina é manifestamente inadmissivel entre nós. — O Codigo brasileiro, punindo a ameaça, não pune a resolução criminosa, mas pune um facto em si mesmo immoral e nocivo. — Desenvolvimento e sustentação da opinião por nós adoptada. — Importancia pratica d'esta discussão pelas consequencias diversas das duas doutrinas.— Opinião de L. Zuppeta e do Dr. Mendes da Cunha acerca da ameaça. — Refutação de ambas. — Remissão ao art. 207 do Codigo..... 92

LIÇÃO QUINTA

DO DELINQUENTE

SUMMARIO. — Necessidade do art. 3º do Codigo. — Consequencias falsas que sem elle se poderiam deduzir do art. 2º, § 1º. — O legislador as previne estabelecendo a má fé como o estado psychologico em que actualmente deve achar-se o autor de uma infracção para ser considerado delinquente. — Justificação d'este grande principio. — Posto que facil á primeira vista, elle offerece todavia graves difficuldades em sua applicação. — Necessidade de entrar por isso no exame dos dous elementos que constituem a má fé. — Analyse dos differentes estados do entendimento em relação ás circumstancias de um facto qualquer. — Distincção entre o voluntario perfeito e o voluntario imperfeito. — Reconhecimento e adopção d'esta distincção pelo Codigo. — Definição da ignorancia e do erro, que, differentes entre si, confundem-se quando considerados como principio das acções. — Varias especies de ignorancia segundo os Jurisconsultos e os Moralistas.

— Ninguém póde ser responsavel pela ignorancia invencivel, mas sómente pela vencivel. — Se é possível admittir em Direito Criminal essa distincção, quer a ignorancia recaia sobre o facto, quer sobre o direito. — Regra geral do Direito Romano e fundamento d’ella. — Da maxima *nemo jus ignorare censetur*, e se ella é absoluta e inflexivel em todos os casos. — Opinião affirmativa de Dalloz e de Rossi com referencia ao Direito Penal. — Impugnação d’essa opinião, e necessidade de discutir a materia. — Distincção estabelecida a respeito pela legislação romana. — Adopção d’essa distincção por varios Jurisconsultos modernos. — Citação de Ortolan. — Impossibilidade de acceitar a opinião particular d’este criminalista. — Citação de Guyot e de Burlamaqui. — Desinvolvimento da opinião d’estes escriptores pelos Theologos e Moralistas catholicos. — Se é possível ignorar a mesma lei natural, e se essa ignorancia póde ser completa e invencivel. — Solução resumida da questão proposta. — Acceitação implicita pelo Codice da solução por nós adoptada. — Accepções differentes em que se póde tomar a ignorancia de direito. — Exame da intenção como segundo elemento da má fé, e observação prévia sobre ella. — Definição da intenção, e distincção entre o voluntario directo e voluntario indirecto. — Outra distincção consequential entre o dolo e a culpa, o delicto verdadeiro e o quasi delicto. — O conhecimento e a intenção devem estender-se á acção criminosa e ás suas circumstancias accessorias. — Deve tambem a intenção acompanhar a acção no momento mesmo em que é praticada. — Pouco importa porém, que o facto material e a intenção recaiam sobre a mesma pessoa que o agente tinha em vistas, ou sobre outra qualquer. — Questão acerca da culpabilidade nos delictos cujas consequencias excederem a intenção do agente. — Solução de Ortolan, e divergencia d’ella. — Se a boa intenção e a boa fé devem considerar-se como causas exclusivas da criminalidade. — Se o principio consagrado no art. 3º póde offerecer materia para quesitos ao jury. — Controversia e solução..... 108

