

Roberto Lyra

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

Volume II
Artigos 28 a 74

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ROBERTO LYRA

Comentários
ao
Código Penal

(Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

VOL. II

Arts. 28 a 74

FORENSE

RIO

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ADVERTÊNCIA

Nesta nova tiragem da 2.^a edição foram conservadas as indispensáveis alterações de ordem normativa e as citações de jurisprudência confiadas a auxiliares.

Na próxima edição, o autor reexaminará a substância da obra, para adaptá-la à evolução de seu pensamento e às novas perspectivas.

Rio, junho de 1958.

PRINCIPAIS LIVROS JURÍDICOS DO PROF. ROBERTO LYRA

- "Condição Moral e Jurídica do Encarcerado" — Rio, 1924 — Estudos do problema penitenciário.
- "O Amor e a Responsabilidade Criminal" — São Paulo, 1932.
- "Psicanálise do Sensacionalismo" — Rio, 1933.
- "Economia e Crime" — Rio, 1933 — Tese de concurso.
- "O Ministério Público e o Júri" — Rio, 1933.
- "Os Crimes Passionais e a Civilização Contemporânea", de ENRICO FERRI — Tradução e prefácio, São Paulo, 1934.
- "Pontos de Direito Penal" (fasc. 1 a 7) — Rio, 1935.
- "O Suicídio Frustrado e a Responsabilidade dos Criminosos Passionais" — Rio, 1935.
- "O Ensino do Direito Penal e a Doutrina Contemporânea" — Rio, 1935.
- "O Beijo como Atentado ao Pudor" — Rio, 1936.
- "Delinquência Infantil e Juvenil e Criminalidade por Meio da Imprensa" — Rio, 1936.
- "Direito Penal" (Parte Geral — 1.º volume) — Rio, 1936.
- "Do Dolo no Crime de Defloração" — Rio, 1936.
- "Euclides da Cunha Criminologista" — Rio, 1936.
- "Novas Escolas Penais" — Rio, 1936.
- "Tobias Barreto, o Homem Pêndulo" — Rio, 1937.
- "Teoria e Prática da Promotoria Pública" — Rio, 1937.
- "Polícia e Justiça para o Amor" — Rio, 1937.
- "Direito Penal" (Parte Geral — 2.º volume) — Rio, 1938.
- "Nuevas Escuelas Penales" (Tradução argentina de ENRIQUE RAMOS MEJIA — Buenos Aires, 1938).
- "Euclides da Cunha e a Sociologia Criminal" — Rio, 1938.
- "Noções de Sociologia" — Rio, 1938.
- "Pontos de Direito para Uso de Detetives, Guardas, Polícia-Especial, Agentes da Polícia Marítima e Dactiloscopistas" — Rio, 1940.
- "Crimes contra a Economia Popular" — Rio, 1940.
- "Escola Penal Brasileira" — Rio, 1940.
- "Comentários ao Código Penal" (1.ª edição) — Rio, 1942.
- "O Livramento Condicional e o Direito Transitório" — Rio, 1943.
- "A Justiça Social e a Prevenção da Criminalidade" — Rio, 1943.
- "Comentários ao Código de Processo Penal" — Rio, 1944.
- "Noções de Direito Criminal" (Parte Especial — 1.º volume) — Rio, 1944.
- "Noções de Direito Criminal" (Parte Especial — 2.º volume) — Rio, 1945.
- "Introdução ao Estudo do Direito Criminal" — Rio, 1946.
- "A Obra de Rui Barbosa em Sociologia e Direito Criminal" (Introdução — Seleção e Dicionário de Pensamento) — Rio, 1949.
- "A Expressão mais Simples do Código Penal" (Parte Geral) — Rio, 1949; 2.ª edição, Rio, 1950.
- "Teoria e Prática Penitenciária" — Rio, 1951.
- "A Obra de Silvio Romero em Criminologia e Direito Criminal" (Introdução — Seleção e Dicionário de Pensamentos) — Rio, 1949.
- "A Expressão mais Simples do Direito Penal" — Rio, 1953.
- (Não estão incluídos inúmeros artigos, conferências, discursos, entrevistas etc., publicados na imprensa e nas publicações jurídicas.)

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Comentários ao
CÓDIGO PENAL

Volume II

PLANO GERAL DA COLEÇÃO

Vol. I — Min. NÉLSON HUNGRIA

Tomo I: Arts. 1 a 10

Tomo II: Arts. 11 a 27

4.^a ed. — 1958

Vol. II — Prof. ROBERTO LYRA

Arts. 28 a 74

2.^a ed. — 1958 (2.^a tiragem)

Vol. III — Min. NÉLSON HUNGRIA

Arts. 75 a 101

4.^a ed. — 1958

Vol. IV — Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO

Arts. 102 a 120

4.^a ed. — 1958

Vol. V — Min. NÉLSON HUNGRIA

Arts. 121 a 136

4.^a ed. — 1958

Vol. VI — Min. NÉLSON HUNGRIA

Arts. 137 a 154

4.^a ed. — 1958

Vol. VII — Min. NÉLSON HUNGRIA

Arts. 155 a 196

2.^a ed. — 1958

Vol. VIII — Min. NÉLSON HUNGRIA e
Des. ROMÃO CORTES DE LACERDA

Arts. 197 a 249

4.^a ed. — 1958

Vol. IX — Min. NÉLSON HUNGRIA

Arts. 250 a 361

1.^a ed. — 1958

TÍTULO V

DAS PENAS

CAPÍTULO I

Das penas principais

Penas principais

*Art. 28. As penas principais são:**I, reclusão;**II, detenção;**III, multa.*

DIREITO ANTERIOR — Consolidação das Leis Penais, art. 43.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “As penas principais estabelecidas para os delitos são: 1.º a morte; 2.º o ergástulo; 3.º a reclusão; 4.º a multa” (art. 17). *Código polonês*: “As penas principais são: a) a pena de morte; b) a prisão; c) o arresto; d) a multa” (art. 37). *Código cubano*: “Em relação às pessoas naturais, as sanções aplicáveis são: a) sanções principais são: 1) morte; 2) reclusão; 3) prisão; 4) *arresto*; 5) arresto em fortaleza militar; 6) interdição absoluta; 7) interdição especial; 8) suspensão; 9) multa...” (art. 51). *Código argentino*: “As penas que este Código estabelece são as seguintes: reclusão, prisão, multa e inabilitação” (artigo 5.º). *Código peruano*: “As únicas penas e medidas de segurança que podem ser impostas são as de internação, penitenciária, relegação, prisão, expatriação, multa e inabilitação” (art. 10). *Código dinamarquês*: “As penas ordinárias são: a prisão, a detenção simples e a multa” (art. 31). *Código uruguaio*: “São penas principais: penitenciária, prisão, desterro, inabilitação absoluta para cargos, ofícios públicos e direitos políticos, inabilitação especial para algum cargo ou ofício público, inabilitação especial para determinada profissão acadêmica, comercial ou industrial, suspensão de cargo, ofício público

ou profissão académica, comercial ou industrial, multa" (art. 66). *Código chinês*: "As penas principais são as seguintes: 1.º a morte; 2.º a prisão perpétua; 3.º a prisão temporária de dois meses no mínimo e 15 anos no máximo, mas, se se verifica redução ou agravamento da pena, pode-se reduzi-la aquém de dois meses e elevá-la até 20 anos; 4.º a detenção de um dia no mínimo até menos de dois meses, mas, se se verifica agravamento, pode ser elevada até quatro meses; 5.º a multa de um *yen* pelo menos".

BIBLIOGRAFIA — SAINT EDMÉ, *Dictionnaire des Peines*, Paris, 1840; ROEDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre delito y la pena*, Madri, 1876; FERRI, *Dei sostitutivi penali*, Turim, 1880; NAPOLANO, *La Dottrina della Pena*, Nápoles, 1891; TARDE, *La Philosophie Pénale*, Lião, Paris, 1892; TARDE, *Les Transformations du Droit*, Paris, 1893; LEVI, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, Turim, 1903; MITTON, *Tortures et Supplices à travers les âges*, Paris, 1908; PRINS, *La défense social et les transformations du droit pénal*, Bruxelas, 1910; WINES, *Punishment and Reformation* (Punição e Reforma), New York, 1910; H. LAURENT, *Les châtiments corporels, la peine capitale, le fouet aux apaches*, Paris, 1912; H. LAURENT, *Le fouet contre le crime*, Paris, 1913; ASCHAFFENBURG, *Crime and its Repression*, Boston, 1913; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, Madri, 1913; IVES, *A History of Penal Methods*, Londres, 1914; LUÍS EUGÊNIO DE MORAIS COSTA e AGENOR FRANCISCO DE MACEDO (curso de LIMA DRUMMOND), *Noções de Direito Criminal* (Penologia), Rio, 1914; CAMPUZANO, *La Nueva Penología según las leyes de su desenvolvimiento histórico*, Madri, 1915; DORADO, *El Derecho Protector de los criminales*, Madri, 1916; LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, Madri, 1916; MAKAREWIEZ, *La evolución de la pena*, Madri, 1917; PARMELEE, *Criminology*, New York, 1918; WINES, *Punishment and Reformation*, New York, 1919; DE FRANCESCO, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, *Riv. it. dir. pen.*, 1919, 1, pág. 105; CUELLO CALÓN, *Penología*, Madri, 1920; GRISPIANI, *La sanzione criminale nel moderno dir. repressivo*, *Scuola Pos.*, 1920, págs. 4 e 395; CECCHI, *Il lato causale della pena*, *Riv. pen.*, XCI, 1920, págs. 225 e segs.; EMÍLIO COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bolonha, 1921; TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Nápoles, 1921; ROUX, *La défense contre le crime*, Paris, 1922; BATTAGLINI, *La pena in rapporto alle sanzioni penali e amministrative*, *Rev. dir. pub.*, 1924, 394, fascs. 7 e 8; ANDRÉ TOULEMON, *Le Progrès des Institutions Pénales*, Paris, 1928; FAUSTO COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, BOCCA, 1928; TALLACK, *Penological*, Londres, 2.ª ed., 1928; GIROLA, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, *Riv. Dir. Pub.*, 1929, pág. 429; GIVANOVICH, *Sanction criminelle*, em *Problèmes fondamentaux de Droit Criminel*, Paris.

1929; QUINTILIANO SALDAÑA, *Nueva Penología*, Madri, 1931; BENVENUTO, *La pena e le misure di sicurezza*, Messina, 1931; ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Annuario R. Università di Sassari*, 1933; BELLONI, *Pene e misure di sicurezza*, Milão, 1934; ATALIBA NOGUEIRA, *Pena sem prisão*, Rio, 1938; LEVI, *Pene pecuniarie e sanzioni pecuniarie extra penali*, Scritti per il Cinquantenario della "*Rivista Penale*", pág. 574; JOLY, *Le combat contre le crime*, Paris, s. d.; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Muñoz, Madri, 1935, 2.º, págs. 343 e 344.

COMENTARIO

SUMARIO: 1. Introdução. 2. História da pena. 3. Filosofia da pena. 4. Doutrina da pena. 5. A pena no Direito brasileiro anterior. 6. A pena no Código de 1940.

1. A palavra *pena* vem do latim, segundo uns, de *poena* (castigo, suplicio), segundo outros, de *pondus* (pêso), porque, na balança da Justiça, seria necessário equilibrar os dois pratos. Há quem atribua, porém, ao vocábulo, origem grega — *ponos* (trabalho, fadiga), ou o filie ao sânscrito — *punya* (pureza, virtude). No sentido medieval de expiação, os partidários dessa última etimologia poderiam invocar a procedência da expressão *expiar*, do grego *eus* (pius) — bom, religioso, afável. Expiar seria, pois, fazer bem, converter em bom, corrigir. Não se deve esquecer que PLATÃO e, contemporaneamente, ROEDER julgavam a pena um bem.

O estudo da pena, especialmente pelo aspecto filosófico e pelo aspecto sociológico adquiriu tal importância que já se sustenta a necessidade de uma ciência autônoma da penalidade — *penologia*¹ — com objeto próprio, isto é, "o estudo filosófico, histórico, científico, jurídico" das penas e medidas de segurança, bem como das instituições incumbidas de velar pela efetiva readaptação dos egressos. Depois que a história e o direito assumiram, dentro da sociologia, a dignidade de ciências, o científico envolve, também, o histórico e o jurídico.

¹ O termo *penologia* foi empregado, pela primeira vez, por FRANCIS LIEBER, em 1834. LIEBER, que não era criminalista, foi precursor da individualização.

Há especialistas que sustentam, pelo hábito de ver no seu mundo todo o mundo: crime e pena, como fenômenos *sociais* de natureza bem distinta, não se podem compreender na mesma disciplina; a ciência da pena não pode ser a ciência do crime, seu oposto. Por isso, impor-se-ia a penologia como ciência explicativa igual à sua irmã uterina — a criminologia. Não é, também, a penologia uma parte da sociologia criminal.² O próprio FERRI, fundador da sociologia criminal, concordou em eleger a palavra *criminologia*, criada por GAROFALO, para designar mais claramente a ciência integral da criminalidade (bio-social e jurídica), reservando-se, na prática, o título *sociologia criminal* para a parte da criminologia que estuda, com o auxílio das estatísticas e dos inquéritos monográficos, as causas e as manifestações sociais do delito, enquanto a antropologia criminal, elaborada por LOMBROSO, estuda as causas e as manifestações individuais somáticas e psíquicas.³

A sociologia criminal é, porém, a ciência integral da criminalidade e portanto, da penalidade — fenômenos sociais, sob todos os aspectos, inclusive o biológico, condicionado ao sociológico.⁴

2. As primeiras leis foram leis penais. Nas sociedades primitivas, o direito era inteiramente penal. A primeira lei que se impôs aos legisladores e aos juizes, antes de fixar os direitos, foi a de aplicar penas.⁵

Nascendo com a sociedade e evoluindo à sua imagem e semelhança, o crime é conceituado e punido de acordo com

² Ver as opiniões de VON LISZT, ALLFELD, HOWARD, WINES, GRISPIGNI, ROCCO, SALDAÑA, CUELLO CALÓN (*apud* ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, Rio, 1936, 1.º vol., págs. 6 e 7).

³ Prefácio ao livro *Mesures de Sûreté*, RABINOWICZ, Paris, 1929.

⁴ "O crime é um produto social. Robinson Crusoe só na ilha não podia cometer crimes", repetiu o técnico jurídico CARNELUTTI, *Teoria Generale del reato*, Pádua, 1933, pág. 73.

⁵ GARRAUD, DURKHEIM e TOULEMON são os responsáveis por estas três sentenças, baseadas na história (*apud* ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, Rio, 1936, vol. I, pág. 21).

os fundamentos de cada organização social. Provêm da sociedade, direta ou indiretamente, as suas causas e manifestações. Finalmente, é em nome da sociedade, tal como foi constituída em tempo e espaço determinados, para seu bem e sua ordem, que se recorre à pena. Comina-se, aplica-se, executa-se a pena em função da sociedade, que cria os choques de interesses, os exemplos de fraude e violência, os motivos e os instrumentos do crime.

Os resíduos paleontológicos, documentando, com as mutilações e cicatrizes nos ossos humanos e as armas ofensivas, a frequência das agressões, não elucidam a forma da justiça penal. Só a observação da vida dos selvagens contemporâneos conferiu base às hipóteses sobre as condições da existência primitiva.

A justiça penal, na mais rudimentar forma, já era a expressão espontânea, inevitável, irremediável do instinto de conservação do aglomerado, reagindo contra toda ação danosa ou perigosa. O crime constituía sempre, mediata ou imediatamente, atentado às conveniências predominantes.^{5-a}

Mas a história do direito penal primitivo é o corpo de delito de um estelionato. Inculcando-se representantes dos Deuses afeiçoados aos interesses dominantes na terra, desde os clãs aos impérios, os aproveitadores, a pretexto de derivar a cólera das alturas, coonestaram os privilégios.

Uma vez adquirida a consciência de sua própria vida, a tribo trata de defender-se contra os que recusam obediência às convenções ou as transgridem. Desde que uma família se torna um núcleo de humanidade, surge o sentimento de defesa. Tanto assim que, nas tribos sem chefe ou sem o sentimento do agregado, a reação opera-se individual, transitória e indisciplinadamente.

No interesse da defesa contra o inimigo externo aparece, com a autoridade e a consciência coletiva, a compreensão de que as vinganças individuais, arbitrárias e excessivas pre-

^{5-a} Dir-se-á que, na união social pré-histórica, o crime seria o atentado à divindade, e a pena, antes de tudo, um sacrifício.

judicam o grupo. Em consequência, é limitada e regulada a reação. Os súditos são considerados propriedade do chefe. Matar ou inutilizar qualquer deles equivale a lesar o chefe. Os maus tratos aos escravos, diminuindo o seu valor, prejudicam o proprietário.

A lesão do membro de uma tribo, causada por membro de outra, dá lugar à vingança de sangue exercida de tribo a tribo.

No grupo simples e homogêneo, como a horda primitiva, a repulsa ao agressor externo interessa a todos. Mas, quando um grupo conquista e incorpora outros grupos, formando um agregado complexo, ou em virtude de guerras intestinas e outras razões, no seio do mesmo grupo formam-se classes dominantes e dominadas, a repulsa ao agressor externo traz vantagens para uns e prejuízos para outros. Nos povos antigos, em que a escravidão era geral, repelir um inimigo externo podia ser útil aos senhores e prejudicial aos escravos à espera de liberdade ou concessões. De qualquer forma, nenhum benefício aquinhoava o escravo que passava de um para outro senhor, salvo o de assistir o senhor atual reduzido à mesma sorte pelo vencedor.

Estreitaram-se e consolidaram-se depois os laços da comunhão, muitas vezes ameaçada diretamente pelo criminoso. A coletividade (família, clã, tribo) absorveu a reação, tornando pública a vindita, sobretudo em relação aos atos de guerra (traição, deserção, destruição e sustração de armas, incêndio), ou relativos à subsistência (armazéns protegidos pelo tabu, gados, animais domésticos).

A limitação da vingança visava à eficiência do grupo para a guerra, que exigia o concurso de todos os homens válidos.

Mesmo a reação imediata, exercida individual ou domesticamente, conciliava-se, em última análise, com o interesse comum, neutralizando ou impossibilitando a reincidência, intimidando o ofensor, e servindo de exemplo.

A história do direito penal é, comumente, dividida em cinco períodos: da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, humanitário e científico.

Em cada um deles teria predominado o princípio que lhe dá o nome. Mas, esgotado um princípio animador, outro sucedia como único inspirador. Ainda aceitos, para fins didáticos, esses períodos, não se substituem inteiramente, nem, quando um aparece, pode considerar-se extinto o precedente.

Em cada um, se bem predomine uma idéia, com esta convivem outras, não só diversas, mas até contrárias. Ainda hoje subsistem inúmeros preceitos multiseculares, como os relativos aos crimes de ação privada e à correção doméstica.

O talião, aplicado apenas aos atentados contra a pessoa da mesma raça, constituiu importante conquista, estabelecendo proporcionalidade entre ação e reação. O instituto da legítima defesa e outras *retaliações* guardam vestígios do talião.⁶

Outro progresso, no período da vingança privada, foi a composição (*compositio*). O ofensor compra a impunidade ao ofendido, ou seus representantes, com dinheiro ou gado, armas, utensílios, à maneira das indenizações da vida, e, mesmo, da honra em vigor nos nossos dias (multas, dotes à ofendida nos crimes sexuais, reparação do dano em geral).

O mais antigo monumento da legislação criminal é o *Código de Hammurabi*, do século XXI a. C., segundo GRISIGNI. Adotou os institutos do talião e da composição e manteve o caráter teocrático e sacerdotal da justiça primitiva.⁷

⁶ No Êxodo encontra-se esta forma do talião: "*Reddes animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, adustionem pro adustione, vulnus pro vulnere, livorem pro livore*" (cap. 21, vers. 23).

⁷ Esta oração dos semitas babilônicos traduzida por DELITZCH revela, inconfundivelmente, o espírito da época: "... Tornel eu inimigos o pai e o filho, o irmão e o irmão, ou o amigo e o amigo? Não libertei o prisioneiro, não desatlei o que estava atado, não pus em liberdade o que estava na prisão? Resisti ao meu Deus ou desprezei a minha Deusa? Roubei terras alheias, ou entrei com sinistra in-

O primado da vindita privada revelar-se-ia nas leis de Moisés, nos livros de HOMERO, mesmo nos costumes primitivos de Roma, da Gália e dos escravos.

Caracterizando, já, o período da vingança divina, surgem, sobretudo no Oriente, preceitos inspiradores da vida higiênica, familiar, econômica, moral, jurídica, política.

No século XI a. C. aparece o *Código de Manu* (Mânava, Dharma-Sastra), com exclusivo caráter religioso, teocrático e sacerdotal, sem referência às conquistas do talião ou da composição. Todo crime constitui pecado (ofensa à divindade), exigindo a purificação do criminoso por meio de penas cruéis e exemplares, como: cortar o dedo aos ladrões, e, em caso de reincidência, pé e mão; cortar, a língua a quem insultasse um *regenerador*; queimar o adúltero em cama ardente; entregar a adúltera aos cachorros.

O talião voltou a ser norma nas primitivas leis da China e em outros exemplares persas e egípcios.

Sob a concepção teocrática do crime e da pena, a jurisprudência constituía ciência sagrada interpretada e aplicada pelos sacerdotes. A penalidade revestia-se de caráter simbólico, tocada de crueldade.

“tenção em casa do meu vizinho? Cheguei-me à mulher de meu “próximo? Derramei o sangue de qualquer homem, ou roubei-lhe “o fato?”

Pelo *Código de Hammurabi*, se alguém tirar um olho a outro, perderá o próprio olho; se alguém quebrar um osso a outro, parte-se-lhe um osso também; se o mestre-de-obras não construiu sólidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto, e, se fôr morto o filho do proprietário, será morto o filho do construtor (§§ 196, 197, 229 e 230).

No século XIV A. C., a legislação mosaica repete o talião, copiando de *Hammurabi* a lenda sobre a criação do mundo. Assim se concretizava a aplicação do talião no *Levítico*: o que tiver causado a morte a uma pessoa, seja morto; quem tiver causado a morte a algum animal, pagará animal por animal; quem fizer alguma lesão corporal no seu semelhante, sofrerá o mesmo da vítima: ruptura por ruptura, olho por olho, dente por dente (cap. XXIV, verss. 17 a 20) (ROBERTO LYRA, ob. cit., vol. 1.º, págs. 182 e 183).

Ao período da vingança divina, teria sucedido o da vingança pública, sobretudo na Grécia.

CARONDA, ZALEUCO, LICURGO, SOLON, DRACON, os seus maiores legisladores, conceberam o crime como destino, numa antevisão do determinismo.

A repressão atendia, também, ao interesse do Estado. Daí a distinção entre crime público e crime privado, segundo a importância do interesse ofendido, e a regulamentação da vindita privada. Subsistiam, pois, as formas primitivas da vindita privada e da vindita divina, surgindo, numa diferenciação bem clara, como consequência da idéia de Estado, a vingança pública.