DOS RESPONSÁVEIS NOS CRIMES

DE LIBERDADE DE EXPRESSAR OS PENSAMENTOS

LIÇÃO PRIMEIRA

SUMMARIO. — 1. Excellencia do pensamento. — 2. Necessidade da palavra para sua comunicação e aperfeiçoamento. — 3. O pensamento e a palavra dous direitos inseparaveis do homem. — 4. A escriptura, a imprensa, a lithographia e a gravura novos e poderosos meios de manifestar e conservar o pensamento. — 5. Impunidade absoluta do pensamento intimo. — 6. Intervenção da lei humana no acto de sua manifestação por escripto. — 7. Objecção e refutação. — 8. Sentido dos termos *acto* e *acção* entre os Romananos e outros jurisconsultos mais modernos. — 9. O pensamento manifestado pela linguagem fallada ou escripta, verdadeira acção susceptivel de ser punida pela lei. — 10. Necessidade de um prejuizo para que possam as palavras e os escriptos ser criminados e punidos. — 11. Se ha delictos da imprensa verdadeiramente perniciosos. — 12. Opinião dos ultra-liberaes. — 13. Refutação. — 14. Novos argumentos e resposta a elles. — 15. Necessidade indeclinavel para a sociedade de impedir a licença dos tribunos e dos escriptores. — 16. Dous systemas para esse fim se apresentam, a censura previa e a repressão judiciaria. — 17. Breve apreciação a respeito, e adopção do segundo systema pela nossa lei fundamental. — 18. Impossibilidade para os legisladores de renunciar absolutamente aos meios preventivos afim de impedir os delictos da imprensa. Dous ordens de leis que d'ahi derivam. — 19. Identidade substancial do papel que representam na comunicação do pensamento a palavra e os auxiliares da escriptura, da imprensa, etc. Diferenças mais ou menos accidentaes que entre elles se podem assignar. — 20. Corollario que d'ahi se deriva quanto á natureza dos delictos da palavra, da escriptura, da imprensa, etc., etc. — 21. Será

essa natureza identica á dos crimes ou delictos communs? Opiniões de publicistas francezes sobre este ponto. — 22. Particularidades que fazem dos delictos da palavra e da imprensa uma classe de infracções á parte, uma classe de delictos *sui generis*. — 23. Em que participam elles com tudo da natureza geral dos mais delictos chamados communs. — 24. Determinação de um character peculiar dos delictos da escriptura e da imprensa proveniente da lei que os rege. Desinvolvimentos. — 25. Continuação, e justificação da publicidade ou *manifestação publica* do pensamento como circumstancia que deve *em regra* caracterisar esses delictos. — 26. Accordo do nosso Codigo Criminal com esta doutrina. Corollario pratico que d’ella se deduz, e excepções relativas á injuria e á calumnia. — 27. Em que consiste a publicidade exigida pela lei como condição ou elemento constitutivo do abuso punivel na communicação do pensamento. — 28. Conveniencia de uma lei especial para os delictos da imprensa. Opiniões oppostas dos nossos legisladores successivamente manifestadas na Lei de 20 de Setembro de 1830 e no Codigo Criminal. — 29. Faltas em que este cahio com o systema de fuzão adoptado, e inconvenientes que d’ahi resultam. — 30. Disposições especiaes ou singulares, a que teve de recorrer em satisfação ás exigencias da propria natureza das cousas, e que serão apreciadas na analyse successiva dos cinco §§ do art. 7º..... 158

LIÇÃO SEGUNDA

SUMMARIO. — 1. Correlação entre as ideias de responsabilidade e de liberdade. — 2. Applicação d’este principio pela Constituição e desinvolvimento pelo Codigo Criminal em materia de communicação dos pensamentos. — Será ella satisfatoria? — 3. Exposição do systema do Codigo e justificação partial do mesmo. — 4. Critica d’esse systema emquanto isenta da responsabilidade o impressor, mostrando este obrigação escripta de editor idoneo. — Disposição contraria do Direito Romano e das antigas legislações da Alemanha da França, preferivel. — 5. Objecções dos coripeus do liberalismo contra a applicação d’esse