SOLON chegou à intuição de uma justiça social, que contrasta com a vindita privada, de que fala a *Ilíada*, e êsses extremos permitem situar, na Grécia, tôdas as tendências do direito penal, num quadro em que à barbaria primitiva se reúnem os sinais da organização contemporânea.

Roma acolheu a vindita, o talião e a composição (lei das XII tábuas). Há quem conteste a autenticidade dessa lei (JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1952, pág. 109). Com a evolução, definindo-se o Estado, surgiu a distinção sistemática entre crimes públicos e privados, êstes de mera significação doméstica ou pessoal, aquêles, como a deserção, a traição, o furto de gado, o furto sacrílego, a danificação das estradas e edifícios públicos, afetavam a máquina oficial.

Finalmente, a pena tornou-se, em regra, pública, desenvolvida a distinção entre crimes legítimos, extraordinários, privados, populares. Os crimes militares, por exigência da defesa contra o inimigo externo, mereciam cuidados especiais. Refletiam-se, por outro lado, nas leis, nesse, como nos outros aspectos, as condições sociais e políticas do Estado.

Aliás, o direito penal romano conheceu três espécies de disciplinas: a doméstica, a comum, a militar.

A pena e o processo variavam, se se tratasse de livre ou escravo, ou, em especial, segundo as diversas hierarquias sociais. Essa desigualdade era norma.

Nos *Libri Terribiles* (Digesto) sente-se, até, a preocupação pelas causas do crime.

O direito germânico atravessou a fase religiosa, a que sucedeu a noção do caráter público e leigo da pena.

A vindita (privada) pertencia ao ofendido, ou a seus parentes (de sangue), nos crimes privados. O criminoso podia escapar pela composição, privativa da comunidade nos crimes públicos (violação do sepulcro, traição, deserção, ultraje à divindade). O delinqüente ficava, nesses casos, sujeito à morte aplicada por qualquer um, considerado fora da lei, sem pátria e sem família.

Bem definiram os germanos a distinção entre crimes desonrosos e não-desonrosos, segundo o grau de perversidade, o motivo, a execução e a conduta posterior, e entre crimes voluntários (ruptura da paz) e não-voluntários, êstes punidos pecuniariamente. O Estado, tutor da paz, disciplinava a vindita privada.

Por outro lado, predominava o elemento objetivo do crime (gravidade do dano ou ofensa), enquanto, entre os romanos, avultava o elemento subjetivo.

O direito canônico restabeleceu o conceito de expiação ou penitência (pena) do pecado (crime), condenando a vindita e conferindo tôda importância ao elemento subjetivo, com base no livre arbítrio. Há, entre os padres da Igreja, algumas idéias de humanização e de espiritualização das penas revestidas do verdadeiro espírito cristão.

Até hoje, conservam-se as expressões *castigo*, *culpa*, *penitência*, bem como o valor atribuído à confissão.

O elemento histórico das instituições do direito penal obedece, em regra, à influência do direito romano, germânico e canônico. Impõe-se, por isto, fixar o papel desempenhado na evolução jurídico-penal pela sistematização das normas contidas nessas três direções dominantes do período da vingança pública, iniciado, como vimos, na Grécia.

É exagerada a conhecida afirmação de CARRARA: “os romanos, gigantes do direito civil, pigmeus no direito penal”.

Nos primeiros tempos, apresentam-se de um lado a instituição religiosa da *sacratio capitis* para o *parricidium* e para o *perduellio* e, de outro, a instituição política da *provocatio ad populum* como juiz supremo.

A primeira manifestação da lei escrita é o Código das XII tábuas.

O talião, nos moldes adotados — *si membrum rupit ni cum eo pacit talio est*, — não encerra a vingança do sangue à maneira dos povos germânicos.

Nem o talião é a vingança, mas a medida grosseira e material da pena. A condição de *ni cum eo pacit* demonstra que, excluídos os crimes graves e capitais, a punição dependia das partes.

O princípio religioso enfraquecia cada vez mais e à *sacratio capitis* sucede a *aquae et ignis interdictio*, como pena gravíssima para os *civis romanus*.

A série das *Leges Corneliae* e das *Leges Juliae* formam o núcleo de que partiu a legislação posterior.⁸

A *majestas populi romani* e a *salus rei publicae* constituíam o fundamento do castigo dos delitos graves nos juízos públicos e, ante o princípio da inviolabilidade do Estado, foi quase escrita com caracteres de sangue a *Lex Julia de majestate*.

⁸ Mencionamos, já os *Libri Terribiles* (livros 47 e 48 do *Digesto*, 530-533 A. C.), aos quais aludiu JUSTINIANO: "*Et post hoc duo terribiles Libri positi sunt pro delictis privatis et extraordinariis nec non publicis criminibus*".

O livro 47 trata dos crimes privados e extraordinários e o livro 48 do processo (juízo público, acusação, guarda dos imputados, inquirição, tortura, penas e confisco).

As principais leis são: *Lex Capurnia repetundarum*, que deu origem às *questiones perpetuae*; *Lex Plautia de vi*; *Lex Fabia de plagio*; *Leges Corneliae repetundarum, majestatis, de sicariis, de falsis*; *Leges Juliae Caesaris repetundarum, de vi, majestatis*; *Lex Pompeia de parricidiis*; *Leges Juliae Augusti judiciorum publicorum, ambitus, de sacrilegio, de peculatu et residuis, de vi publica, de vi privata, majestatis, de adulteriis, de fraudata annona*.

O direito penal propriamente dito, isto é, o dos juízos públicos, fundava-se no interesse do Estado.

Na época imperial, culminou o castigo dos delitos de lesa-majestade.

A penalidade, em geral, tornou-se inexorável, para livres e escravos, estabelecendo-se uma só distinção de classes sociais: *honestiores et humiliores*.

O direito criminal de JUSTINIANO obedece ao princípio seguinte: a conservação do Estado é o fundamento da punição.

Com a queda do Império, dominou o direito germânico.⁹

Embora o conceito religioso da penalidade fôsse próprio da vida primitiva dos germanos, estes, ao contrário dos romanos, atendiam ao princípio individualista. Primitivamente, as questões resolviam-se pelas armas, como exigência do caráter e da índole da raça, confiando-se ao próprio braço a sustentação dos direitos, mas, quando os germanos se converteram ao novo dogma, surgiram as *ordálias* ou *juízos de Deus*, as provas da água fervente, do fogo da cruz etc., e, por último, o *duelo judiciário*.

A sorte das armas avultava como instituição jurídica. Os contendores transformavam-se em combatentes, diretamente, ou por intermédio de campeões. O juízo proclamava a vitória, segundo o resultado da luta, reconhecendo o direito da força.

Com o Cristianismo, a justiça penal recebeu a projeção do *Jus Ecclesiasticum* ou *Jus Canonicum*.

Os cânones proibiam as *ordálias* e o *duelo judiciário*, renascendo o orientalismo. A penitência evita a morte da alma,

⁹ Suas fontes são: algumas leis antiqüíssimas da Escandinávia, como *Gragas*, da Islândia; *Gutalagh*, da Dinamarca; *Gulathing* e *Frostathing*, da Noruega, e a lei de *Ostgothand*, da Suécia; as leis compiladas dos antigos costumes dos germanos propriamente ditos, em latim bárbaro, que, com o nome de *Leges Barbarorum*, foram recompiladas por CACCIANO, e, finalmente, as *capitulares* dos francos.

TÁCITO, na *Germânia*, já descrevia o chamado direito germânico arcaico.

libertando-a da escravidão do pecado. A pena redime, regenera, purifica, com o cunho e a finalidade espirituais de justa retribuição, de reparação, pela subordinação da vontade ao império da lei, pelo arrependimento e conseqüente aperfeiçoamento.

Os historiadores do direito penal assinalam, em Roma, o princípio social; na Germânia, o princípio individual. No direito canônico, de parte a confusão entre crime e pecado, há um fundo teórico digno de maior respeito e, mesmo, da meditação contemporânea.

Só a Deus caberia punir e premiar os homens, dêle emanando todo o poder humano — *Omnis potestas a Deo* — exercido na terra pela Igreja, por delegação divina.

O principal problema do direito canônico, ainda atual na teoria e na prática da justiça penal, é o livre-arbítrio, segundo o qual, embora tôda vontade humana descenda de Deus, o homem é sempre livre de escolher entre o bem e o mal. Torna-se o homem responsável pelos seus pecados (crimes), porque tem a liberdade de abster-se.

O Deus cristão não é impiedosamente vingativo, como a divindade pagã, mas, bom e piedoso, e, se sujeita o réu a sofrimento, é para que a dor o redima, tornando-o puro e capaz de comparecer diante de Deus.

A pena, como notamos, constitui penitência para o Cristianismo; entretanto, êsse conceito no encerra sòmente castigo, mas, também, redenção e experiência espiritual.

A influência da teologia cristã sôbre o direito penal operou a equiparação, oriunda dos povos orientais, entre os conceitos de pecado e de crime.

Realizou o direito canônico, por outro lado, a determinação da medida da pena, segundo a intenção criminosa, sem indagar da objetividade do crime. Como se confunda pecado e crime, a intensidade da culpa para com Deus (pecado) pode medir-se pela intensidade intencional. Lògicamente, a ação criminosa é punida, segundo a maior ou menor gravidade da intenção.

A base doutrinária do catolicismo teve o seu doutor máximo em SANTO AGOSTINHO.

Quem desobedece a Deus incide no pecado, contra o qual Deus instituiu as penas terrenas e celestes, que, para serem justas, devem corresponder ao delito. Não há necessidade, contudo, como no talião, de absoluta proporção entre a pena e o crime.

Conquanto a pena seja, para SANTO AGOSTINHO, retribuição, ele não nega a sua função utilitária. Na *Cidade de Deus*, o fim do Estado é a paz terrena e, embora esta seja sempre relativa, indubitavelmente contribui a seu favor a pena infligida contra o perturbador — o delito.

A pena é, em substância, um dos meios de que se pode servir o Estado para obter a manutenção da paz terrena.

O conceito moral confunde-se, em SANTO AGOSTINHO, com o conceito da utilidade política da pena.

Para SANTO TOMÁS a *necessidade do direito de punir* provém da existência da lei.

A pena é um meio inerente à lei natural e humana. Só o temor assegura a sua observância, donde a razão intimidativa da pena, que tem ainda efeito educativo e corretivo, altamente moral. Penetrando a natureza intrínseca da pena, insiste em que ela deva corresponder ao mal do crime em qualidade ou intensidade.¹⁰

Os três períodos (vingança privada, vingança divina, vingança pública) constituem o direito penal primitivo.

No seu processo evolutivo, através da história, a vingança privada, o talião (o seu limite) e a composição (a sua

¹⁰ "O direito repressivo moderno conduz os traços inapagáveis da teologia cristã e o conceito do crime e da pena é modelado, na alma popular, pela noção do pecado e da penitência. As idéias modernas sobre a emenda do criminoso e sua reabilitação estão impregnadas do dogma da redenção que promete o perdão da falta e concede a salvação à contrição mesmo perfeita. Não seria, talvez, um paradoxo sustentar que foi unicamente pelo direito revolucionário que essas altas concepções penetraram no direito penal leigo" (GARÇON, *Le Droit Pénal*, Paris, 1922, pág. 84).

transformação econômica) são as três fases da penologia antiga.

Denomina-se sentimental esse período primitivo, porque, nêle, só o sentimento impulsiona a justiça humana, sob o domínio da vindita nas suas diferentes modalidades.

A multiplicidade das jurisdições, a lentidão e os abusos do processo secreto, complicado, arbitrário, os constrangimentos sem regra à liberdade individual, os privilégios na execução das penas, a atrocidade dos suplícios — eis a realidade que inspirou a instauração de um ciclo novo: o período humanitário.

Iniciou-o BECCARIA, mal saído da menoridade, com o seu opúsculo imortal *Tratado dos Delitos e das Penas*. Suas idéias entraram na doutrina e tornaram-se clássicas.

BECCARIA confessou a ascendência de ROUSSEAU e de MONTESQUIEU, sendo que, baseado no primeiro, colocou esta tese fundamental: diante do delito, há duas partes: o soberano, que afirma a violação do contrato social, e o acusado, que a nega. É preciso que, entre os dois, exista um terceiro, para decidir a controvérsia. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças não devem sofrer apelação, e cuja tarefa é simplesmente resolver se há ou não delito.

Na conclusão do livro, publicado em 1764, BECCARIA resume o seu programa para evitar o castigo como mero ato de violência: o julgamento deve ser público, pronto, necessário, proporcionado ao delito, ditado pelas leis e o menos rigoroso possível nas circunstâncias dadas.

Os ideais de BECCARIA foram consagrados pela Revolução Francesa, figurando, na *Declaração de Direitos*, estes preceitos:

“Art. 7.^o Ninguém pode ser acusado, prêso ou detido, “senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas “por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou “fazem executar atos arbitrários devem ser punidos, mas todo “cidadão chamado ou atingido pela lei deve obedecer imediatamente, tornando-se culpado pela resistência.

“Art. 8.^o A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias. Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

“Art. 9.^o Todo homem é presumido inocente até que seja declarado culpado e, se indispensável a sua prisão, todo vigor desnecessário, para segurar a sua pessoa, deve ser severamente reprimido pela lei”.¹¹

As conquistas do período paraninfado por BECCARIA e continuado pela escola clássica trouxeram a minoração e a humanização das penas, a abolição, aliás eventual, da pena de morte em alguns países, e, noutros, a restrição de sua aplicação, o desaparecimento das penas corporais e infamantes, a construção de novas prisões, com cuidados higiênicos, a cogitação da reforma dos condenados, com o sistema correcional e a assistência aos egressos.

A criminalidade, no entanto, recrudesceu, revelando a sua gravidade nas reincidências freqüentes. Abstraindo do estudo do criminoso, na aplicação da pena e no tratamento carcerário, distribuindo tôda a massa da delinquência, em tipos abstratos passíveis de penas generalizadoras, sem atender à personalidade de cada um, a realidade impunha novos rumos.

Começou, então, com CESARE LOMBROSO, o período científico, sob os auspícios da escola positiva.¹²

3. O fundamento da pena, que não resulta de um conceito jurídico, mas de um conceito político,¹³ foi conduzido para a abstração filosófica. Formaram-se, a respeito, teorias

¹¹ Sobre a obra de BECCARIA e da escola clássica em geral ROBERTO LYRA, *Novas Escolas Penais*, Rio, 1936, pág. 40; *Nuevas Escuelas Penales*, trad. esp. de MEJIA, Buenos Aires, 1938.

¹² Sobre a obra de LOMBROSO e da escola positiva em geral, ROBERTO LYRA, *Novas Escolas Penais*, Rio, 1936; *Nuevas Escuelas Penales*, trad. esp. de MEJIA, Buenos Aires, 1938.

¹³ TOBIAS BARRETO, *Menores e Loucos e Fundamento do Direito de Punir*, ed. do Estado de Sergipe, 1926, pág. 149.

que sòmente são classificáveis para fins didáticos, tantas as sutilezas das opiniões e dos pontos de vista.

Que é pena? Como se deve punir? É justo punir? Não foi BECCARIA, como se costuma afirmar, quem procurou uma razão para o direito de punir, assumindo a responsabilidade de desviar o pensamento jurídico de suas missões práticas e diretas, cada vez mais urgentes, mais importantes, mais difíceis. O convite às abstrações inconseqüentes, que preteriram, até o advento da escola positiva, os critérios científicos, veio da filosofia metafísica para o direito e já preocupava PITÁGORAS, PLATÃO e ARISTÓTELES.¹⁴ No entanto, “como fato a pena não tem necessidade de ser justificada”.¹⁵ TOBIAS BARRETO, apesar de sua artificialíssima filiação, reconhece que “êsses chamados sistemas de direito punitivo devem ser “inteiramente banidos do estudo do direito criminal; todos “êles se propõem a resolver uma questão insolúvel, que, “quando mesmo fôsse resolvida, não alterava em coisa alguma a prática da justiça puniense”.¹⁶

Como esclarece RADBRUCH, “o problema do fundamento “da pena corresponde àquela determinada época histórica em “que o indivíduo enfrentou o Estado como coisa estranha”.¹⁷

Os princípios filosóficos já não são a base indispensável ou a premissa obrigatória dos estudos criminológicos. Investigar o fundamento do direito repressivo é tarefa inútil, quando a necessidade das sanções, que êsse direito estabelece, não se põe em tela. Se a defesa social reclama, iniludivelmente, o emprêgo de medidas coercitivas, a legitimidade destas não reclama demonstração.¹⁸

¹⁴ ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., vol. 1.º, págs. 227 a 229.

¹⁵ BELLONI, *Pena e misura di sicurezza*, Milão, 1934, pág. 12.

¹⁶ *Estudos de Direito*, ed. do Estado de Sergipe, 1926, 1.º, pág. 24.

TOBIAS considera insolúvel o problema, “uma espécie de adivinhação que os mestres se crêem obrigados a propor aos discípulos, acabando, uns e outros, no mesmo estado de ignorância”.

¹⁷ *Filosofía del Derecho*, trad. esp., Madri, 1933, pág. 212.

¹⁸ EUSÉBIO GÓMEZ, *La Función Social de la Pena*, em *Rev. de Criminología, Psiquiatria y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1.º, página 354.

Em geral, quando se tem perguntado pelo fundamento e o fim da pena, apresenta-se não já um problema interno do direito penal, mas um problema de filosofia jurídica, uma razão última que está acima da construção interna de qualquer direito dado.¹⁹

Os professores foram forçados a classificar as teorias sobre o fundamento e o fim do direito penal. Assim, distribuíram-nas, com mais ou menos arbítrio, porém a contento dos tratadistas e monografistas, que, indefectivelmente, repetem a sua divisão em absolutas relativas e mistas.

Tais teorias tiveram a sua idade de ouro no século XVIII, que, segundo CARRARA, foi o século desse problema.

Seriam absolutas as teorias que situam o fundamento e o fim da pena na natureza absoluta desta, sem indagar de sua justiça ou de sua utilidade. Pune-se *quia peccatum est*, porque a pena é justa em si. O crime, mais do que o pressuposto, seria o fundamento da pena, e esta, pura e simplesmente, a consequência jurídica, necessária e infalível do crime.

A característica das teorias absolutas seria o conceito de justiça, de retribuição do mal pelo mal — *malum propter malum, bonum propter bonum*. Esta a relação entre o delito e a pena — a retribuição.

As teorias relativas, abandonando o conceito da pena em si, justificada dogmáticamente, conferem-lhe um fim político e utilitário de ordem individual e social. Pune-se *ut ne peccetur*, adotando-se a pena, porque é útil, apreciando-se os seus resultados prováveis, como instrumento das conveniências sociais, como meio tutelar da segurança e da conservação coletivas. O crime afigura-se condição e pressuposto e não fundamento da pena, constituindo, muitas vezes, sintoma indicativo da existência de ulterior razão de punir.

As teorias relativas são preventivas ou da prevenção, quando atribuem à pena o fim de prevenir o crime futuro,

¹⁹ SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Córdoba, 1940. 2.º, pág. 326.

e reparadoras, quando visam reparar o dano resultante do crime ocorrido.

As teorias da prevenção dividem-se em gerais e especiais. São gerais, quando consideram a pena em face da coletividade, no momento preciso de exercer a sua ação intimidativa; são especiais, quando consideram a pena em face de determinado delinqüente, que já cometeu o crime, como meio idôneo de evitar a reincidência.

Em resumo, a prevenção geral encerra a função social; a prevenção especial, a função individual da pena.²⁰

As mais antigas teorias relativas, em regra unilaterais e insuficientes (defesa, intimidação, melhoramento), separavam êsses endereços. Mas, os seus atuais adeptos reuniram, no fim da pena, para atuação conjugada, o melhoramento e a intimidação do réu bem como a impossibilidade física de prejudicar.

As teorias mistas associam os diferentes pontos de vista e os princípios de justiça absoluta e do fim socialmente útil. Discute-se, preliminarmente, se é possível essa conciliação, através da teoria da união, ou se, ao contrário, tratando-se de coisas distintas a sua conjunção deve conservar os lineamentos originários (teoria da partição).

Nas teorias mistas ou sincréticas predomina, ora um, ora outro, dos princípios opostos. O delito é a razão da pena, a retribuição, o seu fim, mas, dêsse fim, participam a segurança da autoridade da lei e bem futuro da sociedade.

A frente das teorias absolutas está a que considera o crime como infração de preceito divino, a pena como imposição da divindade e a repressão exercida por delegação de Deus.

STAHL é o principal representante dessa teoria da retribuição divina, defendida, ainda, por JARCKE, BEKKER, BRUN.

²⁰ Os ingleses, em regra, consideram a prevenção geral o objetivo principal e incontestado da repressão (KENNY, *Esquisse du Droit Criminel Anglais*, trad. de ADRIEN PAULIAN, Paris, 1921).

BEKKER apresenta o conceito do delito conexo ao do Estado, mas a existência do Estado sobre a terra corresponderia à vontade de Deus. Para existir, o Estado deve combater as forças adversas e, precisamente, a dos que se opõem aos seus fins. Porque é necessário, deve o Estado, por mandamento divino, obedecer a certos fins.

Se o direito penal tem a sua origem em Deus, o seu ofício não se desenvolve sobre a terra. Os filósofos católicos sentiram essa realidade, quando atribuíram à Igreja missão terrena idêntica ou análoga à idéia de defesa social.

Figura, entre as teorias absolutas, a que considera o delito como violação da ordem moral, e a pena como compensação moral (KANT, MAMIANI, MANCINI). É esse um conceito puro e absolutamente moral.

Segue-se, entre as teorias absolutas, a que apresenta o crime como fato contrário ao direito e a pena como derivação dialética do conceito do direito, produzindo a compensação jurídica (HEGEL, MAYER, MAGGIORE).

Outra teoria absoluta justifica a pena como necessidade estética. A pena, por meio da retribuição, estabelece a justiça, no lugar da injustiça (HERBART, GEYER).

Finalmente, outros sustentam que o fundamento da pena é a força de purificação e de justificação emanada da dor, que purga, repara e faz expiar (KOHLEK).

Entre as teorias relativas, que atribuem um só fim à pena, está a do contrato social. Esse tem por fim a conservação dos contratantes e, aplicado à justificação do direito penal, oferece três aspectos: 1.º o direito penal não é senão o direito de defesa direta individual, cedido à sociedade pelos cidadãos, com reserva dele para si, caso a sociedade não possa protegê-lo; 2.º o indivíduo cede à sociedade, diretamente, o seu direito de punir o próprio ofensor; 3.º cada um renuncia, em proveito comum, parte dos seus direitos, para a eventualidade de ofender as leis da co-associação (ROUSSEAU, FICHTE).

Vem, a seguir, a teoria da prevenção geral, desdobrada nas teorias da intimidação, do constrangimento psicológico, da premunição, da defesa.

Pela teoria da intimidação, culmina a execução da pena, cercada da necessária publicidade para infundir terror, com o espetáculo do sofrimento que ela acarreta (GMELIN, FILANGIERI).

Pela teoria do constrangimento psicológico, a pena exercita a sua força moral preventiva de dois modos, isto é, com a ameaça do mal e com a irrogação do mal ameaçado (FEUERBECH, IMPALLOMENE).

Pela teoria da premunição, a lei deve advertir com a ameaça da pena a não-delinquir (BAUER).

A teoria da defesa demonstra que o delito põe em perigo as condições de existência do Estado. Este, como pessoa jurídica, tem, como toda pessoa, o direito de defender-se contra os indivíduos, ou os outros Estados, que o atacam. Portanto, tem o direito de defender-se contra o delito, e a sua defesa visa aos perigos futuros, e atua mediante a imposição de um mal ao autor do crime (ROMAGNOSI, SCHULTZE, MARTIN, RAUTER, LABORDE, ROSMINI, TAPARELLI, THYRÉN).

Entre as teorias da prevenção especial, o fim da pena concentra-se sobre o delinquente, para o qual não foi suficiente a ameaça. Assim, a pena torna-o para sempre, ou por certo tempo, inofensivo, fazendo-o experimentar, para efeito futuro, a sorte destinada a quem assim age (GROLMAN).

Outros sustentam que a prevenção especial deve ser conseguida mediante um melhoramento do delinquente (teoria do melhoramento e da emenda). A pena deve impedir a reincidência, mediante a emenda do culpado (STELTZER, KRAUS, AHRENS, GROOS, ROEDER).

A teoria do ressarcimento cogita dos efeitos do delito, atribuindo ao culpado, pela expiação da pena, o dever de ressarcir os danos morais ou ideais causados com o crime (mau exemplo, desprezo da lei, apreensão pública) (WELKER, GREGORACI, SPENCER).

BINDING inclui essa teoria entre as absolutas, aliás sem razão, porque o seu caráter é de prevenção especial, individual e restrito.

Entre os adeptos das teorias relativas, que atribuem vários fins à pena, sobressai, como autor de uma síntese orgânica e largamente difundida, pelo vigor de seu conteúdo, VON LISZT, que parte de VON IHERING.

O direito é a tutela dos interesses da vida humana; bem jurídico é um interesse protegido; todos os bens jurídicos são interesses da vida. Para VON LISZT, a ameaça da pena atua como advertência e intimidação para a generalidade dos cidadãos, evita a vingança do lesado ou do ofendido, melhora e equilibra o delinquente.

As teorias mistas floresceram, sobretudo, na França, por intermédio de ROSSI, GARRAUD, HAUS (belga), CHAUVEAU ET HÉLIE.

CARMIGNANI, que tanto influiu no pensamento francês, emprestou a sua autoridade a essa tendência mista.

A mais importante teoria mista é a de MERKEL, que defendeu, dentro da prevenção geral, o princípio da retribuição jurídica, concebendo a pena como justa retribuição, mas com o fim de manter no Estado as condições da vida social. A repressão das violações jurídicas serve, como toda atividade do Estado, aos interesses humanos, e nisso encontra a própria justificação. Mas, os interesses, a que a repressão serve, são os mesmos a que se refere a norma penal.

Como a execução, o ressarcimento e a restituição forçada, a pena pertence aos meios, segundo os quais o direito assegura, não só os interesses confiados à sua tutela, como a própria autoridade. Tal meio, porém, corresponde ao seu fim somente quando usado de acordo com o ponto de vista ético do povo, especialmente em relação à Justiça. Nessa modalidade, a pena obedece ao conceito de retribuição, quando se apresenta como reação ao autor do malefício.

A justiça e a retribuição não são o fim da pena, mas propriedade desta e condição necessária para a sua conformidade ao fim.

A pena é, pois, justa retribuição. No entanto, a idéia de retribuição, não exclui a de fim. Justiça e conformidade ao fim estão, dentro da esfera da atividade do Estado, na mesma relação recíproca. Na justiça não está o fim dessa atividade. Para atingi-la, importa atender ao sentimento de justiça do povo. O mesmo acontece às ações do indivíduo. Diz-se justo, não aquele que acolhe a justiça como fim de seus atos, mas aquele que, seguindo o seu fim, opera justamente.

A pena é considerada como meio para o fim do Estado, uma retribuição estatal, que se diferencia da norma da ação pura, porque o seu conteúdo e os seus limites são determinados pelo fim do Direito.

A doutrina de MERKEL encontra, na Alemanha, numerosos adeptos. Entre eles: LIEPMANN, STERN, KEHLRAUSCH, PPELIUS, CALKER, SCHMIDT, OETKER, GERLAND, ALLFELD-MAYER.

A teoria de BINDING assenta no direito do Estado à obediência dos cidadãos. O direito à pena é uma forma de direito do Estado à subordinação e à obediência. Da existência da norma, deriva para o Estado o direito à obediência. O delinquente, ao violar o seu dever de obediência, incide na sanção desse dever. Mas, essa sanção não se pode realizar à força, em é possível inutilizar, coativamente, um sentimento perverso, substituindo-o por uma vontade boa. Ao fim da pena não se pode transformar em bom o cidadão rebelde à ordem jurídica. Mesmo que se pudesse constrangê-lo à obediência para o futuro, a desobediência permaneceria.

Pena é a coação contra o delinquente. Esse desafiou a força da lei. A lei responde, submetendo-o, forçosamente, à sua soberania e ao seu poder. Outra resposta não é possível: significaria impotência. A pena é a conservação da força do direito, como submissão violenta do culpado ao braço vigoroso do Direito. É para o culpado sempre um mal e, consequentemente, é compensação do mal pelo mal e, como vitória a força do direito sobre o culpado, representa um triunfo do Direito.

Segundo essa concepção, encara-se a pena como *compensação* ou *satisfação*.

O direito do Estado de punir o delinquente deriva, imediatamente, da insubordinação, e existe, neste sentido, mesmo antes da lei penal. O direito de punir é uma consequência jurídica do delito, excluídos absolutamente todo critério de melhoramento e todo intento pedagógico.

Acrescenta BINDING que há, não somente o direito de punir, mas também o dever de punir. A pena representa um mal, não só para o delinquente que deve sofrê-la, senão também para o Estado, que tem de aplicá-la. Ela é um grave peso para o Estado, obrigado a suportá-la, se necessário, isto é, se representa para ele um dever. O Estado pode usar a pena, quando o mal de não-punir é maior do que o mal de punir.

O direito de punir é o direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coativa conservação do Direito.

A omissão da perseguição penal constitui um mal apenas se decorre da impotência da lei. O interesse do Estado à obediência não é sempre igual. O dever da pena é a expressão e a medida do interesse que o Estado atribui à obediência a cada lei, integrando-se pela necessidade de forçar essa obediência, para conservação da autoridade das leis violadas. Deve-se atender ao fato (delito) e não ao delinquente. Vale o princípio: igual culpa, igual pena.

FINGER acha a teoria de BINDING absoluta, quando declara o direito penal do Estado (no sentido subjetivo), e relativa, quando determina os princípios segundo os quais o direito do Estado à pena se torna um dever do mesmo.

MAYER é partidário do método de separar e distinguir os dois conceitos de justiça e de utilidade, confessando-se contrário às teorias mistas. Daí sua inclusão entre os partidários das teorias absolutas. Ele afirma que a justiça vale para explicar e justificar a pena do ponto de vista filosófico

e a prevenção especial é utilizada, quanto ao programa de execução da pena. Assim, as duas idéias são aproveitadas.²¹

Tôdas as teorias sôbre o fundamento e o fim do direito de punir podem ser concentradas em três idéias: justiça, ou expiação; defesa social, ou intimidação; contrato social.

A idéia de justiça, ou expiação, conduz a esta conclusão: o autor de um delito deve ser punido, porque é justo que o malfetor seja castigado e expie a sua falta; a pena deve ser proporcionada à gravidade dessa falta e só deve abranger os delinqüentes responsáveis, na medida de sua culpabilidade.

Considera-se essa idéia falsa e perigosa; *falsa*, porque cabe ao poder social não impor, pela força, o reinado da justiça em todos os atos, mas, respeitando a liberdade individual, enquanto o seu exercício não compromete a paz geral, limitar-se ao necessário à sua segurança; *perigosa*, porque a idéia de que tôda falta deve ser punida conduz, facilmente, à confusão da lei positiva com a lei moral e religiosa, e à violação da liberdade individual.

Pela doutrina da defesa social, a sociedade, atacada ou ameaçada pelos delinqüentes em sua segurança e nas condições essenciais de seu funcionamento regular, defende-se, primeiramente, impossibilitando os mais perigosos de tornar a prejudicá-la, com uma privação perpétua, ou temporária, de liberdade, e, em seguida, infligindo aos autores de infrações um mal, cuja ameaça e cujo temor são de natureza a impedi-los de recommear e a impedir aos outros de imitá-los: *punitur, non quia peccatum est, sed ne peccetur*.

Os adversários da doutrina da defesa social atribuem-lhe um perigo e uma lacuna; o perigo estaria na preocupação exclusiva da intimidação e da defesa da segurança pública no futuro, determinando um exagêro na penalidade e levando o legislador e os juizes, por temor da reincidência, a excesso de repressão; por outro lado, impõe o tratamento aos alienados, isto é, os indivíduos perigosos mas irresponsáveis,

²¹ Vide a documentação das teorias acima sintetizadas em FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale*, Milão, 1934, 1.º, 4.ª ed., pág. 64.

porque obedecem a uma força interior irresistível, como verdadeiros criminosos, confundindo, no mesmo tratamento, doentes, anormais e culpados. A lacuna consistiria em desconhecer o sentimento de justiça que exige se tenha em conta, no julgamento, a falta cometida, e não a falta a cometer. Visando à defesa social no futuro, só se toma em consideração o delito cometido, como critério da probabilidade de reprodução, expondo-se, de um lado, a exagerar a repressão e, de outro, a torná-la insuficiente e a suprimi-la, como fazem os positivistas, com os passionais e os ocasionais.

Tiveram grande relêvo e voga os livros de ROEDER, chefe do correcionalismo — *Resumo de Filosofia do Direito* (Madri, 1886) e *As doutrinas fundamentais reinantes sobre o delito e a pena* (Madri, 1899). Para ROEDER devia propor-se o Estado, não só à adaptação do delinqüente à vida social, mas ainda à reforma de sua vontade e à sua emenda íntima. Todo aquêlê que fizesse mau uso da liberdade deveria dela ser privado, na medida necessária, e equiparado ao menor como objeto de segunda educação. O fim da pena seria a correção do delinqüente, o que consultaria ao interêsse público. Assim, estimular-se-iam as conveniências morais e intelectuais da humanidade e a segurança pública do Estado. A pena produziria, disciplinarmente, a reabilitação moral do homem, mudando-lhe o caráter, para que venha a cumprir, convictamente, a lei moral.

Para o idealismo atualístico (GENTILE, CROCE, SPIRITO ORESTANO), a pena seria concebida e querida como ameaça utilitária para dissuadir os outros de realizar ações de certa classe, ou como empenho moral de melhorar a sociedade e o próprio indivíduo que errou, obrigando-o a cair em si e a emendar-se. Até a pena de morte poderia visar a êsse fim, e ter-se como bem empregada, se deu ou devolveu ao culpado, um dia, uma hora ou um instante de contato com o infinito.

Sustentam ainda que, como a imputabilidade, a penalidade é universal. Nenhum ser, nenhum homem pode subtrair-se à pena: o doente sob o instrumental cirúrgico, o po-

bre que se debate na miséria, o rico constrangido a humilhar-se. As penas seriam naturais, morais, jurídicas.

A pena não tem outro escopo do que sanar, no ânimo do culpado, o contraste entre a vontade individual e a vontade universal, conciliando os opostos. A pena intenta conciliar a liberdade e a lei, realizando, assim, o Direito, como meio direto, não de restaurá-lo, mas de instaurá-lo.

A pena participaria do caráter de imanência e de universalidade, sendo, essencialmente, auto-educadora, porque infligida pelo homem a si mesmo no íntimo de sua sociabilidade. Quando se aplica uma pena, intenta-se uma tarefa de redenção moral, de auto-educação. Quando o juiz pune, volta-se, antes de mais nada, para si mesmo, enquanto humanidade, e não deve ser estranho ao delinquente. Encontra, pois, o problema toda a sua unidade ética, tornando-se a pena, substancialmente, função de auto-educação universal.

Para educar a personalidade, é preciso ter em mira, antes de mais nada, o corpo e aperfeiçoá-lo de todos os modos com os remédios da ciência. Esses remédios não são naturais, em contraposição com os espirituais, mas são espirituais, como espiritual é o corpo, a que se destinam. O criminalista, ou o juiz, deve, então, considerar-se, antes de tudo, como educador, esforçando-se para a punição moral, a emenda do culpado ou a sua cura. O problema não seria individualizar uma anomalia antropológica, condição do delito, mas compreender a personalidade do réu, ou seja, a sua espiritualidade, através dos caracteres pessoais.

O juiz e o sociólogo deveriam ser, portanto, historiadores e educadores. Enquanto o juiz não sentir como sua a anormalidade do réu, não educa nem se educa, não julga nem pune, mas defende-se, e a defesa aprofunda o abismo entre o acusado e a sociedade. A sociedade, quando afasta de si um réu, abre, em vez de fechar, a chaga feita pelo delito, porque reconhece, definitivamente, a própria insuficiência para enfrentá-lo.

Essas as inevitáveis consequências do determinismo universal aplicado ao mundo da penalidade. Apresentando o réu

como irresponsável, o povo teria uma contínua lição de imoralidade dada pelos tribunais e pelas côrtes, difundindo-se, cada vez mais, a consciência da fraqueza moral em relação ao delito.

Segundo o novo conceito de responsabilidade, ao contrário, toda a sociedade assume a responsabilidade do criminoso, sentindo-se no dever de ajudá-lo a não-delinquir. O delinqüente não deve ser mais odiado e desprezado, mas o homem a curar e a reabilitar, tentando a sociedade o possível para o seu retôrno à vida social. Circunscreve-se a pena ao fim educativo, deixando de ser uma *obrigação* do réu depois do delito para tornar-se um *direito*. A abolição da realidade espiritual no homem é um contra-senso, afigurando-se profundamente imoral tirar ao réu, em certos casos, a dignidade de homem, para sujeitá-lo unicamente a medidas de segurança ou eliminatórias.

A defesa social fecha ao homem o caminho de reabilitação, porque gera nêle a convicção de ser um predestinado ao mal.

Uma primeira determinação da pena feita pela lei estimula no réu o primeiro exame de consciência sôbre a gravidade da falta cometida; uma segunda determinação da pena feita pelo juiz marca melhor ainda na alma do réu a meditação do êrro cometido.

A indeterminação da pena, porém, é necessária, porque a libertação do réu deve ser subordinada à sua efetiva reabilitação. Portanto, a pena aplicada deveria ser *prorrogável*, isto é, determinada num mínimo na sentença, mas a prolongar-se ou prorrogar-se depois de novo exame do réu.

Pelo sistema da pena prorrogável ter-se-ia a verdadeira individualização da pena, entendida, não mais no sentido naturalístico, de individualizar os fatores pessoais, físicos e sociais do delito, mas no sentido ético de um conhecimento íntimo e espiritual do réu, da compreensão do fundo de sua alma.

Individualizar uma pena é adaptá-la à espiritualidade do réu e a educação dêsse deveria ser, não já mera questão

de administração penitenciária, mas a intervenção na vida do réu, desde o momento do delito até a extinção da pena, com unicidade de critério educativo consciente da espiritualidade. Cada culpado receberia um tutor, um educador — o juiz, que condenaria, depois de acompanhar o réu durante todo o processo, através do exame do seu passado, de repetidos colóquios, do conhecimento de sua família e de seus gêneros de vida, de ter *vivido*, o mais possível, a vida do réu. A tarefa do juiz-educador não terminaria com a sentença, continuando, eficazmente, como guia moral do condenado. Condenando, o juiz assume a responsabilidade do réu, respondendo por ele como o pai responde pelo filho e o educador pelo educando.

• A sentença condenatória assinalaria, não mais o momento da separação entre o juiz e o delinquente, mas o início de uma comunicação espiritual mais profunda entre eles. O réu entraria na grande família do juiz, nêle encontrando um segundo pai que o acompanharia na vida. Ao entrar no cárcere, o olhar vigilante de seu juiz-educador o acompanharia, permanecendo em relações com ele, mediante visitas periódicas ao cárcere e à família do réu. Como protetor, confidente, guia espiritual do réu, o juiz, ao mesmo tempo, controlaria a reabilitação e, no fim da condenação, diria se ele pode ou não voltar à vida social, como o professor, no fim do ano escolar, decide da promoção do aluno ou o força a repetir ano. Essa obra de assistência manter-se-ia no momento da liberdade, ajudando a vencer o drama moral que, muitas vezes, conduz à habitualidade. *

Só depois de reabilitado o réu e reincorporado à vida do trabalho, a obra do juiz se consumaria.

• Os humanistas, liderados por LANZA, entendem que a pena, antes de fenômeno jurídico, é fenômeno essencialmente moral, como exigência da desaprovação social à conduta do delinquente. Compreendido o crime como sinal da desordem moral do autor, o fim da pena não é a retribuição, a intimidação ou a defesa, mas a educação do delinquente, de acordo com a *finalidade moral do Estado moderno*. Por isso,

a imputabilidade pressupõe sempre o concurso da saúde e da maturidade mental, fundando-se no requisito da educabilidade. Emendar e educar, cancelando a significação expiatória da pena — eis a finalidade que desiste do caráter aflitivo de um mal impôsto ao culpado, mas produz um bem que só não tem razão de ser nos loucos, por ineducáveis. As concepções da pena, como defesa social, como tutela jurídica, como castigo, como vingança, conduziriam, fatalmente, ao abandono clínico do réu a si mesmo depois da condenação. A pena constitui, ao contrário, a mais enérgica forma de desaprovação, que o Estado exprime sob a pressão da vocação moral individual transmutada em norma jurídica. A desaprovação é esforço imanente para a recondução à vida moral dos que violaram os nossos sentimentos de moralidade.

A pena realiza a finalidade específica de desaprovação, significando educação sob a forma de trabalho rigidamente organizado, mediante um magistério pedagógico. Fora daí, isto é, da educação direta e imediata do autor do crime, há a pura vingança ou a retribuição infecunda.

A monogênese da penalidade corresponde à monogênese da criminalidade. Todos os réus são passionais. A psicologia da delinquência é pedagogia das paixões; a pena, em função ética, é pedagogia dos sentimentos; os sistemas penitenciários, pedagogia das prisões. As teorias da intimidação e da defesa degradam os réus, contrapondo LANZA, a tais teorias, o conceito da unidade da natureza humana. Propugna a abolição da cela e do ergástulo, substituindo-os pelo hábito do trabalho e da vida moral, porque em todo homem há um irmão, e em toda dor humana o reflexo da própria dor.

A penalidade existiu em todos os povos, apresentando, como sua lei fundamental, a de que todo fato prejudicial aos nossos sentimentos suscita, automaticamente, uma reação. Dessa lei — o crime provoca a reação — resulta que a reação penal é fixada pelo próprio conteúdo psicológico e moral, e está, por isso, ligada ao desenvolvimento mental e às concepções morais da raça que a exprime. A reação penal desen-

volve-se paralelamente ao desenvolvimento moral dos povos e das raças.

Afeiçoou-se LANZA ao princípio evolucionista — a ontogênese resume a filogênese — mas o transforma, afirmando não se tratar de verdadeiro desenvolvimento do embrião orgânico, e sim de paralelismo no desenvolvimento psíquico, isto é, a vida psíquica. A consciência do indivíduo acompanha as fases psíquicas pelas quais passou o desenvolvimento da espécie, uma vez que a reação penal é determinada pelo conteúdo psíquico. A forma de reação penal reflete os três grandes saltos da evolução psíquica da espécie correspondente ao desenvolvimento psíquico do indivíduo.

Três são as fases da reação penal paralelas às três fases da evolução psíquica do indivíduo e da espécie:

- 1.^a) reação penal do tipo impulsivo;
- 2.^a) reação penal do tipo inteligente;
- 3.^a) reação penal do tipo ético.

Na primeira fase, a reação dos povos, como a das crianças, está, diretamente, ligada aos impulsos orgânicos, de que é exclusiva manifestação: aos sentimentos do medo, da simpatia e da cólera.

Na segunda fase, a reação é inteligente no sentido de que as reações simples e imediatas dos impulsos sentimentais são substituídas pelas reações mediatas, submetidas à visão de uma finalidade a atingir e de seus efeitos na conduta do réu. Característica essencial desta segunda fase seria a trégua psicológica pela adaptação da reação à finalidade e, portanto, a separação consciente entre o momento do crime e o da reação penal.

Na terceira fase, a reação penal é ética no sentido de que as reações inteligentes (que são sempre individuais) suprirão as voltadas para o bem-estar social. Esta fase é a última na evolução psíquica do indivíduo, da espécie e da reação penal.

Toda a história da reação penal é elaboração do sentimento, e esta elaboração culmina com a afirmação do sentimento ético de educação social. O conceito moderno de res-

ponsabilidade penal deve ter, por isso, uma base moral e apoiar-se sobre os sentimentos violadores do dever moral. A evolução psíquica social leva para idealidade nova — a re-educação do culpado.

Impor à penalidade um significado ético é reclamar finalidade pedagógica para a pena e chamar a atenção para as deploráveis condições dos atuais sistemas penitenciários.

Com a condenação, o réu não é abandonado, mas assistido e estimulado na auto-educação, para que a pena opere pedagogicamente.

Os humanistas repelem a classificação dos criminosos e não crêem na incorrigibilidade, porque, até agora, nada foi verdadeiramente tentado para inspirar-lhes novos sentimentos humanos e, muito menos, levado a efeito um plano pedagógico.

A função educadora seria, pois, o elemento que, não só determina o caráter da pena, mas, também, a sua medida. Este critério, geralmente, é deduzido da importância do direito violado, da gravidade do crime, isto é, de seu elemento objetivo. De preferência, deve-se atender ao grau de imoralidade do réu, satisfazendo, com a pena, o *deficit* de moralidade. A pena, como educação, deve ser, por sua natureza, indeterminada, podendo ir até o infinito, em teoria, enquanto não fôr obtida a educação do réu. Mas, como nenhum psicólogo admite a educação por tempo indeterminado, essa deve durar por um período capaz de fazer presumir os resultados, fixando-se, na mesma base, a medida da pena.

Os pragmatistas, chefiados por SALDAÑA, combatendo a insuficiência propedêutica do conceito de fim, mostram que, na natureza, o fim está contido, formalmente, nos meios e, essencialmente, condicionado por sua eficácia.

O resultado da pena é seu produto penal. A árvore de um sistema penal se conhece, pragmaticamente, por seus frutos. Se as penas correcionais dão resultados afirmativos de reforma, moral e social, serão as mais eficazes. Seu resultado imediato de intimidação e eliminação não é considerável. É seguro, porém, seu mediato resultado moral, por-

que suprime, quase em absoluto, a reincidência. Não matam o homem torpemente, como a pena capital, matam o delinqüente no homem. Não afastam do delito com a exemplaridade do dano da pena: alheiam do motivo criminal com o exemplo edificante da emenda do réu. Assim entendidas e praticadas, as penas correcionais são autênticas penas pragmáticas.