direito aos delictos da imprensa. — *Apreciação.* — 6. Opinião exagerada de B. Constant, combatida por Guizot e de Serres, e regeitada pela lei franceza. — 7. Desinvolvimento e apreciação do assumpto por Chassan. — 8. Continuação e conclusão do autor em sentido favoravel á referida lei. — 9. Accordo da legislação ingleza com a franceza sobre o mesmo ponto. — 10. Divergencia e critica d'essas legislações. — 11. Analyse do delicto da imprensa e applicação exacta da theoria do direito penal commum, segundo Rossi e Ortolan, dando aos impressores a qualificação de autores do delicto. — 12. Insufficiencia da qualificação de cúmplices, que lhes attribuem as sobreditas legislações. — 13. Objecção de B. Constant reproduzida por Chassan. — Refutação da doutrina de ambos tambem professada por R. Phillips. — 14. Continuação. — 15. Receio dos escriptores francezes a prevalecer a doutrina que defendemos com as patentes dos impressores. — Transacção repellida. — 16. Nova objecção tirada da profissão mercantil dos impressores e resposta a ella. — 17. Reconhecimento dos verdadeiros principios por Chassan, e opposição infundada á sua applicação. — 18. Poder da imprensa para não necessitar de favores. — 19. Ultima objecção e resposta. — 20. Necessidade de occupar-se tambem com a honra da imprensa, e de reforçar o systema de repressão que a rege, erigindo em principio a responsabilidade principal do impressor. — 21. Determinação do verdadeiro sentido em que se deve tomar a doutrina por nós sustentada. — 22. Volta ao exame e critica do art. 7 § 1 do nosso Codigo. — Contraste entre a sua disposição e a natureza das cousas. — 23. Tributo pago pelo legislador ás ideias do seu tempo, e deploraveis consequencias que d'ahi tem resultado. — 24. Preoccupação excessiva que o impedio de ver a criminalidade do impressor. — O máo escripto comparado á moeda falsa. — 25. Bom caminho em que entrou o Codigo do Processo, e necessidade de adiantarmo-nos n'elle. — 26. Questão sobre a natureza do ministerio do impressor, e opinião excentrica dos ultraliberaes a respeito. — 27. Refutação e regeição. — 28. Determinação do sentido

legal da palavra — impressor. — Intelligencia abusiva que se lhe tem dado. — 29. Continuação da mesma materia. — 30. O impressor do art. 7 § 1 é, e deve ser o mesmo dos arts. 303 e 304. — 31. Applicabilidade ao gravador e ao lithographo do que se diz a respeito do impressor. — 32. Exame dos trez requisitos exigidos na pessoa do editor, para que a sua responsabilidade desonere o impressor. — 33. Exame do primeiro requisito, e justificação d'elle. — 34. Opinião do Dr. Mendes da Cunha sobre o sentido da expressão — *pessoa conhecida*. — Divergencia. — 35. Determinação do sentido verdadeiro a dar á essa expressão. — 36. Exame do segundo requisito. — Razão que teve o legislador para exigilo como meio de reforçar o primeiro. — 37. Variabilidade da residencia. — Enfraquecimento da garantia, e grave questão que d'ahi decorre. — 38. Opinião do Dr. Mendes da Cunha, a respeito. — 39. Dissidencia de nossa parte, e motivos em que ella se funda. — 40. Exame do terceiro requisito. — Fraqueza notoria da garantia que elle offerece. — 41. Corollario importante que d'ahi se deve não obstante tirar. — Desinvolvimento e justificação da doutrina do legislador, n'esta parte. — 42. Limitação feita ao mesmo requisito; motivos em que se basêa, e como deve ser entendida 180