Em consequência, a teoria do direito justo cede o lugar à do direito eficaz.

SALDAÑA, preconizando a pena social, aceita o conceito pessoal de MERKEL sobre a eficácia, não a que resulta da lei, de seu poder, mas a que provém de sua equação com os sentimentos e idéias dominantes no povo, condição de toda eficácia real.

BECCARIA foi, em muitos conceitos, um precursor do pragmatismo, quando afirmou que, pela experiência de todos os séculos, o último suplício nunca tolheu os homens determinados a ofender a sociedade. BECCARIA ofereceu uma crítica pragmática, acrescentando que não é útil a pena de morte pelo exemplo de atrocidade que dá aos homens. Todo homicida sente-se executor. Assim, a pena capital suprime um delinqüente efetivo, mas engendra, virtualmente, mil. A pena capital foi condenada por antipragmática. Com menor eficácia eliminativa, as penas longas de privação da liberdade logram, contra o delinqüente, resultado duradouro. Enquanto vive o vencido, está vencendo o vencedor. São essas, para a defesa social, as mais pragmáticas. Essencialmente, exige o pragmatismo que a pena seja certa, como cominação legal, eficaz na ordem da ação defensiva, proveitosa por seus resultados.

A penologia pragmática seria, nessas condições, a Nova Penologia. Parte-se da certeza penal, da consciência da pena como inevitável. Sua eficácia não depende da crueldade, mas da segurança, neutralizando a esperança da impunidade que anima todo criminoso. Estabelece, pois, SALDAÑA, o axioma de que não valem já certos argumentos e fórmulas, mas sim o fato (pragma), a ação eficaz. A penologia deve basear-se

nas experiências reais da vida, desdenhando dos fins penais teóricos, postulados *a priori*, para preferir um método rigorosamente empírico, fundado sobre os resultados da estatística, as experiências dos diretores de prisão, as investigações psicológicas etc., sob os auspícios do *melhorismo* de W. JAMES.²²

Como se vê, a polêmica sobre o fundamento e o fim do direito penal, apesar de todos os esforços para a concretização, desde a Renascença, permanece nos mesmos termos vagos e abstratos, em que a recebemos da filosofia metafísica.²³

Os polemistas exploram as expressões *justiça*, *direito*, *sociedade*, *moral*, como se correspondessem a idéias pacíficas, intangíveis e imutáveis.

Assim, o fim do direito penal antes visaria à defesa social, à defesa do Estado ou à defesa de classe.

VACCARO notou que, nos grupos humanos, a luta pela existência leva uma classe a prejudicar outra e a viver à sua custa. Logo, o direito de punir não seria uma função de defesa ou conservação de toda a sociedade. Nem sempre a defesa tenderia ao bem de todos os componentes do grupo, quer na reação defensiva interna, quer na reação defensiva externa.

Insiste VACCARO em que as leis penais defendem os interesses dos que constituem o poder político, procurando conservar a ordem jurídica correspondente. Esta resulta do contraste das forças organizadas pelos grupos sociais que, entre si, lutam, tanto interna como externamente.

Invoca a história para demonstrar que, tanto por efeito das guerras externas e das conquistas, como das lutas intestinas, o poder é constituído, geralmente, em proveito dos vencedores e prejuízo dos vencidos. Assim, o direito penal não

²² Sobre as fontes e os pormenores a respeito desses endereços, vide ROBERTO LYRA, *Novas Escolas Penais*.

²³ "Os compromissos lógicos ou expedientes práticos para conciliar os princípios da expiação, punição ou retribuição com os da defesa social não podem ter importância decisiva e realizam apenas a missão de preparar a transição completa de um para outro" (FERRI, *Princípios de Direito Criminal*, trad. de D'OLIVEIRA, São Paulo, 1931, pág. 274).

defende, por igual, tôdas as classes que compõem uma sociedade, mas, de preferência, os direitos e interesses daqueles a favor dos quais o poder político se constituiu (GUMFLOWICZ, LORIA, STREINY, VON IHERING, TRAININ, ASÚA).²⁴

Os que aceitam o Estado dito totalitário, atribuem ao direito penal o fim da defesa do Estado.

Finalmente, os que abraçam a teoria da luta de classes, entendem que o direito penal é o instrumento da classe dominante.

Os clássicos equiparam a pena ao castigo de uma falta moral, a retribuição de um delito com uma pena, subordinada à responsabilidade moral, isto é, em função de ato consciente e livre. Em consequência, a pena deve ser proporcionada à gravidade do delito e ao grau de responsabilidade moral e, portanto, aplicada em medida fixa, e expiada, salvo o direito de graça. O delinqüente moralmente irresponsável não pertenceria à justiça penal, mas, como os indivíduos perigosos ou inaptos à vida social, que não cometeram atos delituosos, seria submetido a medidas de polícia de segurança.

Os positivistas concluíram: 1) O Estado não tem competência, nem meios, para medir os graus da falta moral no delinqüente, cujo julgamento pertence à opinião pública, à filosofia moral, à igreja etc.; 2) o Estado só tem o direito-dever de defender a sociedade contra a criminalidade, salvaguardando os direitos elementares de toda personalidade humana, ao mesmo tempo, os direitos da sociedade; 3) portanto, ao autor de infração à lei penal, o Estado deve ameaçar e fazer aplicar uma sanção repressiva adaptada, não somente à gravidade do delito, mas, sobretudo, à personalidade do criminoso, mais ou menos perigoso e mais ou menos readaptável à vida social; 4) a sentença não pode fixar, antecipadamente, o tempo de segregação exigido pelo delito e pela personalidade do réu; 5) porque à justiça penal corresponde a absoluta necessidade de defesa social, quantos cometem fatos previstos

²⁴ *Gênese e função das Leis Penais*, trad. de CARVALHO, Lisboa, 1914, págs. 45 e segs.

pela lei penal devem ser submetidos a esta lei, adaptando-se as sanções repressivas à personalidade dos criminosos, revelada por seus crimes e precisada por sua conduta antes, durante e depois; 6) a pena-castigo será substituída pela pena-defesa (para os criminosos mais perigosos) e pela pena-educação (para os delinquentes menos perigosos, os mais numerosos).

Como proclamara HOLTZEINDORFF no 1.º Congresso Internacional de Antropologia Criminal (Roma, 1885), o sistema clássico faliu. Aprincípio, os legisladores, premidos pelas necessidades da defesa social, depois os doutrinadores, aceitaram transações entre o sistema em bancarrota e o novo.

O delegado da Santa Sé ao Congresso de Viena (1815) dissera: “contanto que os princípios sejam salvos, pelos fatos podemos entrar em acôrdo”. Esta a linguagem dos adversários, depois do desaparecimento dos verdadeiros representantes da escola clássica: contanto que o princípio da responsabilidade moral e, portanto, da pena-castigo seja salvo, para as medidas práticas de defesa social podemos entrar em acôrdo...

Eis a sátira de FERRI, em relatório apresentado ao 1.º Congresso Internacional de Direito Penal (Bruxelas, 1926).

Dessa peça consta o último balanço das conquistas da escola positiva, em referência ao assunto. Daí resulta:

1) Os clássicos renunciaram, nas teorias e mesmo nos códigos, à afirmação do livre-arbítrio, sem o qual, escreveu CARRARA na última edição de seu *Tratado*, seria impossível a ciência penal.

Exige-se somente, como condição de responsabilidade moral, que o delinquentes tenha agido voluntariamente, isto é, com a capacidade de entender a proibição e a ameaça da lei. A observação científica dos criminosos revela que três quartos dos ditos alienados compreendem muito bem as proibições da lei e as consequências de seus atos; que os verdadeiros alienados — os loucos *à grande orquestra* — são muito raros, comparados aos psiconeuropatas, desequilibrados (semiloucos), possuem consciência e vontade. Alguns adversários excluem os criminosos habituais, reincidentes obstina-

dos, da responsabilidade moral e, sobretudo, da pena-castigo, para submetê-los somente a medidas de segurança. Também os menores, que, quase sempre, agem *com discernimento*, são, cada vez mais, subtraídos à pena-castigo e submetidos à pena-educação e, em casos excepcionais, à pena-defesa.

2) Para os condenados que, durante a expiação da pena, se mostram readaptados à vida social, contra a autoridade inflexível e imutável da *res judicata*, admite-se o livramento condicional, que destrói a pretendida proporção fixa entre pena e delito. E, para os delinquentes menos perigosos, foram introduzidas a condenação condicional, a liberdade sob palavra, e até o perdão judicial.

3) Para os reincidentes e os criminosos mais perigosos (Código da Noruega, de 1902; lei inglesa de 1908), foi adotado um suplemento de detenção, após a expiação da pena-castigo. Nos Estados Unidos, fez fortuna a sentença indeterminada.

4) Admite-se que, depois de declarados moralmente irresponsáveis, os autores de fatos criminosos fiquem sob o domínio da justiça penal, que estabelece, por atos de jurisdição, medidas de segurança (segregação por tempo indeterminado) contra criminosos alienados ou semiloucos, ébrios, intoxicados, menores, reincidentes obtinados etc.

As principais propostas práticas da escola positiva, a bem da eficácia da defesa social, estão, portanto, vitoriosas. Continua, no entanto, o desacôrdo, a propósito do princípio da responsabilidade moral e, portanto, da pena-castigo. Dizem uns que a justiça penal, não podendo desinteressar-se da falta moral, deve aplicar a todo delinquente, com capacidade para compreender as disposições da lei, uma pena aflitiva, isto é, um castigo que importe retribuição proporcional à falta moral. A consciência pública sente a sua necessidade e o legislador não pode deixar de ter em conta esse estado de alma coletivo. A pena tem, também, fins de prevenção (geral e especial), mas, sobretudo e antes de tudo, tem o fim de resgatar a falta moral, a perversidade do homem criminoso. A medida de segurança não tem puro fim de prevenção e, sobretudo,

ela não pode senão completar a pena, sem poder substituí-la. Para os positivistas, ao contrário, a sanção repressiva estabelecida pela lei penal é sempre, sob forma de pena ou de medida de segurança, uma diminuição forçada dos bens jurídicos de que goza o indivíduo e, sobretudo, é sempre aflitiva, mesmo limitando-se à defesa para a segregação dos mais perigosos e mesmo propondo-se à reeducação social dos menos perigosos. O criminalista e o legislador estimam, de modo diverso, moral e socialmente, o crime cometido por um delirante sem consciência, por um semilouco, lúcido e consciente, ou por um assassino-ladrão, ou por um indivíduo qualquer e sem antecedentes, numa rixa ocasional, ou por um emotivo numa explosão passional etc. Mas, essa diversa avaliação moral e social não pode ter outra consequência senão a mudança de forma da sanção repressiva. Esta será o asilo de alienados criminosos ou a colônia de reclusão ou a casa de trabalho e educação ou mesmo somente a reparação do dano. A necessidade da defesa social exige que todo autor de ato delituoso sofra as suas consequências, após julgamento regular e por sentença de magistrado. Aplicar uma pena a um criminoso, que se supõe normal, e aplicar uma medida de segurança a um criminoso declarado anormal, é sempre a demonstração positiva da obrigatoriedade da lei penal para todos e de que o delito traz sempre como consequência legal uma restrição da liberdade pessoal. O princípio e a prática da responsabilidade legal têm, ainda, uma grande força de intimidação e educação social, pois, neutralizando o escândalo das absolvições freqüentes, asseguram que ninguém, como autor de fato delituoso, pode escapar às consequências penais e civis. Ao contrário, o princípio da responsabilidade moral, como condição da responsabilidade penal, paralisa a justiça, porque é justamente entre os criminosos mais perigosos que se encontram sempre anomalias e taras fisio-psíquicas, e para eles a pena, isto é, a defesa social, é diminuída, em lugar de ser reforçada. E, porque, nos autores de delitos menos graves e não-perigosos, não se procuram e não se descobrem anomalias e taras, a pena é, em geral, mais severa.

A fixação, na sentença, do termo da pena é absurda em si mesma, como se o médico fixasse antecipadamente os dias de internação forçada em hospital, devendo o doente aí permanecer mesmo depois de curado ou sair ainda enfêrmo. A pena de termo fixo paralisa no condenado tôda energia de levantamento moral, porque, mesmo esperando a liberação antecipada, sabe que, em qualquer caso, não será retido à expiração do termo. A segregação por tempo indeterminado, de um lado, salvaguarda a sociedade contra a liberdade dos incorrigíveis, dos não-adaptados à vida social e, de outro, estimula o condenado sem anomalias e taras muito notáveis a reeducar-se moralmente para encurtar sua detenção. No Congresso de Londres (1925), membros da representação britânica declararam que o suplemento de detenção para os reincidentes obtinados falhou na Inglaterra, à vista do termo prefixado (não-maior de dez anos).

O Congresso decidiu que, mesmo conservando o sistema dêsse suplemento de detenção, o termo seja ilimitado. A idéia de uma pena-castigo em medida fixa, para ser proporcional à gravidade do delito e ao grau da falta moral, em primeiro lugar, não é realizável, como confessam ELLERO, TISSOT, CONFORTI e outros, porque *delito* (esperança de uma utilidade) e *pena* (temor do mal) não são comparáveis e ninguém poderia estabelecer qual é a pena proporcionada, p. x. ao parricídio. A pena-castigo produz efeitos desastrosos e, algumas vêzes, grotescos quando aparecem indivíduos condenados e recondenados dezenas de vêzes, contra tôdas as necessidades de defesa social e, ao mesmo tempo, contra as possibilidades de reeducação social dos delinqüentes menos perigosos e mais numerosos.

Esta a argumentação oficial da escola positiva, nesse ponto inconciliável com o princípio tradicional e abstrato da pena como retribuição do mal pelo mal (*malum passionis ob malum actionis*). A escola positiva encara a justiça penal como organização jurídica de uma defesa social contra a criminalidade, que não veja no delito sômente uma entidade jurídica, mas, também, um sintoma revelador duma perso-

nalidade mais ou menos perigosa e mais ou menos readaptável à vida social. A pena-castigo, fórmula de vingança ou fórmula religiosa — ilegítima, porque só Deus pode medir e punir a falta moral, — não é útil à sociedade, nem ao indivíduo, devendo substituí-la a pena-defesa ou a pena-educação.

ROMAGNOSI, considerando a pena como contra-impulso moral ao impulso delituoso, falou, antes de qualquer outro, no “direito de defesa modificado pelas circunstâncias sociais”. Coube, no entanto, à escola positiva, sem o sentido meramente especulativo de seus precursores, a concepção da pena como meio de defesa social.²⁵

Os dois maiores sociólogos a serviço do direito penal e cujas obras principais são indispensáveis à formação elementar de qualquer especialista — FERRI (*Sociologia Criminal*) e TARDE (*Filosofia Penal*) — convenceram, afinal, os mais intransigentes misoneístas da ineficácia da pena, pelo menos operando isoladamente e com caráter meramente segregatório. Preponderaram, entre outros, os argumentos históricos. Em certas épocas e nações, a dureza da penalidade foi impotente para diminuir determinadas formas de criminalidade.

Por outro lado, produzindo-se o delito em função da concorrência de diferentes fatores, direta ou indiretamente compreendidos nos sociais, não conseguiria a pena remediar os impulsos, os hábitos e as ocasiões criminais. A pena, complemento inoperante para os degenerados, serviria, quando muito, para conter, dentro dos limites da lei, as naturezas oscilantes entre o bem e o mal, aos que não são completamente honrados nem completamente criminosos. As penas poderiam evitar o aumento de certos delitos que não representam necessidades naturais, mas são impotentes para lutar contra aqueles que têm raízes em tais necessidades.

Mesmo combatendo estes e outros argumentos de menor importância, sob a alegação de que, um sistema de penas, aliás existente em todos os tempos e povos, não fôsse útil, te-

²⁵ O ministro FRANCISCO CAMPOS afirmou que o Código é orientado pelo propósito de efetiva defesa social (*O Jornal*, Rio, de 28-7-939).

ria desaparecido, como outras instituições, vão reconhecendo todos que a pena não é o único, nem o mais útil, nem o melhor antídoto para o delito.

De qualquer forma, é indiscutível que a própria pena não é mais concebida como simples retribuição, mas como útil instrumento de defesa social contra determinados delinquentes, e que vai diminuindo, cada vez mais, sua importância e sua esfera de ação.

Daí o crescente prestígio e a generalizada difusão das medidas preventivas e das medidas de segurança.

Do princípio positivista da inutilidade da pena, como meio de defesa social, surgiram as medidas preventivas e as medidas de segurança, para, pelo menos, completar a missão penal, suprimindo muitas de suas deficiências e de seus erros.

Os positivistas não se limitaram à crítica e organizaram uma relação de *substitutivos penais*.

Em direito penal e, sobretudo, em ciência penal constitui anacronismo falar-se, hoje, em pena-castigo. quando a própria sociedade, que a impõe, se reconhece responsável pelo crime. Toda política criminal e a própria política social contemporânea especializam-se no combate às causas e consequências sociais da criminalidade, julgadas, assim, as mais sérias e as mais constantes. A verdadeira prevenção da delinquência já não pertence, a rigor, ao direito penal, mas à distribuição da cultura, do trabalho e da saúde.

MAX ERNST MAYER afirmou que “a retribuição é a alma de todas as penas e do direito penal de todos os tempos”, mas, dessa frase, em si ou pelo autor, não decorre o fundamento, o acerto e o proveito da opinião. Se a cominação atende, na sua quantidade, a uma relação de valores *socialmente* considerados, como reconheceu alhures, no que visa, não a ofender o criminoso, mas a defender a sociedade na medida de sua estima ao bem ameaçado ou sacrificado, na aplicação, o critério da periculosidade, exclusivamente defensivista, tende a substituir o critério da responsabilidade.

A ANTOLISEI também pareceu incontestável que a pena é sempre um mal para aquele que a sofre. Uma pena não-

-aflictiva — diz — é uma *contradictio in adjecto*; seria como dizer: luz escura, ou fogo frio.²⁶

É certo que o criminoso considera a pena, como a medida de segurança, um mal. Mas, não se trata de apurar como o criminoso a julga ou recebe, e sim o que supõe e pretende o Estado. Este, educando, ensinando, medicando, não faz o mal e sim o bem, à maneira da obra de misericórdia da religião.

O próprio ANTOLISEI confessa que “a pena está em vias “de transformação; de puro castigo passa à função de combater as causas pessoais do delito, de readaptar o delinqüente “à vida livre”.²⁷

Prender para castigar, para expiar, para retribuir o mal do crime com o mal da pena — dizia-se. Adotemos, agora, outra fórmula: prender para tratar, para curar, para educar, para ensinar, para instruir, para aparelhar o homem. Assim, a sociedade tem, não só o direito, mas o dever de punir. A liberdade não permitiria êsses benefícios, de que o criminoso se apercebe no futuro. O Estado está tratando de reformar-se para poder reformar os indivíduos atirados ao crime por força daquele “estado perigoso social”, a que se refere SALDAÑA.²⁸

4. A pena pode ser estudada sob diversos pontos de vista, entre os quais avultam: o *filosófico*, na reconstituição dos seus fundamentos e fins ideais; o *sociológico*, isto é, como fenómeno de formação histórica e de conservação da ordem social, no tempo e no espaço; o *moral*, como objeto de avaliação das idéias e dos sentimentos que têm condicionado a ordem moral; o *jurídico*.

²⁶ *Rev. It. di Dir. Pen.*, Pádua, ano 5.º, vol. 2, pág. 140.

²⁷ *Ob. cit.*, pág. 148.

²⁸ “O sábio preceito *primum non nocere* não é menos verdadeiro em ciência penitenciária do que em medicina” (E. GARÇON, *ob. cit.*, pág. 150).

Dada a natureza dêste trabalho, somos forçados a optar pelos aspectos que influíram, decisivamente, no instituto jurídico.²⁹

O instituto jurídico da pena abrange a cominação, a aplicação e a execução.³⁰

Na fase da previsão legal, a pena, como meio específico de tutela e coação próprio do direito penal, apresenta aspecto formal, que cede ao substancial durante a adaptação judicial e administrativa.

A norma penal conferiria ao Estado o direito subjetivo de punir (*jus puniendi*), que é a faculdade de agir na conformidade da lei (direito penal em sentido objetivo). O direito de punir constituiria, assim, direito subjetivo público, baseado na supremacia do Estado (*status subiectionis*), como sujeito do direito de punir. O objeto do direito de punir seria o indivíduo que se torna réu, isto é, autor da violação de um preceito jurídico penal (*servitus pœnae*).

A pena confere o próprio *nomen juris* à nossa disciplina,³¹ donde a sua importância fundamental no conjunto da matéria, toda condicionada aos pressupostos, às condições e aos objetivos a que obedece. Ela é, também, a sanção heróica dos demais ramos do direito, a arma extrema que lhes preserva e assegura a vida, quando todos os outros recursos revelam-se insuficientes.

Juridicamente, pena é a sanção característica da transgressão considerada crime.³²

Todo crime é ato ilícito, mas nem todo ato ilícito é crime.

²⁹ O conceito da pena deriva da doutrina sobre o fundamento e o fim do direito de punir e, paralelamente, do pressuposto da impunibilidade (FLORIAN, *Trattato*, cit. 2.º pág. 758).

³⁰ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad, esp. de Muñoz, Madrid, 1935, 2.º vol., pág. 345.

³¹ MASSARI, *Le Dottrine Generali del Diritto Penale*, Nápoles, 1930, pág. 247.

³² MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale*, Bolonha, 1932, vol. 1.º, página 345.

O ilícito é o gênero, o ilícito penal é a espécie, que se caracteriza pela natureza da sanção (a pena) e, assim, distingue-se dos demais ilícitos. Ilícito é toda violação do dever imposto por uma norma, sob a ameaça da sanção respectiva: ilícitos ético, religioso, doméstico, jurídico etc. O desrespeito à norma jurídica, isto é, o ilícito jurídico genérico, oferece diversas modalidades, como o disciplinar, o civil, o processual, o administrativo — o penal. Todo ato a que não corresponde uma pena, no sentido próprio (sempre de ordem pública, geral, pessoal, que não pode ser cumprida por outrem, nem se transmite por morte), é, penalmente, lícito. Uma norma jurídica cuja ofensa se ameaça com uma pena, onde quer que se encontre, no Código Penal, noutro código ou em leis especiais, é norma de direito penal. O ilícito penal pode, no entanto, constituir, também, ilícito civil, administrativo etc.

Depois do advento das medidas de segurança, os que as distinguem das penas preferem caracterizar o ilícito penal como aquele que se sanciona por meio do processo penal e do juiz penal.³³

Só na lei penal há punição propriamente dita. A expressão *punir* pertence somente ao direito penal. A sanção jurídica não-penal será ressarcimento do dano, nulidade, decadência, execução de ofício, restituição etc.

As demais sanções jurídicas, em todo o seu complexo e majestoso mecanismo, não são penas.³⁴

Para distinguir as sanções aplicáveis às infrações da lei penal, os doutrinadores preferem chamá-las sociais (*canônico*), estatais (JANKA), públicas (MERKEL), meios penais legislativos (BINDING), meios penais (MAYER) etc.

Segundo a escola clássica, a pena, para ser *justa*, deve produzir um sofrimento, respeitada a integridade da personalidade humana, só sacrificando a liberdade, pois a personalidade humana não engendraria o delito, mas apenas a liberdade, de que abusa o delinquente. Daí o repúdio às penas

³³ Vide ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, Rio, 1938, 2.º, pág. 126.

³⁴ PAOLI, *Il Diritto Penale Italiano*, Pádua, 1936, 1.º vol., pág. 89.

corporais, que lesam a integridade física do homem, e as *infamantes*, que ofendem sua integridade moral.

Os clássicos sustentam:

I) a pena deve ser *proporcionada* ao delito, o que já estava na essência do talião — concepção primitiva da proporcionalidade e primeira conquista sobre a imoderação da vindita privada; essa proporção seria *qualitativa*, isto é, a delitos de índoles diversas corresponderão penas diversas, e *quantitativa*, isto é, cada delito da mesma índole será castigado com pena mais ou menos grave, em harmonia com sua maior ou menor criminalidade;

II) a pena deve ser *pessoal*, recaindo somente sobre o delinqüente, de modo que ninguém seja apenado por fato de outro;

III) a pena deve ser *legal*, isto é, deve resultar da cominação estabelecida na lei;

IV) a pena deve ser *igual* para todos, pobres ou ricos, fortes ou fracos, poderosos ou humildes;

V) a pena deve ser *correcional*, concorrendo êsse subsidiariamente com os outros fins, ao parecer dos clássicos, principais: procurar corrigir a vontade antijurídica do delinqüente como meio de realização do fim da pena — a reafirmação do direito violado (CARRARA, PESSINA etc.).

Os ecléticos, como ALIMENA, não alteraram, fundamentalmente, êsse corpo de doutrina.

Em nossos dias, a pena é, antes de tudo e sobretudo, um instrumento de defesa social. A generalizada aceitação dêsse conceito constitui mesmo uma das vitórias mais importantes e mais líquidas da escola positiva. GAROFALO, primeiro formulador da teoria positiva da penalidade, pregava a eliminação dos inadaptáveis ao meio social e a obrigação de reparar os danos do delito. Os inadaptáveis, que sempre apresentam a possibilidade de cometer novos delitos, deveriam ser eliminados, fazendo-se, artificialmente, uma seleção análoga à que ocorre, espontaneamente, na ordem biológica, pela morte dos indivíduos inaptos. Em relação aos adaptáveis, o mesmo resultado se conseguiria pela segregação em estabelecimentos

penais ou pela expulsão do território. Na União Internacional de Direito Penal, sobretudo através de LISZT e GARRAUD, teve consagração extrapartidária o princípio da escola positiva já assinalado por outras escolas, direções e autores.

A pena deve ser *proporcional*, sim, mas não ao crime e sim à periculosidade do delinqüente. Não estão excluídas, no entanto, as garantias individuais compatíveis com as necessidades da defesa social. A pena-defesa concilia, nessa base, a noção do conveniente e do eficaz com a noção relativa do justo, cujos limites, segundo o tempo e o espaço, guardam a imagem jurídica da necessidade.³⁵

Os próprios pensadores católicos, estabelecendo o fundamento do poder punitivo estatal, prescindem dos conceitos de culpa moral, de expiação etc., que são os fundamentos da moral católica e adotam a teoria da necessidade. Esta tem em si os elementos que permitem, de um lado, o desenvolvimento do direito penal segundo as exigências flutuantes da vida social, em relação com as transformações da delinqüência, e, de outro, limitam a pena e impedem os excessos.³⁶

Costumam-se distinguir três momentos no processo da penalidade; sanção (cominação), aplicação ou imposição (sentença), execução (cumprimento).

Pretende-se que, no chamado momento normativo, a pena representa a ameaça, para o efeito da prevenção geral; no momento executivo, o mal, para o efeito da prevenção especial. No primeiro caso, esgotar-se-ia a função preventiva, e no segundo, a função repressiva, mas na representação e na efetivação da ameaça, confundem-se e completam-se elementos teleológicos comuns a tôdas as sanções.

O que deve preocupar, jurídica e politicamente, não é a eficácia ofensiva, mas a eficácia defensiva para a sociedade,

³⁵ A proporcionalidade está em função, sobretudo, do princípio do autor e não do princípio do ato. A pena deve ser adequada ao criminoso e não ao crime (MEZGER, ob. cit., pág. 345).

³⁶ A. GEMELLI, *La prevenzione della Delinquenza e i progressi dell'antropologia criminale*, Milão, 1925, pág. 17.

e esta finalidade inspira, indistintamente, o percurso legislativo, judiciário e executivo de qualquer sanção. A cominação, a aplicação e a execução obedecem ao critério da necessidade, na medida em que esta se manifesta, exigindo o sacrifício correspondente da liberdade individual.

Na sua função, exclusivamente pública e social, a pena há de dispor de freios inibitórios poderosos e elásticos, mas não é ou, pelo menos, não deve ser a réplica ao crime, com a sua reprodução.

Pena não é vingança instintiva ou racionada, não é retorsão medida ou arbitrária, não é represália direta ou indireta, mas sim defesa adequada e intransigente.

Não há dúvida de que na lei predomina ainda o princípio do ato; na justiça, porém, supera o do autor e, na execução, verifica-se a conciliação dos dois princípios. O ideal é estabelecer sempre o primado dos critérios individualizadores, pois o objeto da ameaça, da atuação e da execução não é o crime, mas o criminoso.

A objetividade jurídica do crime é o bem de outrem, protegido pela lei e ofendido pelo crime. A objetividade jurídica da pena é o bem do culpado que a lei atinge. Daí defini-la VON LISZT como a lesão de um interesse jurídico do delinqüente.

A pena priva ou desfalca o criminoso de determinados bens jurídicos, desde a vida ao patrimônio, importando sempre sacrifícios ou restrição de interesse individual.

São as mais arbitrárias e variáveis as classificações da pena.

Segundo os fins, costumam ser distinguidos penas de *intimidação*, aplicáveis aos delinqüentes não-corrompidos e, portanto, com as reservas de moralidade que se reforçam com o temor: de *correção*, destinadas a corrigir o caráter dos delinqüentes moralmente corrompidos ou pervertidos, porém considerados corrigíveis; de *eliminação* ou de *segurança*, para os criminosos reputados incorrigíveis e perigosos, aos quais, para

segurança social, é preciso colocar em situação de não causar dano aos demais.³⁷

Segundo os efeitos, fala-se em penas *eliminatórias* (morte e ergástulo, prisão perpétua), que importam eliminação definitiva da sociedade; *semi-eliminatórias*, em que se opera a eliminação temporária (penas detentivas); *corretivas*, que, sem eliminar, procuram readaptar, ora diminuindo o patrimônio (multa), ora restringindo a capacidade jurídica (interdições). A rigor, porém, a capacidade jurídica integra a liberdade pessoal.

Quanto à qualidade ou ao bem jurídico atingido, cogita-se de penas *capitais*, quando suprimem a vida;³⁸ *corporais*, quando afetam a integridade física; *infamantes*, quando sacrificam a honra; *privativas* ou *restritivas da liberdade pessoal* (e não só da liberdade física, como quer MANZINI), estas últimas em regra reduzem a liberdade de locomoção e a liberdade de domicílio; *restritivas da capacidade jurídica individual* (política, cívica, ou civil), estas, como na perda de função política e inabilitação, podem ser excepcionalmente ilimitadas e permanentes, e *pecuniárias*, quando recaem sobre o patrimônio, obrigando a uma prestação.

As penas corporais são também chamadas *aflitivas*, atuando sobre o físico diretamente (penas corporais) ou indiretamente (penas carcerárias, exílio), restringindo, sem impedir, a liberdade de locomoção.

As penas aflitivas seriam diretas ou indiretas, positivas ou negativas, quando aplicadas no corpo ou quando impedem o exercício da liberdade natural, subdividindo-se as po-

³⁷ CUCHE: penas educativas, intimidantes, reformatórias e eliminatórias; SABATINI: monitórias, emendativas, eliminatórias, curativas, segregatórias, reformatórias; FERRI: sanções reparatórias, repressivas e eliminatórias (*exposição de motivos, in Revista Forense, 1921, volume 36, pág. 331*).

³⁸ Entre os romanos, penas capitais eram também as perpétuas e as que privavam dos direitos civis, como a perda do *caput civis* ou da capacidade jurídica. Aliás, ALIMENA considera a pena de morte a pena corporal por excelência.

sitivas em indelévelis ou delévelis, quando deixam, ou não, marca irreparável.

O confisco suprime, enquanto a multa reduz o patrimônio.

SALDAÑA denomina penas atípicas a caução, a prisão preventiva ou provisional, a multa, a conversão extrapenal e as dietas penais.

Procura-se distinguir as penas *privativas* de liberdade, que importam encarceramento, das penas *restritivas* da liberdade, que os alemães chamam *Freiheitsstrafen im weiteren Sinne* (expulsão, interdição de venda de bebidas etc.).

Pela importância, as penas seriam *principais* e *acessórias*. Outros falam numa terceira classe — *complementares*.³⁹

As penas complementares, ao contrário das acessórias, que são, em regra, consequência *ope legis* da pena principal, independentemente de sentença e atuando por força de direito, seriam aplicadas expressamente com a pena principal.

Voltaremos ao assunto mais adiante.

Há outras classificações de relêvo ainda menor, atendendo ao grau (atenuadas e agravadas), à quantidade (leves e graves), à índole das infrações a que se referem (crimes ou contravenções) ou, como na França (criminais, correcionais ou de simples polícias).⁴⁰

As penas são cominadas e impostas de modo exclusivo, alternativo ou cumulativo. São paralelas as penas que oferecem ao juiz dupla escala de sanção, segundo a gravidade, a natureza, o móvel do crime e a competência (GARÇON).

³⁹ São *principais* as penas que podem ser impostas isoladamente e, tendo em conta os bens jurídicos de que privam o delinqüente (vida, liberdade, patrimônio), classificadas em pena de morte, pena privativa de liberdade e pena de multa; são *acessórias* as penas que somente podem ser impostas, fundamentalmente, ao lado de uma pena principal (MEZGER, ob. cit., pág. 348).

⁴⁰ SALDAÑA critica a classificação das penas que atendem, não aos bens jurídicos protegidos, mas aos bens por ela atacados (*Nueva Penología*, Madri, 1931, pág. 83).

As penas paralelas são sempre de qualidade e regime diversos, para adaptação legal ou judicial ao delinqüente, em atenção aos motivos determinantes.

Em função desse critério, as penas seriam *desumanas* e não desonrosas, estas reservadas aos crimes resultantes de móveis não-degradantes (a honra, o ideal político etc.).

O Código italiano de 1889 cominava a reclusão para os casos de móveis desumanos, e a detenção nos casos de móveis não-degradantes.

O Código alemão reserva a reclusão (*Zuchthausstrafe*) para as primeiras hipóteses, e a prisão (*Gefängniss*) para as segundas. O anteprojeto de 1909 conservou tal diretriz.

A consciência humana e científica repudia as *penas corporais*, que afetam a integridade física; as *infamantes*, que atingem a honra, e o *confisco geral dos bens*, que suprimem o patrimônio, mas a realidade acusa aqui a conservação, e ali a restauração desses instrumentos primitivos.⁴¹

Na Inglaterra mantém-se a fustigação contra menores e a aplicação ao delinqüente, quando entra no cárcere e como complemento da pena detentiva. Na França, na Alemanha, nos Estados Unidos, sobretudo nas chamadas *infrações policiais*, continua a fazer fortuna a panacéia do castigo corporal, que SIEGERT só acredita útil quando aplicado prontamente, sem processo.

Revivem a castração, a degradação, a expropriação, marcando o divórcio entre o direito penal e a ciência penal, entre os ideais e as realidades. O projeto da Comissão GÜRTNER, na Alemanha, restaurou a colocação fora da lei, a proscrição ou estigma, a infâmia.

Não pode ser contestada, no entanto, a transformação da técnica do castigo. A castração, que se aplicou contra o adul-

⁴¹ A era romana, com a fustigação, a mutilação, a marca, a fiação, e a Idade Média, com as correntes, as cordas, a vela, a exposição do corpo despido e embebido de substância doce aos insetos, sistematizavam essas e outras torturas, inclusive como instrumento processual para extorquir confissão.

tério no Egito, na Índia, na China e contra os prisioneiros de guerra na Babilônia, na Pérsia, no Egito, na Grécia e em Roma,⁴² foi substituída pela esterilização. Esta se aconselha contra certos psicopatas e é praticada na Alemanha e nos Estados Unidos.⁴³ Em França foi proposta contra os apaches. Os argumentos em contrário de HAVELOCK ELLIS, que só admite a internação em estabelecimento de custódia, são definitivos.⁴⁴

No Congresso de Antropologia Criminal (*Amsterdã*, 1901), ZUCARELLI ocupou-se da necessidade e dos meios de impedir a reprodução dos degenerados; no 7.º Congresso (Colônia, 1911), a tese favorável de MAYER foi rejeitada unânimemente, inclusive por FERRI, que se retratou.

O confisco geral tornou-se em regra, especial, abrangendo apenas coisas determinadas, como os instrumentos e os proventos do crime. As penas perpétuas, impostas a todos, vão-se limitando aos chamados incorrigíveis, como supostos refratários a todo tratamento. Não há base, pelo menos entre nós, para sustentar-se a incorrigibilidade médica (vejam-se os argumentos contra a eutanásia) e, muito menos, a incorrigibilidade sociológica.⁴⁵

FERRI emprestou aos seus substitutivos penais a função de antídotos específicos para os fatores sociais da criminalidade, de medidas preventivas do primeiro delito, o que levou RAOUL DE LA GRASSERIE a considerá-los substitutivos do delito.⁴⁶

⁴² Veja-se RICARDO MILLANT, *Les eunuques à travers les âges*, Paris, 1908; *Castración*, em *Traité chronologique et descriptif des peines, châtimens, tortures, supplices etc.*, Paris, 1912. Na Alemanha atual aplica-se contra o assassino por motivos sexuais.

⁴³ Veja-se ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 1.º pág. 319.

⁴⁴ *The Criminal*, 4.ª ed., Londres, 1910; BURKE SHARTEL, *Sterilization of mental Defectives*, em *Journal of criminal Law and Criminology*, XVI, 1929.

⁴⁵ O Congresso Penitenciário de Washington concluiu: "Nenhum indivíduo, quaisquer que sejam sua idade e antecedentes, deve ser considerado incapaz de emenda".

⁴⁶ *Des principes sociologiques de la Criminologie*, Paris, 1909, página 234.

SALDAÑA encara-os como antídotos específicos aos fatores individuais do crime, que não entram no lugar da pena, como substitutivos penais, preventivos da reincidência, mas em lugar do crime. Por isso, designa-os como *seguros sociais contra o delito*.⁴⁷

CARNEVALE aludiu a *auxiliares da pena*; CONTI, a *complementos da pena*; VON LISZT, a *anexos penais*.

Quando a ciência governar o sistema penal, êste se transformará de expiatório em defensivo. Então, o princípio positivista da identidade entre pena e medida de segurança será, como tudo o mais, aceito por todos.

A individualização e a indeterminação das penas, que tantas resistências suscitaram, são, hoje, conquistas pacíficas, se bem que, muitas vezes, os interesses degradem a indeterminação a simples eufemismo de penas perpétuas.⁴⁸

PREZZOLINI advogou a pena progressiva, afirmando: "Os ricos e os que estudaram e mandam deveriam *pagar mais* quando fazem o mal. Não há doutrina mais injusta do que a da justiça igual para todos. Esta andaria bem se fôsem todos iguais. O rico que rouba é mais culpado do que o pobre que subtrai gêneros de primeira necessidade. Um traidor que esteve 12 anos na escola é mais corrompido do que um analfabeto. Um milionário, um professor, um deputado, um general, devem ser punidos com maior rigor do que o mendigo, o ignorante, o eleitor, o soldado".⁴⁹

A lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que define os crimes contra a economia popular, considera agravante do crime de usura a sua prática por militar, funcionário público,

⁴⁷ Ob. cit., págs. 42 e 43.

⁴⁸ Na Inglaterra e nos Estados Unidos a indeterminação converteu-se em prática invariável. Consagram-na o projeto de FERRI de 1921, o anteprojeto sérvio de 1910, o austriaco de 1921, o suíço de 1918, o Código do Peru de 1924, o dinamarquês de 1924, o projeto alemão de 1927, os projetos argentinos sobre periculosidade de 1926 e 1928, o Código espanhol de 1928, a lei de defesa social belga de 1930, o Código italiano de 1930 etc.

⁴⁹ *Mi pare...*, Fiume, pág. 39.

ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima.

Estes breves traços confirmam que “o conceito da pena atravessa uma crise muito séria”, como afirmou SÁ PEREIRA.⁵⁰

Dominando a evolução do direito penal, RADBRUCH assinala que esta transcende o propósito direito penal, tornando-se melhor que o direito penal, isto é, mais humana e inteligente.⁵¹

IHERING antecipou-se a todos, quando concluiu que a história da pena é a história de sua abolição.⁵²

5. Até 1530, a justiça penal era o arbítrio dos capitães. Martim Afonso trouxe carta branca do governo português para processar e julgar inapelavelmente, aplicando a pena de morte.

O Livro V das Ordenações Filipinas, que datam do começo do século XVII, com 143 títulos sobre crime, pena e processo, encerrou a primeira legislação repressiva do Brasil colonial. Sua vigência foi confirmada por decreto de 27 de setembro de 1823.⁵³

Mais de um ano da independência, a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, com a lei de 20 de outubro de 1823, restaurou, especialmente, as seguintes penas previstas no Livro V das Ordenações: morte natural; morte natural para sempre; morte natural cruelmente; morte pelo fogo, até ser feito o condenado em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória; açoites, com ou sem barão e pregão pela cidade ou vila; degrêdo para as galés; degrêdo,

⁵⁰ 2.ª Reunião da Comissão Especial do Código Penal, Câmara dos Deputados, 1930, pág. 11.

⁵¹ Ob. cit., pág. 221.

⁵² “O sistema de penas ainda não chegou ao fim de sua existência, mas, por si só, é reconhecido insuficiente” (HOAFER, in *Rev. Pen.*, 1925, pág. 237).

⁵³ Sobre o espírito do Livro V das Ordenações, vide ROBERTO LYRA, *Economia e Crime*, Rio, 1933, págs. 42 a 45. Críticas e informações a respeito das realidades da justiça penal até a independência, vide ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 1.º vol., págs. 383 a 397.

perpétuo ou temporário, para a África, para a Índia, para o Brasil (*sic*), para o couto de Castro Marim (êste aplicado somente a mulheres), para fora do Reino ou fora da vila, e termo, ou fora do bispado; mutilação das mãos, da língua etc.; queimaduras com tenazes ardentes; capela de chifres na cabeça (aplicado aos maridos condescendentes); polaina ou enxaravia vermelha na cabeça (aplicada às alcoviteiras); confisco, como pena principal, ou acessória; multas.

A Constituição de 25 de março de 1824 (ns. XIX e XX do art. 170) procurou interromper o transbordamento daquele instrumento de exploração e opressão, prescrevendo:

“Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e tôdas as mais penas cruéis.

“Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Por tanto, não haverá em caso algum, confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que sejam”.

Estas as nossas primeiras conquistas, sob a influência da Revolução Francesa, em matéria penal.

O Código Criminal, promulgado a 16 de dezembro de 1830, cominava as seguintes penas: morte na fôrca, galés (excluídos mulheres, menores de 21 anos e maior de 60 anos), prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degrêdo, destêrro, multa, suspensão e perda de emprêgo e açoites para os escravos.

No entanto, a Constituição de 1824 abolira os açoites.⁵⁴

Deve-se notar que, na Parte Especial, a pena de banimento não foi cominada a qualquer infração. As penas de prisão com trabalho e prisão simples eram cominadas para, pelo menos, dois terços dos crimes.

A política criminal está em germe nesse Código, que antecipou a individualização e a indeterminação relativa das penas, a atenção aos motivos, a reparação do dano pela própria sentença criminal. Sua simplificação do sistema primitivo, com as diferenciações quantitativas e qualitativas na

⁵⁴ Vide ROBERTO LYRA, *Economia e Crime*, cit., págs. 46 e 48.

aplicação da pena, só meio século depois foi realizada na Holanda e, posteriormente, na Itália e na Noruega. A circunstância atenuante da menoridade era, então, desconhecida pelas legislações francesa, napolitana e austríaca e, por muito tempo, não foi adotada. Ainda em relação aos menores, o Código de 1830, iniciando o primado que viríamos a obter, concedeu arbítrio ao juiz no julgamento dos réus de idade inferior a 14 anos.

Sob a República, o dec. n.º 774, de 20 de setembro de 1890, “considerando que as penas cruéis, infamantes ou “inútilmente aflictivas, não se compadecem com os princípios “de humanidade em que no tempo presente se inspiram a “ciência e a justiça sociais, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso”, aboliu a pena de galés.

O Código de 1890, depois convertido na Consolidação das Leis Penais, previa as seguintes penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspensão e perda de emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro, multa, preservando que não há penas infamantes, que as penas privativas da liberdade individual são temporárias e não excederão de 30 anos (arts. 43 e 44).

Conforme o relatório do ministro da Justiça CAMPOS SALES a base do sistema é a prisão celular, aplicada à generalidade dos crimes, e BATISTA PEREIRA, autor do projeto, esclareceu:

“Abolida a pena de morte e suprimindo as penas perpétuas e infamantes, substituiu todas as penalidades do “próvido arsenal do Código de 1830 pela prisão celular, segundo o sistema progressivo irlandês de WALTER CROFTON.

“A grande novidade da revisão de 1890 é a unicidade de “pena, cujo tipo é a prisão celular, ao mesmo tempo intimidativa, repressiva e penitenciária, da qual se fez a chave da “abóbada de todo o sistema repressivo”.⁵⁵

⁵⁵ *Rev. de Jurisprudência*, Rio, vol. 2.º, págs. 246 e 265.

Constituição de 1891 (art. 72, §§ 20 e 21): “Fica abolida “a pena de galés e a de banimento judicial”. “Fica igualmente abolida a pena de morte, ressalvadas as disposições “da legislação militar em tempo de guerra”.⁵⁶

Constituição de 1934 (art. 113, ns. 29 e 30): “Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da “legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro”. “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

Constituição de 1937 (art. 122, n.º 13): “Não haverá penas corpóreas perpétuas”.