LIÇÃO TERCEIRA

SUMMARIO. — 1. Razão de ordem. — 2. Definição da palavra *editor*, e quem seja elle. — 3. Papel do editor nos delictos da imprensa. — Legislação romana a seu respeito. — 4. Exposição do direito francez segundo Chassan. — Diferença entre a imprensa ordinaria e a imprensa periodica. — 5. Discussão e motivos de preferencia pela lei que rege esta ultima. — 6. Direito do nossoCodigo. — Critica, e remissão á Lição primeira. — 7. Questão sobre a fórmula da obrigação do autor para desonerar o editor. — 8. Solução da pratica sobre ella. — Opinião theorica em contrario. — 9. Regeição d'esta opinião no ponto de vista do direito constituido, e razões justificativas da pratica. — 10. Continuação do mesmo assumpto. — 11. A limitação ou excepção

expressada no § 1 em favor do editor deverá subentender-se em favor também do autor? — Opinião do Dr. Mendes da Cunha pela negativa. — 12. Refutação e rejeição d'ella. — 13. Analyse do § 3 relativo ao autor responsável. — Qualidades que deve ter. — 14. Opinião do Dr. Mendes da Cunha sobre o empenho do legislador em descobrir e punir o autor. — Motivos de divergencia. — 15. Theoria sobre o papel do escriptor nos delictos da imprensa. — Afastamento do nosso Codigo, e juizo a este respeito. — 16. Analyse do § 4. — Nova classe de responsaveis nos delictos da imprensa. — 17. Legislação de Roma sobre os vendedores de libellos. — Modificação d'ella pelas nações modernas. — Condições para a responsabilidade dos vendedores e distribuidores. — 18. Primeira condição segundo o nosso Codigo. — Explicação. — 19. Sentido legal da palavra — constar.— 20. Confirmação pela legislação da França. — Responsabilidade solidaria do impressor com o vendedor nos impressos clandestinos. — 21. Divergencia entre os publicistas francezes quanto ao character de criminalidade dos vendedores. — Inutilidade d'esta questão entre nós. — 22. Critica do Dr. Mendes da Cunha quanto á isenção de responsabilidade concedida ao vendedor quando consta quem seja o impressor. — Acquiescencia e rectificação nossas. — 23. Disposição das legislações da França e da Inglaterra em sentido contrario. — Doutrina de Chassan sobre a cumplicidade do vendedor. — 24. Rejeição d'essa doutrina, e opinião conforme de Chauveau e Faustin Hellie. — 25. Doutrina dos jurisconsultos inglezes e aresto no mesmo sentido. — 26. Segunda condição para a responsabilidade do vendedor ou distribuidor, e justificação. — 27. A residencia do impressor em paiz estrangeiro deverá isenta-lo de responder pelos impressos juntamente com o vendedor? — Discussão e solução negativa. — 28. Terceira e ultima condição da responsabilidade do vendedor e distribuidor — condemnação anterior dos impressos. — Motivos. — 29. Conformidade da legislação franceza menos quanto ás penas a impôr. — Distincção de Chassan, e justiça que haveria em ser ella adoptada. — 30. A sentença condemnatoria de um impresso terá

autoridade de coisa julgada a respeito da reimpressão e distribuição do mesmo impresso? — Opiniões oppostas de Chassan e Grattier.— 31. Determinação do sentido d'esta questão entre nós, e facilidade de resolve-la segundo a nossa legislação. — 32. Será permittida, em face do nosso Codigo, a reimpressão de obras já condemnadas? — Discussão, e resposta pela negativa. — 33. Responsabilidade inevitavel e solidaria do vendedor e distribuidor de taes obras no caso de reimpressão. — 34. Determinação do sentido em que se devem tomar os termos *vendedor* e *distribuidor*. — Diferença entre a legislação franceza e a nossa sobre este ponto. — 35. Erro que haveria em trazer para o § 4, como absolutamente indispensavel o requisito das 15 pessoas, expresso no seguinte. — 36. Analyse do § 5. — Gravidade muito menor do facto por elle previsto. — 37. Intelligencia e verdadeiro alcance do § 5. — 38. Condição para a responsabilidade dos communicadores de manuscriptos. — Nenhuma distincção se deve fazer quanto á residencia do autor d'elles. — 39. Critica do Codigo emquanto isenta da responsabilidade o communicador provando o requisito exigido no paragrapho. — 40. Quid acerca dos manuscriptos já condemnados? Exame e solução da questão 225