Foram estas as penas previstas nos projetos de Código Penal: no de VIEIRA DE ARAÚJO (1889): morte, galés, prisão com trabalho e sem êle, prisão simples, banimento, desterro, multa, suspensão e perda do emprego (arts. 32 e segs.); no de 1893, acrescentava-se o ergástulo; no substitutivo da Comissão Especial da Câmara dos Deputados (1899): prisão com trabalho, correção em colônia penal, recolhimento a hospício ou asilo, multa, interdição de direitos, deportação, perda de objetos apreendidos (art. 40); no projeto GALDINO SIQUEIRA (1913): reclusão, detenção, prisão correccional, suspensão e perda de emprego público, com ou sem inabilitação temporária de profissão ou indústria (art. 24); no de SÁ PEREIRA (1927): principais: multa, exílio local, detenção, prisão, relegação; acessórias: interdição de direitos, publicação de sentença, confisco de certos objetos, expulsão do estrangeiro (arts. 84 e 86). O art. 85 considerava a relegação como parte integrante da pena de prisão, e a multa e o exílio local como penas acessórias em certos casos.

O projeto SÁ PEREIRA de 1928 manteve as mesmas penas (art. 62).

⁵⁶ JOÃO CHAVES era partidário da prisão perpétua. No Congresso Jurídico Brasileiro de 1908, LIMA DRUMMOND sustentou que “a extinção das penas perpétuas corresponde às exigências da consciência jurídica de nossa época”. GALDINO SIQUEIRA, na *Exposição de motivos* do projeto de 1913, lamentou que a Constituição de 91 houvesse abolido as penas perpétuas e o banimento.

O projeto da Subcomissão Legislativa (SÁ PEREIRA, EVARISTO DE MORAIS, BULHÕES PEDREIRA) de 1933 alterou o projeto do primeiro para prever o confisco, não mais de “certos objetos”, mas dos “instrumentos do crime e dos proventos resultantes dêle” (art. 51, III).

No projeto ALCÂNTARA MACHADO figuravam: reclusão, detenção, segregação, multa (art. 27 da edição definitiva, 1940).

Em mais de 441 anos, a contar da descoberta oficial do Brasil, a pena de morte só deixou de figurar, entre os nossos meios de combate ao crime, durante 47 anos, desde a lei n.º 774, de 20 de setembro de 1890, até a Constituição de 10 de novembro de 1937.⁵⁷

No Livro V das Ordenações, alistavam-se, no primeiro plano, a morte natural, a morte natural para sempre, a morte natural cruelmente e a morte pelo fogo até ser feito o condenado em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura pudesse haver memória.

O Código Criminal de 1830 dispunha:

“Art. 38. A pena de morte será dada na fôrça.

Art. 39. Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogável a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na véspera de domingo, dia santo ou de festa nacional.

“Art. 40. O réu, com o seu vestido ordinário, e prêso, será conduzido pelas ruas mais públicas até a fôrça, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com o seu escrivão, e da fôrça militar que se requisitar.

“Ao acompanhamento procederá o porteiro, lendo em voz alta a sentença que se fôr executar.

⁵⁷ VIEIRA DE ARAÚJO, que sustentava a inexecutabilidade da prisão celular antes de decretado o Código de 1890, depois dêste logo reclamou a necessidade da pena de morte para os criminosos instintivos e profissionais, dados a inutilidade de outra sanção, a insegurança das cadeias e o perigo da transmissão da herança criminal (*O Direito*, vol. 51, pág. 5; *Anais da Constituinte*, de 1891, vol. II, apêndice, pág. 56).

“Art. 41. O juiz criminal, que acompanhar, presidirá “à execução até que se ultime; e o escrivão passará a certificar de todo esse ato, à qual se juntará o processo respectivo”.

“Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues aos seus parentes ou amigos, se os pedirem aos juizes que presidiem à execução; mas não poderão enterrá-los com pompa, sob pena de prisão por um mês a um ano.

“Art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ela será julgada em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto”.

O art. 4.º da lei de 10 de junho de 1835 estendeu a pena de morte aos escravos que matassem, por qualquer maneira propinassem veneno, ferissem gravemente ou fizessem outra qualquer grave ofensa física a seu senhor, à sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morassem, a administrador, a feitor e às suas mulheres que com elles vivessem. Se os ferimentos fôsem leves, a pena seria de açoites na proporção das circunstâncias *mais* ou *menos* *agravantes*...

O art. 4.º da referida lei prescrevia que, em tais delitos, a imposição da pena de morte exigiria dois terços do número de votos, executando-se a sentença condenatória sem recurso algum.

Uma Turma de juizes da Relação da Côrte, requintando o cunho reacionário dos textos, decidiu que, se a sentença fôsse absolutória, o juiz podia apelar *ex officio*.

Anteriormente, não se executaria a sentença de morte, em qualquer parte do Império, sem que, antes, a apreciasse o chamado *poder moderador* (decreto de 11 de abril de 1829). Só por aviso de 27 de outubro de 1857 o govêrno declarou sem efeito a exceção.

A pressão das correntes abolicionistas e emancipacionistas conseguira, no entanto, por decreto de 9 de março de 1837, fôsse a sentença comunicada ao govêrno geral, no município da côrte, e, aos presidentes, nas províncias, aos quais competia ordenar a execução ou submeter o caso ao poder moderador, com efeito suspensivo.

Diz-se comumente que, desde PEDRO II, já estava abolida de fato a pena de morte. Ora, a declaração da maioria é de 1840 e só depois do sacrifício do fazendeiro Mota Coqueiro, de Macaé (HEITOR LIRA fala em 1856 e COSTA E SILVA em 1885), aquêle imperador resolvera emendar a mão. Os escravos continuaram a ser caçados, e em pena de morte de fato, sem forma nem figura de juízo, mas de lenta crueldade, importavam os suplicios contra os negros.⁵⁸⁻⁵⁹

⁵⁸ Escrevia PEDRO II em 1861 sobre a pena de morte: “o estado da nossa sociedade ainda não a dispensa”. E acrescentava: “comuto-a sempre que há circunstâncias que o permitam” (HEITOR LIRA, *História de D. Pedro II*, 1940, pág. 101).

⁵⁹ JÚLIO RIBEIRO, com 19 anos, assistiu à aplicação da chamada *pena de bacalhau* a um escravo, e assim a descreveu, em *Padre Belchior de Pontes*: “A um sinal de Amador Bueno o flagelo desceu... “Ouviu-se um rechino tênue, e cinco bétas furfuráceas desenharam-se longas na epiderme arroxada das nádegas do condenado. “O miserável torceu-se como uma serpente ferida: um grito rouco, “inarticulado, horripilante, indescritível rompeu-lhe do peito... “Um! contaram os índios. Alçou-se e saiu pela segunda vez o instrumento sinistro... a derme fendeu-se e brotaram, como rubis “vivos, algumas gôtas de sangue... Nova contorsão agitou os membros do desventurado: novo rugido atravessou-lhe por entre os “dentes cerrados... Os açoites amiudaram-se... — Dois! três! “quatro! cinco! dez! trinta! cinqüenta! foram os índios contando.

“Já não era sobre pele que silvavam os látigos: era sobre uma “chaga, sobre uma pasta amolecida, sorvada, sangrenta... Troavam “os uivos do supliciado; seus dentes batiam como em crescimento de “seções; de todos os poros manava-lhe o suor... Os pulsos e os tornozelos tinham inchado e também sangravam: com os esforços “violentos, com as contrações da dor as correlas que o prendiam tinham penetrado nas carnes... Quando soou o vocábulo *duzentos*, “que anunciava estar cumprida a sentença, satisfeita a lei do deserto, terminado o asqueroso suplicio, um dos índios ausentou-se “e voltou dentro de pouco trazendo uma cuia com água de sal e “uma navalha de barba. Ajoelhando junto do padecente, que mal “respirava, fêz-lhe na chaga uma, duas, dez escarificações longitudinais com a navalha, depois, tomando a cuia, irrigou-as com salmoura... Foi a dor tão pungente, o sofrimento tão atroz, tão incompatível a angústia, que o infeliz deu um estremeção e perdeu

A Constituição de 1891 (art. 72, § 21) dispunha:

“Fica igualmente abolida a pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”.

A Constituição de 1934, por sua vez, prescrevia, no artigo 113, n.º 29:

“Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com *país estrangeiro*”.

Assinale-se a restrição — “com país estrangeiro”, — que veio dirimir a controvérsia sobre a aplicabilidade da pena de morte durante os movimentos internos.

O Código Penal da Armada, aprovado e ampliado ao Exército pela lei n.º 612, de 29 de setembro de 1899, estabelece a pena de morte por fuzilamento e manda que a sentença proferida em última instância, por tribunal reunido em território ou águas ocupadas militarmente, seja executada independente de recurso de graça, salvo quando o Governo Federal determinar o contrário (art. 39, 40 e 41).

A Constituição de 1937, suprimindo a referência da Constituição de 1934 à guerra com *país estrangeiro*, permitiu o restabelecimento da pena de morte, nestes termos:

“Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei *poderá* prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

“a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

“b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a

“os sentidos...” No livro *A Carne*, o escritor reproduziu o seu testemunho, acrescentando os gracejos com que o executor requintava a crueldade. A fidelidade da narração revela-se pelo número de açoites, limitado a 50 por dia.

“unidade da Nação, procurando desmembrar o território su-
jeito à sua soberania;

“c) tentar por meio de movimento armado o desmem-
bramento do território nacional, desde que para reprimi-lo
se torne necessário proceder a operações de guerra;

“d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estran-
geiro ou organização de caráter internacional, a mudança
da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

“e) tentar subverter por meios violentos a ordem polí-
tica e social com o fim de apoderar-se do Estado para o es-
tabelecimento da ditadura de uma classe social;

“f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extre-
mos de perversidade” (art. 122, n.º 13).

Como se vê, a Constituição de 1937 atribuiu ao legislador ordinário a faculdade de prescrever a pena de morte para crimes expressamente mencionados. Além dos mais graves delitos político-sociais aludiu a Constituição ao homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de crueldade — única infração comum contemplada.

O delegado de polícia de Itabuna, na Bahia, diante do texto constitucional, logo reclamou, em relatório, a aplicação da pena de morte contra um réu de homicídio. Pondo-se de lado a inépcia do libelo prematuro e ilegítimo, pois só ao Ministério Público, na fase própria, compete essa missão, era de insólito descabimento a iniciativa.

A Constituição não prescreveu, mas admitiu, para certos e determinados casos, a sanção máxima, deixando à lei ordinária o uso daquela simples faculdade.

A lei constitucional n.º 1, de 16 de maio de 1938, emendou, porém, a Constituição, tornando imperativa — “a pena de morte *será aplicada*” — o que antes se facultara — “a lei *poderá prescrever* a pena de morte”. Por outro lado, aquela emenda, no tocante ao homicídio, introduziu a disjuntiva “ou” entre “motivo fútil” e “extremos de perversidade”, donde a conclusão de que basta qualquer das circunstâncias em aprêço para a incidência.

De qualquer forma, em relação ao homicídio, não foi ainda regulamentada a matéria (1942).

O dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, definindo crimes contra a personalidade do Estado, sua estrutura e segurança e contra a ordem social, rezava o seguinte:

“Art. 2.º Caberá *pena de morte* nos seguintes crimes:

“1.º, tentar submeter o território da Nação, ou parte dêles, à soberania de Estado estrangeiro;

“2.º, atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

“3.º, tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra;

“4.º, tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

“5.º, tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

“6.º, insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;

“7.º, praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se essa sobrevém em virtude dêles;

“8.º, praticar devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições;

“9.º, atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do presidente da República.

“§ 1.º A pena de morte, nos casos dos incisos 1.º a 7.º, será aplicada aos cabeças; aos demais, pena de prisão por trinta anos.

“§ 2.º Nos casos dos incisos 8.º e 9.º, a pena de morte será aplicada aos autores como aos cúmplices.

“§ 3.º A pena de morte será executada por fuzilamento em uma das prisões do Estado, designada pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores.

“A menos que este determine o contrário, a execução não será pública”.

É de notar-se que, pelo art. 111 da Constituição de 1937, os militares e as pessoas a eles assemelhadas terão foro especial nos delitos militares, *mas este foro poderá estender-se aos civis, nos casos definidos em lei para os crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares.*

Do projeto do Código Criminal do professor ALCÂNTARA MACHADO constam dispositivos sobre a pena de morte.

Mas, o próprio autor, em exposição de motivos, ressaltou que os redigiu “para o caso de o governo entender de usar da faculdade conferida pelo art. 122, n.º XIII, da lei constitucional em vigor”.

A comissão revisora suprimiu as cominações projetadas com a aprovação do ministro FRANCISCO CAMPOS, que não entendeu necessário estender aos homicidas mais perigosos o recurso heróico da política criminal.

A Constituição vigente estabeleceu, porém: “Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco, nem de caráter perpétuo. São ressaltadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro...” (art. 141, § 31).

6. O Código dividiu as penas em *principais* (art. 28) e *accessórias* (art. 67), subdividindo as primeiras em privativas de liberdade (arts. 29 a 34) e pecuniárias (arts. 35 a 41).

No discurso que proferiu, na cerimônia da promulgação do Código Penal, disse o ministro FRANCISCO CAMPOS:

“O novo Código Penal é informado por uma vigorosa política criminal. As penas revelaram-se insuficientes na luta contra a criminalidade. O novo Código estabelece as medidas de segurança destinadas a prevenir a criminalidade, criando novas garantias para a sociedade contra a legião cinzenta dos inadaptados, cujo número costuma crescer nas

“conjuras como a do nosso tempo, aumentando a zona do “risco na medida em que cresce a densidade material e técnica da convivência humana.

“O sistema de penas era, igualmente, inadequado. Fugindo à rigidez e à indeterminação da pena, o novo Código adotou o compromisso da individualização da pena, dando, assim, ao juiz uma larga margem de apreciação das circunstâncias e dos motivos do crime, bem como da personalidade do criminoso.

“Completando o aparelhamento de repressão e de prevenção foram sistematizadas as penas acessórias, cuja principal função é mais preventiva do que repressiva”.⁶⁰

A Consolidação das Leis Penais não distinguia as penas principais das acessórias, incluindo a interdição e a suspensão e a perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro, ao lado das penas privativas de liberdade e da pena pecuniária (arts. 43 e 55 a 57).

O legislador não pode consagrar, servil e artificialmente, as classificações doutrinárias, em regra feitas para fins didáticos, e, aliás, em cada país, de procedência legislativa.

O Código adotou uma classificação, cujos elementos resultam do caráter intrínseco atribuído a cada uma das penas em confronto com as demais.

Além das *penas principais*, que receberam a missão fundamental na defesa social, há as *penas acessórias*, que acompanham em determinados casos as principais, completando-lhes a eficácia. As penas acessórias, no sistema do Código, obedecem a um critério específico de periculosidade, que está em função da quantidade da pena, da natureza do crime, das condições pessoais do condenado e que ora se caracteriza objetivamente, ora subjetivamente. Não resulta, pois, da íntima essência e do caráter basilar da pena principal. O Código italiano englobou, entre os *efeitos da condenação*, que o brasileiro bem distinguiu, enumerou e situou em disciplinação autônoma, as penas acessórias e as demais consequên-

⁶⁰ Revista Forense, vol. LXXXV, pág. 208.

cias jurídicas, negativas ou positivas, da condenação. Definindo-as, distribuindo-as, caracterizando-as, como fez, o nosso Código não devia mesmo degradar as penas acessórias a efeitos automáticos da condenação. Elas não seguem sempre, de direito, a condenação, como na Itália, pois, às vezes, são antecipadas (art. 71) ou impostas na própria sentença (art. 70), dependendo, outras vezes, do prudente arbítrio do juiz, na fixação da pena (quantitativa e qualitativa) e no julgamento de incompatibilidades subjetivas entre o direito e o seu titular.

As penas principais e acessórias não apresentam diferenças substanciais. A distinção não tem fundo doutrinário, mas pertence ao direito positivo, dependendo da importância e da natureza do papel que cada sanção é chamada a desempenhar no sistema legal.

O sistema brasileiro assenta em critérios próprios. O Código italiano, p. ex., estabelece que “as penas principais são impostas pelo juiz em sentença de condenação; as acessórias são, de direito, *consequentes* à condenação, como *efeitos penais da mesma*” (art. 20).⁶⁰⁻²

60-a Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 1.^a Câmara, 21-12-942, relator desembargador ADELMAR TAVARES:

“A pena acessória tem, entre nós, no nosso direito, sua característica própria, seu processo, ficando muito na *apreciação do juiz*, e definindo-se na *periculosidade do agente*. O professor ROBERTO LYRA, no seu excelente vol. II de *Comentários ao Código Penal*, acrescida à sua reconhecida autoridade de criminalista e de ter sido um dos membros da Comissão Revisora, escreve: “As penas acessórias no sistema do Código obedecem a um critério específico de periculosidade, que está em função da quantidade da pena, natureza do crime, condições pessoais do condenado, e que se caracteriza, ora objetivamente, ora subjetivamente. O Código italiano englobou entre os efeitos da condenação, que o brasileiro bem distinguiu, enumerou e situou em *disciplinação autônoma*, as penas acessórias e as demais consequências jurídicas, negativas ou positivas, da condenação”

“Diz mesmo o comentador que o nosso Código “não devia mesmo degradar as penas acessórias a efeitos automáticos da condenação.

Mas, apesar disso, foi o legislador italiano forçado ao artifício de distinguir as penas acessórias de *outros efeitos penais* pelo seu caráter específico, disciplinando-os e situando-os diversamente.

Ao sentido lato da expressão “efeitos da condenação” — efeitos êsses que não encerram sanções propriamente ditas e até transcendem os limites do direito penal — preferiu o Código o particular e restrito.

Em sentido particular, efeitos penais são as consequências jurídicas da condenação, diversa da pena acessória.⁶¹

O Código italiano arrolou, também, entre as penas acessórias, a interdição de ofício público, e a suspensão do exercício de uma profissão ou a interdição de profissão ou arte, a perda ou suspensão do pátrio-poder ou da autoridade marital, mas previu, ainda, a interdição legal e a perda da capacidade de testar e a nulidade do testamento feito antes da condenação (art. 19), de que não cogita o Código brasileiro. Este conferiu à disciplina das penas acessórias mais dignidade, coerência e precisão.

⁶¹ SABATINI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Roma, 2.^a ed., 1935, pág. 362.

“Elas não seguem sempre de direito a condenação, como na Itália, pois às vezes são antecipadas (art. 71), ou impostas na própria sentença, art. 70, dependendo outras vezes do *prudente arbitrio* do juiz etc. O sistema brasileiro assenta em critérios próprios”.

“E demonstra com o art. 20 do Código italiano, que aí as acessórias são de direito, conseqüentes à condenação, como efeitos penais da mesma (ob. cit., fls. 70), não sendo assim em nosso sistema. E o juiz, no caso dos autos, não se deteve sobre a alegação “da interdição de profissão”, em fase alguma do processo, nem durante o processo, art. 71 do Código Penal; nem por ocasião da sentença, art. 70, a ela não se referindo, porque se o fizesse teria de o fazer motivando, justificando, a “suspensão ou exclusão de direitos de que o agente se tornou indigno, ou exerceu de forma providamente perigosa ou danosa”.

O Código, tratando de penas principais e acessórias em capítulos diferentes, afastou qualquer confusão propícia aos debates doutrinários, que provocam a perplexidade da Justiça e geram dúvidas contrárias aos interesses da defesa social. São penas acessórias exclusivamente as previstas no Código, de acôrdo com o princípio da reserva legal.

Daí a virtude, de que se envaideceu Rocco, na *Relação Ministerial*, de sistematizar, orgânicamente, as penas restritivas da capacidade jurídica, fixando uma distinção nítida entre as penas principais e as acessórias, e tornando possível, mas firme e homogênea a disciplina jurídica de umas e de outras.

Rocco exaltou, então, a abolição, na Itália, dos sub-rogados e complementos penais, cuja natureza híbrida — penal, civil, administrativa — impede a unificação conceitual e a discriminação em relação às penas verdadeiras e próprias. E, por isso, depois das penas principais, nosso legislador previu as penas acessórias, com inconfundível e exclusivo caráter de pena.

O projeto SÁ PEREIRA (1928) distinguia as penas principais, ou sejam, multa, exílio local, detenção, prisão, relegação (o exílio local foi colocado pelo Código no lugar próprio, entre as medidas de segurança, suprimindo-se a *relegação*, baseada no pressuposto da incorrigibilidade e denominando-se reclusão à prisão), das acessórias, ou sejam, interdição de direitos, publicação da sentença, confisco de certos objetos. O Código previu tal sanção, segundo o caso, ora como efeito da condenação no art. 74, II, *a*, ora como medida de segurança (art. 100) e, de acôrdo com a lei especial, deixou a expulsão do estrangeiro na alçada administrativa (art. 101).

O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO previa as penas de *reclusão*, *detenção*, *segregação* e *multa*. Escreveu, a respeito, o seu autor:

“Não há penas acessórias: a publicação da sentença, a confiscação dos instrumentos e proventos do crime, a inabilitação para o exercício de direitos, consideramo-las efeitos

“necessários da condenação a determinadas penas ou por “certos crimes”.⁶²

O Código suprimiu a *pena* de segregação, que encerrava verdadeira medida de segurança, na qual se convertia a pena privativa de liberdade imposta aos silvícolas incompletamente adaptados, aos portadores de grave anomalia psíquica e aos surdos-mudos incompletamente educados.

As penas principais são, portanto, a reclusão e a detenção (privativas de liberdade) e multa (pecuniária).

Não recorreu o Código aos elencos de riqueza puramente nominal, mantendo-se equidistante dos influentes partidários da pena única e dos adeptos do que poderíamos chamar *a inflação penal*, de que abusam os legisladores utópicos ou hipócritas. Esses estão sempre prontos a emitir e a pôr em circulação o papelório dos textos, sem a base metálica do aparelhamento material para a conversibilidade prática da execução. Preferiu, por isso, simplificar a previsão e reduzir a duas as penas privativas de liberdade, mas imprimindo-lhes moldes elásticos e flexíveis, dóceis à plástica judicial. O Código Penitenciário, ainda em projeto, aperfeiçoará ainda mais o processo individualizador.

As estatísticas da população carcerária e das penitenciárias e colônias existentes autorizam uma realidade satisfatória. Por outro lado, em todo o Brasil, cogita-se da construção dos monumentos necessários à execução do Código, que, aliás, admite o cumprimento de penas impostas pela Justiça de um Estado em estabelecimento de outro Estado ou da União (artigo 29, § 3.º). É claro que se torna indispensável fazer muito mais. Nada tão estimulante e provocador, nesse sentido, do que uma legislação maleável nos meios, mas intransigente no objeto e nos fins.

Perante a Comissão Especial do Código Penal da Câmara dos Deputados, a 22 de junho de 1930, declarou SÁ PEREIRA

⁶² TOBIAS BARRETO sustentava: “penas acessórias são as que somente ou quase sempre aparecem ao lado das principais, como as inhabilitações para os cargos” (ob. cit., pág. 116).

que a pluralidade de pena, constante do projeto e correspondente à necessidade iniludível do princípio individualizador, se reduz, por assim dizer, quanto ao sistema projetado, a duas figuras principais.⁶³

Simplificando o sistema penal, o Código, como vimos, aprimorou a sua estrutura finalística em torno de duas sanções privativas de liberdade, suficientemente maleáveis para obter, nas fases judicial e administrativa (Código Penitenciário e regulamentos), perfeita justaposição.

Na Itália, o Código de 1930 suprimiu a detenção, sob o fundamento de que, praticamente, sobretudo por falta de estabelecimentos, não havia diferença entre esta e a reclusão. Mandou, porém, separar as seções e, no regulamento dos institutos de prevenção e de pena, estabeleceu, meticulosamente, regimes diversos. Assim, apesar de cancelar a pena de detenção, adotada no Código de 1889, exigiu para a única “pena detentiva ou restritiva da liberdade pessoal” aparelhamento carcerário capaz de garantir modalidades equivalentes à diversidade de atributos.

O Código brasileiro, elaborado na previsão de um Código Penitenciário minucioso e discriminador,⁶⁴ equidistante da rigidez da pena única⁶⁵ ou da pluralidade artificial, e sem

⁶³ O dualismo das penas detentivas é a norma: Alemanha (reclusão e prisão), Noruega (reclusão e prisão), Colômbia (reclusão e prisão), Argentina (reclusão e prisão), e outros já citados.

⁶⁴ Da *Exposição de motivos* do professor ALCÂNTARA MACHADO já constava: “Com referência às penas privativas de liberdade, o ante-projeto se desvia do projeto da Comissão Legislativa que, ao discipliná-las, entra nos pormenores de sua regulamentação, o que se nos afigura matéria do Código Penitenciário”.

⁶⁵ GROB, *Pluralité de peines privatives de liberté ou peine unique*, Lausanne, 1931. A unidade penal foi discutida no Congresso Internacional de Estocolmo, e apoiada por SALELLES, com influência em códigos e projetos e na justiça, embora reconhecendo diferenças de ordem prática, sem prejuízo do gênero da pena. A doutrina predominante e generalizada, hoje, considera a pena única um absurdo, que admira ver acolhido por um paladino da individualização da

incidir na economia de nomenclatura do Código italiano, imposta pelo seu próprio mecanismo separatista, orientou-se pelas necessidades mínimas da individualização judicial, na medida dos nossos recursos e possibilidades materiais.

As “penas privativas de liberdade” são sempre temporárias (art. 55), de acordo mesmo com o art. 122, n.º 13, da Constituição de 1937⁶⁶ e estão previstas na ordem de gravidade (arts. 51, última parte e 118).

A reclusão é a mais grave das penas privativas de liberdade.

Não precisava declará-lo o legislador, como fez o Código suíço (art. 35), porque resulta da ordem da previsão, do regime, da elaboração doutrinária e dos antecedentes do nosso direito.

A duração das penas superiores a três anos pode ser reduzida até de metade (art. 60, I).

A Constituição de 1937, no dispositivo mencionado, alude a penas corpóreas.

Vimos, porém, no n.º 5, que corporais ou corpóreas são, a rigor, as penas aplicadas, diretamente, no corpo do delin-

⁶⁶ Ambas as penas privativas de liberdade são temporárias. A de reclusão é a mais rigorosa” (da *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS).

pena. A pena única foi repelida pela Conferência Penal e Penitenciária Brasileira (1930).

O professor HERMENEGILDO MILITÃO defende, entre nós, a tese de que “todas as penas privativas de liberdade, no Brasil, de acordo com as condições mesológicas, podem ser unificadas na pena de prisão com trabalho, em penitenciárias agrícolas mistas, longe do urbano, isto é, com estágio em prisão fechada, seguida de estágio agrícola, já aqui por merecimento, e finalmente o livramento condicional com localização em colônias de trabalhadores livres, tudo sob a permanente superintendência do Conselho Penitenciário; as penas de prisão simples deveriam ser abolidas, substituindo-se por pena pecuniária com a possibilidade de parcelamento, mas imprescritível até final liquidação, suspensos os direitos políticos” (10.º Congresso Penal e Penitenciário Internacional, Rio, 1933, pág. 212).

qüente. O Código de 1890 referia-se a “penas restritivas da liberdade individual” (art. 44).

A pena de reclusão, no Código de 1890, destinava-se a determinadas categorias de criminosos políticos e era cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47).

As leis ns. 38, de 4 de abril de 1935, e 136, de 14 de dezembro do mesmo ano, que regulavam, antes do advento do dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, os crimes contra a ordem política e social, também previam a pena de reclusão. Atualmente, porém, esta pena só é prevista no Código Penal comum, o que representa uma conquista para a uniformização da nomenclatura, tão útil à diferenciação das infrações (1942).

O Código excluiu, portanto, qualquer pena eliminatória.

A pena de reclusão é semi-eliminatória, pois que, por determinado período de tempo, priva da convivência social.

A reclusão distingue-se da detenção, esta cominada para crimes de menor gravidade, porque: 1.º em regra, não admite a suspensão condicional; 2.º comporta período inicial de isolamento diurno e remoção para colônia; 3.º o trabalho não pode ser escolhido; 4.º implica penas acessórias e medidas de segurança mais importantes e assíduas.

O Código não admite pena curta de reclusão, mas somente de detenção, que é equiparável à *custódia honesta* dos romanos e sempre obriga a separação em estabelecimentos ou seções especiais.⁶⁷

O combate às penas curtas, reduzidas ao mínimo, faz-se, ainda, no Código, pela alternância da multa, pela abstenção, substituição e suspensão condicional da pena. Os reincidentes perigosos têm contra si a alternativa e, em regra, incidem em penas de reclusão.

⁶⁷ Segundo FLORIAN, a separação dos estabelecimentos e das seções atenua os vícios das penas curtas (FLORIAN, *Trattato*, cit., página 799).

Estima-se, geralmente, em um mês, o mínimo específico da privação de liberdade, para evitar os principais males das chamadas penas curtas. Pelo projeto alemão de 1919, se a prisão não excede de um mês, o juiz aplica multa. A prisão, no Código francês de 1810, pode ser imposta desde seis dias e, no holandês, desde um dia; no italiano de 1889, a reclusão mínima era de três dias. O Conselho Nacional Suíço optou, em 1928, pelo mínimo de oito dias.

Podem ser assim resumidos os argumentos contra a pena curta,⁶⁸ cuja abolição a escola positiva sempre pleiteou intransigentemente: não tem finalidade; é onerosa para o Estado, que custeia as despesas da manutenção do condenado; não emenda, não corrige, não regenera; não suprime a capacidade de prejudicar, não intimida e até estimula os corrompidos e corrompe os honestos, desencoraja, rebaixa aos olhos da família e dos companheiros, enfraquece a noção de dignidade pessoal, tira o emprêgo ou a clientela, impelindo à embriaguez e à vagabundagem, encaminhando o primário à profissão criminal.⁶⁹

Tanto VON LISZT como a União Internacional de Direito Penal (n.º 7 do programa), com responsabilidades especiais na luta prática contra as penas curtas, contentaram-se com a sua supressão, *quanto possível*, reconhecendo, assim, a impossibilidade de obtê-la de modo absoluto.

Os adversários das penas curtas, reunidos em torno dos postulados e das soluções da escola positiva, arrolam, entre os seus principais sucedâneos, a multa, da qual o Código fez freqüente, preciso e seguro emprêgo.⁷⁰

Multa significa, etimologicamente, multiplicação, aumento progressivo. Não é sanção própria do direito penal, mas só neste comporta conversão.

⁶⁸ HEILBORN E LETO foram seus convictos defensores.

⁶⁹ PRINS, VON LISZT e LOGOZ salientaram-se no combate às penas curtas, em relação às quais se mostram tolerantes VALLOTTON e HAGERUP.

⁷⁰ O projeto GALDINO SIQUEIRA a excluía.

Admite-se como muito remota a origem da pena pecuniária. O direito romano previa, tanto o confisco total ou parcial dos bens, como a multa, a princípio paga com a consignação de ovelhas e de bois e, depois, com o pagamento de soma em dinheiro discricionariamente fixada pelo juiz e recolhida ao erário. Os antigos povos germânicos usaram, largamente, a pena pecuniária com o caráter de composição privada — o chamado *preço da reconciliação* — e ainda para extinguir a punibilidade do homicídio, para satisfazer danos menos graves, para o pagamento ao fisco pela perturbação pública, e ao soberano para readquirir a paz perdida por haver desobedecido à sua ordem.

Foi entre os romanos que a pena pecuniária conquistou o caráter público, em benefício exclusivo do Estado.

A pena pecuniária data, portanto, do período da vingança pública, servindo até a apenação dos crimes mais graves, inclusive, vimos, o homicídio.

Sob a influência do direito divino, que erigiu a pena em expiação do pecado (crime), atravessou o emprêgo da multa uma fase de declínio.

Mas, o desenvolvimento da vida econômica restaurou, a partir do fim do século XIX, o seu prestígio. Este cresceu e manteve-se, quando os males das penas privativas de liberdade penetraram na consciência dos legisladores.

A princípio, tais penas honraram a herança recente da crueldade das penas corporais.

A mentalidade política não se adaptara à revolução operada, acolhendo a conquista pela evidente inutilidade da expiação física, que realizava a vingança social com variedades ricas em requintes sádicos. Procurava-se, por todos os meios, fazer sofrer, na honra individual, na dignidade humana, na integridade corpórea. O trabalho exaustivo, forçado, inútil, sem alegria, nem proporção, o cancelamento de todas as regras de higiene, a privação de luz, de ar, de movimento, a recusa pelo Estado de alimentar e vestir o prêso dependente de benfeitores incertos e sóbrios, a promiscuidade de vida

entre indivíduos de passado e condições opostas — êste o primeiro quadro das penas detentivas.

A privação da liberdade, primitivamente, visava evitar a fuga dos réus, enquanto sujeitos à Justiça, porém, com a evolução, no sentido humano e científico, dos sistemas penitenciários, tornou-se recurso menos imperfeito. A prisão protege o criminoso contra a vindita privada e constitui impedimento material à atividade ilícita.

É menos desigual do que as penas corporais na aplicação, mais propícia à individualização e mais eficiente do ponto de vista da readaptação individual.

Mas, não se integrará totalmente nas vantagens históricas de seu advento, enquanto desfalar a sociedade de fatores de trabalho e dissolver a família; enquanto persistirem as prevenções contra os egressos e as demais dificuldades da readaptação; enquanto se der mais importância à pena do que ao delito e, sobretudo, ao criminoso; enquanto desmoralizar e corromper pela promiscuidade carcerária; enquanto onerar o Estado.

De qualquer forma, as penas detentivas só vieram humanizar o tratamento legal dos criminosos depois que se esboçaram os sistemas penitenciários, com o programa de conferir uma finalidade corretiva ao encarceramento.

É o que veremos no número seguinte.

A evidência dos resultados da pena pecuniária conquistou a unanimidade das opiniões (ASCHROTT, GOLDSCHMIDT, MERKEL, REINTZOLD). BONNEVILLE não admitia a pena detentiva, se suficiente a multa.

O projeto alemão de 1927 foi o mais copioso na cominação da multa.⁷¹ Esta não mais se confunde com a reparação, sobretudo porque aproveita ao Estado e não ao indivíduo ofendido.

⁷¹ A lei inglesa *Criminal Justice Administration Act* (1914), cuja aplicação contribuiu, em grande parte, para diminuir a população carcerária, venceu as últimas dúvidas a respeito.

Contemporâneamente, na Holanda, até crimes de lesa-majestade são reprimidos pela multa.

Apontam-se como vantagens desta: é reparável, fracionada, graduável, simples, fácil e expedita; permite proporcionalidade ao crime; conforma-se às condições individuais e sociais do delinqüente; afasta os inconvenientes da prisão, mormente quando desenraíza o sentenciado do meio; previne e reprime eficazmente os crimes leves; é revogável e facilmente indenizável; não desfalca, antes enriquece, os cofres públicos, facilitando ainda a reparação do dano; não perturba a organização econômica da sociedade; não enfraquece as energias morais do sentenciado, nem desorganiza e humilha sua família. Nos delitos inspirados no lucro, teria atuação específica.

FLORIAN, SALTELLI, ROMANO, DI FALCO recentemente demonstraram a excepcional eficiência da pena pecuniária para os delinqüentes menos perigosos (ocasionais e passionais), nas contravenções e, sobretudo, nos crimes cometidos por avidez de lucro, operando mais fácil e prontamente, quando proporcionadas às condições dos réus.

Apontam-se ainda os crimes leves e os culposos.

DEMOGUE considerou a multa a pena típica contra os crimes da cobiça, porque atinge o lado sensível do delinqüente.⁷²

No Congresso de Budapeste (1905), a pena de multa foi recomendada como pena suplementar, sempre que a cobiça constitua o móvel do crime. No Congresso de Londres (1925), teve igual acolhimento o uso extensivo da pena de multa, facultando-se ao juiz decretá-la como substitutiva da prisão, conforme as circunstâncias.

O projeto SÁ PEREIRA, revestindo, excepcionalmente, a multa do caráter de pena complementar, foi o primeiro a prever, entre nós, a acumulação obrigatória da pena pe-

⁷² Foi Rossi o primeiro a considerar a pena de multa exemplar nos crimes que têm sua fonte na avidez de lucro.

cuniária, quando o delinqüente tivesse agido por espírito de ganância, cobiça ou avareza.

O Código não adotou a inovação que o Código italiano, determinando limites, aproveitou do art. 46 do projeto FERRI e do art. 49 do projeto suíço (agosto de 1915).

Trata-se, como notou FERRI, de princípio positivista que somente pode ser realizado por um Código que adapte a sanção à personalidade do delinqüente, caracterizada decisivamente pelos motivos determinantes.

O Código brasileiro está nesse caso, mas a regra geral, sem fixação de limites, quebraria a relatividade do arbítrio judicial, nêle sistematizada, e a fixação, para produzir o pretendido efeito, não atenderia às condições econômicas dos réus. O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO optou pela regra geral, aberrante do seu sistema de aplicação da pena.

O Código optou por solução mais precisa: cominou a pena de multa, especificamente, quando elementar a cobiça, salvo nos casos em que essa exacerbação virtual da pena privativa de liberdade constituiria demasia (arts. 227, 3.º; 228, § 3.º; 245, parág. único; 261, § 2.º; 282, parág. único; 301, § 2.º; 302, parág. único etc.).

Acresce que, no Código, a pena de multa é sempre cominada alternativa ou cumulativamente.

São conhecidas as razões em contrário: só aos pobres intimida a multa, iniquamente distribuída, dadas as extremas diferenças de patrimônio; ou a multa é inexecutível contra os pobres, ou, convertendo-se em prisão, sacrifica os pobres e serve aos ricos.

Se constitui forte freio contra os pobres e remediados, é inadequada e inidônea para os abastados, entre os quais também se estabelece a desigualdade na proporção das diferenças de patrimônio.

HAGERUP, na sessão de Cristiânia da União Internacional de Direito Penal, assinalou que repugna ao sentimento popular ver comprar a impunidade com uma soma de dinheiro.

Para êsses inconvenientes, impuseram-se estas soluções: atender, na aplicação, às condições econômicas do réu (FERRI,

STOPPATO, GUCHE, STOOS) e permitir o parcelamento do pagamento.⁷³

Realmente, se não fôr proporcional ao patrimônio, a pena de multa fugirá à sua finalidade.

O Congresso de Londres (1925) e a União Internacional de Direito Penal reunida em Cristiânia preconizaram facilidades para o pagamento da multa, sendo que a última encareceu o pagamento parcial.

Essa orientação inspirara-se no pensamento de von LISZT fundamentado na sessão anterior.

O parcelamento despertaria, a cada prestação, a lembrança dos ônus e dos perigos do crime e aumentaria o valor educativo da multa (VON LISZT).

No Congresso de Budapeste e na Sociedade Geral das Prisões, de Paris, surgiram objeções à faculdade de devassar a Justiça a vida econômica dos réus, impondo a publicidade do julgamento criminal a muitas matérias resguardadas pelo sigilo.

O Código removeu tôdas essas dificuldades, consagrando, às vêzes, originalmente, critérios fundamentais a bem da equidade, da eficácia e da exeqüibilidade da pena de multa: I) a sua fixação de acôrdo com a situação econômica do réu, podendo o juiz, por exceção, ultrapassar o máximo específico; II) o pagamento parcelado e a prorrogação dos prazos; III) a fiança real ou fidejussória; IV) o desconto da remuneração do trabalho penal ou do trabalho livre.

Quanto à apuração das condições econômicas do réu, o juiz, sem sacrificar a defesa social, encontrará, na prudência de seu arbítrio, os limites necessários à salvaguarda dos legítimos interesses individuais que, de qualquer maneira, não podem primar sobre os interesses sociais. A própria legislação fiscal permite o exame da escrita comercial. De ma-

⁷³ CICALLELLI, adversário da pena pecuniária, in *Scuola Positiva*, VII, pág. 557. Ver réplica de ANGIOLINI, pág. 666, e tréplica de CICALLELLI, VIII, pág. 148 (ver FLORIAN, *Trattato*, cit., 2.º, pág. 806).

neira geral, a intervenção do Estado é cada vez maior nesse particular.

Como vimos, a pena de multa, na Parte Especial, está sempre acompanhada de pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulativamente. Mas, na acumulação, não tem caráter complementar, pois cada sanção apresenta finalidade própria.

O Código, que adotou o princípio das penas relativamente indeterminadas,⁷⁴ fez largo uso das penas paralelas, isto é, a cominação ou não de duas ou mais penas de qualidades diferentes, mas de quantidade igual ou diversa, para o mesmo crime, ficando ao juiz, na aplicação, a opção por uma delas, a qual exclui a aplicação das outras.

Completa-se, assim, a adaptação das sanções à personalidade e à periculosidade do agente.

Quando são diversas a qualidade e a quantidade, as penas são chamadas *alternativas* pelos que as distinguem das *paralelas*.⁷⁵ Há, também, penas conjuntas ou cumulativas, em que a cominação complexa é compulsoriamente esgotada.

O juiz é sempre obrigado a fixar, sob todos os aspectos, a personalidade do réu, dentro da necessária margem para a individualização. A sanção acompanhará, portanto, as exatas medidas da responsabilidade e da periculosidade. A determinação da pena é feita pelo próprio réu com o seu passado e com o seu crime, podendo reduzi-la ou suvizi-la, *a posteriori*, com a sua conduta de sentenciado. Tateia-se-lhe o futuro com os índices do passado e do presente. Faz-se mais que classificar os criminosos, individualiza-se, dentro do possível, o tratamento legal, diante dos elementos humanos e sociais revelados pelo crime. A classificação, através da lei,

⁷⁴ O Congresso Penitenciário Internacional de Londres (1925) aprovou a moção de FERRI para a aplicação do princípio da pena indeterminada, não só ao reincidente, mas a todos os criminosos (*Studi*, 2.^a ed., Turim, 1936, págs. 818 e segs.).

⁷⁵ Sobre as penas paralelas: FLORIAN, *Trattato*, cit., 2.^o, pág. 797.

além de tudo, seria apriorística, sintomática, genérica; a individualização é direta, essencial e específica. É a identificação moral.

Durante a execução, diante da observação quotidiana, completa-se e aperfeiçoa-se a individualização.

SEÇÃO I

DA RECLUSÃO E DA DETENÇÃO

Regras co-
muns às pe-
nas privati-
vas de li-
berdade

*Art. 29. A pena de reclusão e a de de-
tenção devem ser cumpridas em penitenciária,
ou, à falta, em seção especial de prisão comum.*

*§ 1.º O sentenciado fica sujeito a traba-
lho, que deve ser remunerado, e a isolamento du-
rante o repouso noturno.*

*§ 2.º As mulheres cumprem pena em es-
tabelecimento especial, ou, à falta, em seção ade-
quada de penitenciária ou prisão comum, fican-
do sujeitas a trabalho interno.*

*§ 3.º As penas de reclusão e de detenção
impostas pela Justiça de um Estado podem ser
cumpridas em estabelecimento de outro Estado
ou da União.*

Reclusão

*Art. 30. No período inicial do cumpri-
mento da pena de reclusão, se o permitem as suas
condições pessoais, fica o recluso também sujei-
to a isolamento durante o dia, por tempo não-su-
perior a três meses.*

*§ 1.º O recluso passará, posteriormente, a
trabalhar em comum, dentro do estabelecimento,
ou em obras ou serviços públicos, fora dêle.*

§ 2.º *O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar:*

I, se já cumpriu metade da pena, quando esta não é superior a três anos;

II, se já cumpriu um terço da pena, quando esta é superior a três anos.

§ 3.º *A pena de reclusão não admite suspensão condicional, salvo quando o condenado é menor de vinte e um anos ou maior de setenta, e a condenação não é por tempo superior a dois anos.*

Detenção

Art. 31. O condenado a pena de detenção fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão e não está sujeito ao período inicial de isolamento diurno.

Parág. único. O trabalho, desde que tenha caráter educativo, pode ser escolhido pelo detento, na conformidade de suas aptidões ou de suas ocupações anteriores.

Regulamentos das prisões

Art. 32. Os regulamentos das prisões devem estabelecer a natureza, as condições e a extensão dos favores gradativos, bem como as restrições ou os castigos disciplinares, que mereça o condenado, mas, em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana.

Parág. único. Salvo o disposto no artigo 30, ou quando o exija interesse relevante da disciplina, o isolamento não é permitido fora das horas de repouso noturno.

Superveniência de
doença
mental

Art. 33. O sentenciado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.

Tempo de
prisão pre-
ventiva ou
provisória
ou de in-
ternação
em hos-
pital

Art. 34. Computam-se na pena privativa de liberdade o tempo de prisão preventiva ou provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio.

DIREITO ANTERIOR — Arts. 45 a 49, 53, 54, 60, 68 e 409 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código suíço*: “A reclusão é cumprida em estabelecimento ou em seção de estabelecimento exclusivamente destinado a este fim” (art. 35, 2); “A prisão é cumprida em estabelecimento ou em seção de estabelecimento exclusivamente destinado a este fim” (art. 36, 2); “... Os regulamentos penitenciários fixarão as condições e a extensão dos benefícios que poderão ser concedidos progressivamente ao condenado. Em regra, o condenado será recolhido à célula durante os três primeiros meses de reclusão ou durante o primeiro mês de prisão. A direção do estabelecimento poderá abreviar ou prolongar o período celular, ou restabelecer o isolamento, se o exige o estado físico ou mental do condenado ou o fim da pena. O condenado está sujeito a trabalho. Tanto quanto possível, o trabalho deverá conformar-se às aptidões de cada detido e colocá-lo em condições de ganhar a vida, depois de sua libertação. Em geral, os condenados trabalham em comum, devendo, todavia, ser recolhidos à célula durante as horas de repouso...” (art. 37). “... Se, durante a execução da pena, o condenado deve ser transferido para hospital ou hospício, a duração dessa estada será computada na pena...” (art. 40). *Código italiano*: “A pena de reclusão estende-se de 15 dias a 24 anos, e é cumprida em um dos estabelecimentos a esse fim destinados, com a obrigação de trabalho e com isolamento noturno. O condenado a reclusão, que cumpriu, pelo menos, um ano da pena, pode ser admitido ao trabalho ao ar livre” (art. 23); “... As mulheres cumprem a pena detentiva em estabelecimentos distintos dos destinados aos homens...” (art. 141); “Nos estabelecimentos penitenciários, cabe aos condenados uma remuneração pelo trabalho prestado...” (art. 145); “Se, antes da execução de pena restritiva da liberdade pessoal ou durante a execução, sobrevém ao condenado uma enfermidade psíquica, o juiz, quando julgar

que a enfermidade impede a execução da pena, ordena que esta seja adiada ou suspensa e o recolhimento do condenado a manicômio judiciário ou a casa de cura e de custódia. O juiz pode dispor que o condenado seja recolhido a manicômio comum ao invés de manicômio judiciário, se a pena é inferior a três anos de reclusão ou prisão e não se trate de delinqüente ou contraventor habitual ou profissional ou de delinqüente por tendência... A providência do recolhimento é revogada e o condenado submetido à execução da pena, quando desaparecerem as razões que determinaram tal providência" (art. 148). *Projeto argentino* (COLL-GÓMEZ) de 1937: "... Estes (os regulamentos administrativos) não poderão alterar as características, que o presente Código determina para cada uma das sanções, nem autorizar medidas que, a título de correções disciplinares, afetem a dignidade ou a saúde do condenado..." (art. 33, 3.º).