LIÇÃO QUARTA

SUMMARIO. — 1. Objecto do art. 8 do nosso Codigo. — Divisão do assumpto. — 2. Sentidos differentes em que se póde tomar a *cumplicidade*. — 3. É no sentido estricto ou juridico que a emprega o nosso artigo. — 4. Os delictos da palavra e da imprensa excluirão por sua natureza a cumplicidade? — Legislações romana e da França testemunhando o contrario. — 5. Esforçou do Dr. Mendes da Cunha em sustentação do disposto na primeira parte do art. 8. — Generalidades. — Observação. — 6. Verdadeiro ponto da questão. — Argumento do mesmo escriptor. — 7. Refutação. — O exemplo de todos os legisladores e a propria moral protestando contra esse argumento. — 8. Objecções do Dr. Mendes em defeza da sua opinião. — 9. Apreciação e

resposta.— 10. Nova objecção e resposta a ella. — 11. Epilogo e divergencia nossa. — Verdadeiro character e motivo da disposição do Codigo. — 12. Principio director que encerra a segunda parte do art. 8. — Reflexões sobre a Hermeneutica. — 13. Ideia da interpretação, e regra que dahi decorre indicada pelo legislador. — Desinvolvimento e justificação.— 14. A quem incumbe a prova da intenção dos discursos ou escriptos. — Pactos d’onde póde ella decorrer. — 15. Pratica seguida na França a este respeito. —Disposição do art. 240 do nosso Codigo. — 16. Motivos de escusa inadmissiveis por parte dos accusados. — 17. Algumas regras de interpretação para os juizes. — 18. O jury será competente para interpretar os escriptos e conhecer da intenção dos accusados? — Controversia, e dissidencia nossa das opiniões emittidas. — 19. Conclusão e <i>desideratum</i> 280	
APPENDICE	313
AO LEITOR	320

DA REINCIDENCIA

LIÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

SUMMARIO. — Reincidencia. — Sentido litteral da palavra. — A reincidencia sempre foi considerada como uma causa de aggravação das penas aos delinquentes. — Fundamento d’esta opinião. — Character da reincidencia segundo a legislação romana e outras legislações antigas. — Objecções contra o principio da aggravação das penas inherente á reincidencia. — Refutação d’estas objecções. — Limitação posta a esse principio por alguns autores. — Divergencia e interpretação do nosso Codigo. — Outra limitação e refutação d’ella. — Condições necessarias para se dar a reincidencia. — Sentido legal ou juridico da palavra, definição. — O que devemos entender por delictos

da mesma natureza? — Opiniões dos autores e disposições das legislações estrangeiras. — Interpretação de nosso Código, e determinação do sentido legal da expressão. — Convem dar por base á reincidência a identidade dos delictos? — Opinião affirmativa de alguns escriptores, e refutação d'ella. — O systema das reincidencias geraes ou absolutas é mais razoavel e preferivel ao das reincidencias especiaes. — Será necessaria a existencia de uma sentença condemnatoria anterior para se dar entre nós a circumstancia aggravante da reincidencia? — Exame e refutação da opinião geral que se pronuncia pela affirmativa. — Interpretação e verdadeira intelligencia de nosso Código. — Dever-se-ha levar em conta o espaço de tempo decorrido entre os delictos? — Exame d'esta questão, e decisão pela negativa. — A prescripção e a graça não obstem á reincidencia, mas obsta-lhe a amnistia. — Dever-se-ha attender á differença dos lugares onde os delictos foram commettidos? — Exame da questão, e solução negativa. — Novas limitações postas á reincidencia, regeição de umas, e adopção de outras. — A quem competirá estatuir sobre a existencia da reincidencia? — Exame d'esta questão, e solução a ella dada 322