COMENTARIO

SUMÁRIO: 7. Sistemas penitenciários. 7-A. Colônias penais. 8. Sistemas penitenciários no Brasil. 9. Regras das penas privativas de liberdade. 10. Isolamento contínuo e isolamento noturno. 11. Trabalho. 12. Disciplina. 13. Mulheres. 14. Cômputo de prisão e internação. 15. Intervenção do juiz na execução.

7. A prisão é método penal moderno. Não havia necessidade dela, quando a repressão girava em torno da pena capital e das penas corporais e da transportação. Surgiu como reação contra a ignomínia, a crueldade e a estupidez dos castigos, para humanizar e racionalizar o tratamento do criminoso. Ninguém se deu, porém, ao trabalho de investigar se, na realidade, era mais humana.⁷⁶

Os historiadores do direito romano não acordaram sobre a existência, em Roma, da pena carcerária propriamente dita, com caráter público. O cárcere servia de simples custódia do acusado. Havia, porém, limitações da liberdade, como a escravidão e a condenação *ad metalla*. Eram conhecidos os cárceres rústicos para escravos acorrentados destinados à cultura dos campos.

⁷⁶ GILLIN, *Criminology and Penology*, New York, 1929, pág. 275.

A Igreja provocou um movimento de idéias para converter a pena em expiação da falta cometida com o propósito de emenda. A concepção religiosa da penitência influiu nas reformas carcerárias, tendentes a defender a personalidade humana e a preparar a correção e a readaptação. Contribuíram, poderosamente, para a nova ordem penitenciária o aumento da criminalidade nos séculos XVI e XVII. Verificou-se a impossibilidade de empregar as penas corporais e de morte, acumulando-se multidões de criminosos em recintos fechados, sem ordem, nem disciplina e moralmente contra-producentes.⁷⁷

Tentou-se, então, o regime dos trabalhos forçados, que teve intenções reeducativas nos *reclusórios* de Amsterdã para homens (1595) e para mulheres (1597), nos institutos afins de Bremem (1609), Lubeque (1616), Hamburgo (1622), Dantzig (1629), na *Casa de refúgio para menores*, em Florença (1650-1667), nos *Cárceres Novos* da rua Giulia, em Roma (1655), no Instituto São Miguel, em Roma (1703). Nesse, foi adotada a célebre legenda do papa CLEMENTE XI: "*parum est carcere improbos pœna nisi probos efficias disciplina*".⁷⁸

A obra de BECCARIA e de HOWARD deve-se, porém, o impulso decisivo e orgânico de reforma, lentamente generalizado.

BECCARIA exortou os homens à lembrança de que séculos de crueldade não fizeram melhorar os seus semelhantes.

⁷⁷ Não é com cárceres medievais, lugares de encerramento, mas com as casas de correção, que começa a pena privativa de liberdade como método definido e característico. Aliás, até a idade moderna os lugares de encerramento eram fábricas, conventos, fortalezas, como a Torre de Londres, a Bastilha, a Salpêtrière.

⁷⁸ Os ingleses e americanos consideram as cadeias comuns e as *Bridewells* (esboços de casas de correção), dos condados ingleses, as primeiras (1550) prisões propriamente ditas, isto é, estabelecimentos para cumprimento de penas e não depósitos de acusados à espera de julgamento (WEBB, *English Prisons under Local Government*, Londres e New York, 1922, págs. 1 e 3). Os italianos sustentam que o sistema celular foi conhecido em Toscana (1677) e, em 1703, no Estado pontifício (FLORIAN, ob. cit., 2.º vol., pág. 797).

ALESSANDRO VERRI, *protetor dos cárceres*, foi o principal companheiro de BECCARIA.

Visava-se, sobretudo, combater a promiscuidade e proporcionar trabalho, instrução, higiene, saúde e conforto moral aos encarcerados.

No campo prático, salientou-se HOWARD, que, como prisioneiro em Brest, experimentou, pessoalmente, as condições dos cárceres.

Depois, como *sheriff*, na Inglaterra, inspecionou as prisões, inteirando-se da desordem, da promiscuidade, da corrupção, da ociosidade, da completa ausência de higiene, em todas elas.

HOWARD empreendeu melhoramentos essenciais, em que avultaram as propostas de POPHAM (1774).

HOWARD visitou quase todos os cárceres e *lazaretos* da Europa, ampliando no espaço a sua ação de precursor.⁷⁹

A fase de propaganda e agitação de idéias, de precário rendimento na Europa, produziu os seus melhores resultados na América do Norte. Aí apareceram sistemas penitenciários, que, depois, tiveram projeção em todo o mundo e, ainda hoje, influem na prática.

O chamado sistema de Filadélfia ou de Pensilvânia resultou da iniciativa do comerciante em Filadélfia RICARDO WINSTOR, levada a efeito, em 1775, na Pensilvânia, e consiste no isolamento completo do sentenciado (*solitary system*), de noite e de dia. Dominava, então, na Pensilvânia, a seita protestante *quakers*, que foi uma cisão do puritanismo. WINSTOR morava na vizinhança de um cárcere em Filadélfia e se escandalizara com a completa promiscuidade de moços e velhos, homens e mulheres, réus e sentenciados, e o que, certamente, lhe pareceu insuportável... de pretos e brancos. E engendrou

⁷⁹ Em 1777 publicou o livro *O estado das prisões* e, 12 anos depois, *A história dos lazaretos*, de repercussão igual à do opúsculo de BECCARIA, combatendo, antes de tudo, a promiscuidade e pregando a necessidade do trabalho e a colaboração religiosa na emenda. "Fazei o homem metódico, laborioso e o fareis honesto".

a célula individual, donde jamais saía o prisioneiro, para que, evitando o contágio, todo o seu tempo se destinasse à solidão propícia ao arrependimento pela meditação e pela leitura de livros religiosos. Não recebia visitas. Só podia falar ao capelão. Era proibido o trabalho, para que só se ocupasse com a instrução escolástica e os serviços divinos.

Desde 1790 e, principalmente, em 1819, os estabelecimentos penitenciários americanos passaram a adaptar as suas instalações ao *solitary system*, mas o ideal puritano, já em 1813, admitia pequenos pátios para passeios. Em 1821, o *solitary system* convertia-se em *separate system*, permitindo-se ao sentenciado comunicação com funcionários do estabelecimento e membros das sociedades protetoras e, mais tarde, com visitantes europeus.

Aparecem as primeiras penitenciárias em Filadélfia e em Pittsburgh, construídas por HAVILAND, segundo a concepção de BENTHAM.⁸⁰ Penetraram, assim, nas células a luz e o ar. Em 1829 levantou-se na penitenciária de Filadélfia, a proibição relativa ao trabalho. Como se vê, o chamado sistema filadélfico ou pensilvânico (Filadélfia é cidade do Estado de Pensilvânia) constituiu aspiração pessoal, de fundo religioso, localizada e transitória e teve execução flutuante, ora pelas dificuldades do aparelhamento, ora pela impossibilidade de vigilância e de assistência.

A penitenciária oriental de Filadélfia foi criada pela legislação da Pensilvânia em 1821, mas não teve utilização até 1829.

⁸⁰ A Inglaterra, depois da independência americana e do processo da deportação para a Austrália, foi obrigada a enfrentar o problema.

O melhor fruto da necessidade foi a concepção de BENTHAM, justificada no Parlamento inglês e depois na França — o sistema panóptico, pelo qual as penitenciárias seriam construídas em raios, permitindo aos vigilantes, postados ao centro, dominar todo o estabelecimento. Era um achado arquitetônico para garantir a segurança. A primeira prisão desse tipo foi a de Millbank, na Inglaterra (1816).

A prisão comportava 250 prisioneiros, separados em células individuais, com espaço para o trabalho. Em cada célula do primeiro andar existia um pátio para exercício, com 8 x 20 pés, circundado por muros de 11 pés e seis polegadas de altura.

Em cada célula havia uma *Bíblia*, o único livro que o sentenciado podia ler. Era absoluta a proibição de correspondência.

O sistema solitário com trabalho partiu da experiência que teria sido colhida em Walnut Street (Filadélfia), Newgate (New York), Charlestown (Massachusetts) e outras prisões, quanto ao contágio moral.

Além disso, proclamava-se, vivendo em silêncio, dia e noite, o sentenciado faria um exame de consciência propício ao arrependimento. Por outro lado, o trabalho na célula contribuiria para a própria subsistência, entretendo a monotonia e a solidão.

O sistema auburniano nasceu na primeira década do século XIX, no Estado de New York, com a penitenciária de Auburn, construída em 1816 e reformada em 1820. Seus primeiros diretores — Juan Cray e Elam Lynd — introduziram, naquele estabelecimento, o *congregate system*, consistente em isolamento noturno em células individuais e em trabalho em comum, durante o dia, impedida a comunicação entre os sentenciados, sob a ameaça de castigos corporais.

Tanto o sistema auburniano como o sistema pensilvânico, na última fase, vedam a comunicação com o exterior, obrigam a separação noturna em células, baseiam sua eficácia no trabalho.⁸¹

O sistema irlandês de WALTER CROFTON (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta

⁸¹ Em regra, informam os autores que o sistema filadélfico, também chamado pensilvânico e celular, foi aplicado, pela primeira vez, em 1786, na penitenciária de Walnut Street. Mas, esse sistema sofreu, desde a concepção inicial, adaptações e retificações, que prejudicam a sua fisionomia. A alteração mais importante foi a adoção do trabalho.

no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda.

Nessa conformidade, galgam-se os demais períodos — o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém, com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermediária (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida em comum para demonstrar praticamente os resultados das provas anteriores, isto é, a esperada regeneração e a aptidão para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento condicional.

O sistema irlandês mereceu a opção de quase todos os países com adaptação mais ou menos importante nos prazos e na disciplina da progressão.

A história do direito penitenciário ⁸² registra outros sistemas com pretensão a modelos, como o da servidão penal inglesa, o das colônias penais, o de Elmira, o celular moderno (belga) ⁸³ aplicado em Louvain e Eaint Gilles etc.

Contemporaneamente, VERVAECK criou a chamada *prisão psiquiátrica*, organizada de acordo com os princípios da antropologia criminal, pretendendo prover a todas as formas de delinquência, mórbida ou não.

A nova criação belga é considerada, ao mesmo tempo, uma escola, uma oficina, um hospital, uma colônia, um sanatório, um asilo...

Os chamados sistemas penitenciários, como esquemas rígidos de execução, vão perdendo o prestígio com as últimas aquisições da ciência.

A escolha dos modelos pensilvânico, auburniano ou irlandês foi substituída pela livre solução de cada um dos problemas fundamentais da vida carcerária. ⁸⁴

⁸² LIMA DRUMMOND foi seu partidário.

⁸³ Ver SIRACUSA, *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Milão, 1935; FALCHI, *Diritto Penale Esecutivo*, Pádua, 1934.

⁸⁴ Os escritores belgas reivindicam para o seu país a primazia na instituição de uma penitenciária verdadeiramente digna desse nome, como a prisão-usina de VILAIN XIII, cujo sistema pode ser assim resumido: 1.º) separação dos detentos em classes, segundo os

A elaboração dos novos rumos vem-se fazendo em entidades oficiais e particulares, em todos os países e, sobretudo, nos congressos internacionais.

Os de Florença (1841), Pádua (1842), Luca (1843), Franckfort (1846 e 1857), Bruxelas (1847) ocuparam-se do problema penitenciário que mereceu o convocação de congressos exclusivamente destinados ao seu estudo: Londres (1872), Estocolmo (1878), Roma (1885), São Petersburgo (1890), Paris (1895), Bruxelas (1900), Budapeste (1905), Washington (1910), Londres (1925), Praga (1930), Berlim (1935).

A 6 de novembro de 1880 foi criada a Comissão Penitenciária Internacional, que promoveu os congressos posteriores e na qual se achava vago o lugar do Brasil com a morte do professor CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA. Desde 1929, aquela comissão passou a denominar-se Comissão Internacional Penal e Penitenciária. As suas reuniões foram classificadas por AVELLANEDA de concílios ecumênicos da filantropia humana.

A Sociedade das Nações ocupou-se dos problemas penitenciários, dedicando várias sessões, em 1931, ao estudo do tratamento de prisioneiros.

A Comissão Internacional, a 15 de outubro de 1930, distribuiu aos membros do Conselho da Liga das Nações um memorial sobre o tratamento dos *presos* — este vocábulo foi adotado para designar tôdas as pessoas privadas de liberdade e encarceradas por qualquer motivo. Sobre separação e alojamento, concluiu:

“Quanto possível, as diversas categorias e grupos de presos devem ser detidos em prisões distintas. Onde não fôr possível, deverão as prisões ser preparadas de modo a se poder separá-los.

sexos, as idades, os crimes; 2.º) correção e emenda pelo trabalho; 3.º) segregação celular de noite e trabalho em comum de dia, com a disciplina do silêncio. VILAIN fez o primeiro projeto em 1771, que começou a ser executado em 1772. Sua memória data de 1775 (CAHEN, *Le Régime Pénitentiaire belge et la Loi de Défense Sociale*, Paris, 1936, págs. 7 a 9).

“Os presos do sexo masculino devem sempre ficar afastados dos do sexo feminino.

“Os detentos preventivamente devem estar sempre separados dos condenados. As pessoas detidas por dívidas, assim como as que o foram como medida de constrangimento legal, devem permanecer separadas dos outros habitantes da prisão.

“Os presos jovens devem permanecer sempre separados dos mais velhos, e os detentos com bom procedimento anterior daqueles dos quais se deve recear, por causa de penas anteriormente cumpridas ou por outros motivos, que possam ter uma influência perniciosa sobre os companheiros. Em regra, é preferível que os presos durmam em células separadas. Se isso não fôr possível, será conveniente colocá-los em dormitórios preparados de modo a ser segura a separação. Quando os dormitórios tiverem de ser adotados, será indispensável providenciar para uma vigilância especial durante a noite”.⁸⁵

Na circular de 1930 da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, a que já aludimos, foi sugerido o seguinte: “Aos condenados à prisão com trabalho deve-se sempre dar trabalhos a executar. Aos detidos preventivamente, que o desejarem, devem-se dar os meios de trabalhar.

“Tanto quanto seja possível, deve o trabalho ser instrutivo e de natureza a poder preparar o prêso para alcançar um meio de vida depois do livramento. Ao indicar aos presos os trabalhos, a que devem ser obrigados, deve-se tomar em consideração, quanto possível, as suas capacidades físicas e intelectuais, de acôrdo com as profissões, que antes exerciam.

“O trabalho marcado para os presos menores deve ter um caráter educativo e, quanto possível, servir para lhes ensinar uma profissão.

⁸⁵ *Décimo Congresso Penal e Penitenciário*, relatório de CÂNDIDO MENDES, Rio, 1933, pág. 26.

“As oficinas de trabalho, criadas nas prisões, devem ser organizadas, quanto possível, no molde das oficinas de trabalho livre.

“As regras estabelecidas no intuito de proteger a vida e a saúde dos trabalhadores livres devem ser igualmente observadas nas prisões. Para o trabalho quotidiano dos presos deve ser marcado um máximo de horas, que poderá variar conforme as diversas categorias de detentos.

“Recomenda-se conceder aos presos uma certa remuneração pelos trabalhos que executam”. ^{86-86-a}

⁸⁶ *Décimo Congresso Penal e Penitenciário*, relatório de CÂNDIDO MENDES, Rio, 1933, pág. 28.

^{86-a} *Condenado. Estatuto legal.* A doutrina, a respeito, pode ser concentrada em teorias. Pertence a FREUDENTHAL, a melhor formulação da teoria do estatuto legal do condenado — gênese da teoria dos direitos subjetivos. Foi a primeira projeção doutrinária do interesse pela situação jurídica em aprêço. Não obstante a nitida concepção da tutela legal do preso contra os abusos da administração penitenciária, os exageros liberais e sentimentais conduzem FREUDENTHAL à idéia de conflito entre indivíduo e Estado. Para ele a pedra angular da execução da pena está nas relações jurídicas entre o delinquente e o Estado. A lei deveria prever, expressamente, as limitações admissíveis, fixando o juiz, na sentença, tôdas as restrições a aplicar no caso concreto.

O dever supremo da lei seria demarcar, distintamente, as lindes intransponíveis entre o poder do Estado e a liberdade individual. Qualquer ofensa importaria prevaricação. Pertence a FREUDENTHAL a primazia no fazer penetrar o direito no domínio penitenciário mediante o controle judicial. Este, a garantia essencial, efetiva e militante do estatuto legal do condenado, assim assegurado e realizado. Sem a jurisdição independente a administração seria juiz em causa própria. Além disso, um tribunal composto de um funcionário e dois cidadãos estranhos subtrairia aos órgãos penitenciários matéria que exija decisão imparcial (relatório de GEORGES LADISLAS SLIWOWSKI ao 4.º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, Paris, 1937, pág. 622).

O aludido tribunal ou comissão resolveria quanto à cessação de penalidades disciplinares e outras medidas.

GRÜNHUT filia a substância das garantias legais na execução das penas à evolução da idéia de direito, como base da organização do

7-A. COLÔNIA PENAL.

Dados históricos. A pena de exílio, de trabalhos nas minas e de prisão em fortalezas foi previsto em velhas leis ibéricas. Daí a prática de transportação de criminosos no período de expansão colonial.

Portugal foi o primeiro país a aproveitar criminosos nos trabalhos de fortificações e na defesa de Ceuta, conquistada aos mouros em 1415, continuando a transportar prisioneiros, em toda a sua história colonial, principalmente no século XVI. Criminosos e vadios eram freqüentemente enviados para Cabo Verde, São Tomás e Moçambique. Os primeiros colonizadores do Brasil eram, em larga escala, desertores, criminosos políticos, criminosos comuns, abandonados nas costas e entregues ao próprio destino. Durante o século XVIII registraram-se esforços especiais no sentido de selecionar para as colônias tipos de trabalhadores e artífices. Os degredados ficavam sujeitos a severa disciplina militar, cujo rigor foi amenizado na segunda metade do século XIX. O Código português de 1852 regulava a transportação para a Índia, o leste

Estado. Considera mesmo culminante a adoção de normas inexcedíveis e invioláveis para opor um dique ao arbítrio das autoridades administrativas, de modo que cada regra favorável ao condenado, qualquer que seja o seu alcance, esgote livremente o conteúdo tutelar.

Referiu-se FREUDENTHAL, à miséria, que a prisão do criminoso acarreta à sua família. O Estado teria o dever de prover à subsistência desta, pois o Código somente pune o criminoso, e não terceiros. Aquela extensão seria ilegal e, por isso, o estatuto do condenado deveria assegurar a assistência e a proteção à família do mesmo. No 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, com a dupla investidura de delegado oficial do Brasil e de delegado do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, foi, sobretudo nesse último caráter, que declarei: "*Peores que los crimines, como causas y efectos de los desajustamientos sociales, son las condenaciones de las víctimas inocentes, y la indiferencia por la familia del delincuente, y la suerte de las mujeres y los hijos arrastrados e la perdición y a la miseria, y la inutilización del hombre detrás de las rejas de las prisiones primitivas, y la acumulación de fuerzas negativas en el seno de la coletividad*".

e o oeste da África, que aumentou consideravelmente com a abolição da pena de morte em 1867. O Código de 1886 sistematizou a prática, e o de 1892 estabeleceu a sanção para os reincidentes e facultou sua aplicação aos vadios.

Em colônias militares, organizadas em Angola, era permitido ao prêso a companhia da mulher e dos filhos. No fim do período de servidão, os presos obtinham lotes de terra. A comutação da pena e a repatriação eram admitidas.

A transportação de criminosos para as colônias portuguesas opuseram-se os chamados *livres colonizadores* da Espanha, mas FERNANDO e ISABEL decretaram, em 1547, que os sujeitos à pena de exílio e os não-passíveis de pena de morte deviam ser transportados para Hispaniola para trabalho nas minas. Na Espanha, entretanto, não assumiu grandes proporções aquele método.

Na Itália, a mais antiga colônia penal (Pianosa) é de 1859, quando o governo toscano, a exemplo dos reis da Casa de Savóia, começou a interessar-se pelos problemas penitenciários e enviou, àquela ilha, o primeiro núcleo de jovens correccionais para instituir uma colônia penal agrícola. As outras seguiram-se à distância de alguns decênios, assinalando-se as tentativas de criação de colônias de ultramar (Assab, Socotra, Bornéu), depois abandonadas.

Somente as colônias penais inglesas tiveram organização e estabilidade para as referências históricas dos sistemas penais.

Antecedentes no Brasil. Já no tempo do Império eram preconizadas as colônias agrícolas, salientando-se a campanha de NABUCO DE ARAÚJO, quando ministro da Justiça. De colônias *correccionais* trata o dec. republicano n.º 145, de 12 de julho de 1893, donde a Colônia de Dois Rios (EVARISTO DE MORAIS, *Prisões e Instituições Penitenciárias*, Rio, 1925, página 88).

As colônias penais propriamente ditas foram objeto do Código de 1890, como fase do sistema penitenciário.

Informações gerais. Na Itália, o trabalho *all'aperto* é organizado, principalmente, nas colônias penais da Sarde-

nha (Asinara, Castiadas, Isili e Mamone) e do arquipélago toscano (Capraia, Gorgona e Pianosa).

As colônias penais italianas dividem-se em *casas de trabalho all'aperto* e *colônias agrícolas*. Para as primeiras, são enviados os condenados ao ergástulo que cumpriram pelo menos três anos (art. 22 do Código Penal) e os condenados a reclusão que venceram, pelo menos, um ano da pena (art. 23 do Código Penal), admitidos ao trabalho *all'aperto* por ato do juiz de vigilância (art. 144 do Código Penal e art. 120 do regulamento para os institutos de prevenção e pena). São casas de trabalho *all'aperto* os estabelecimentos de Mamone, Castiadas, Asinara e Pianosa. Para as colônias agrícolas vão os submetidos à respectiva medida de segurança (art. 257 do regulamento dos institutos de prevenção e pena, e art. 216 do Código Penal).

O juiz estabelece se a medida de segurança deve ser executada em colônia agrícola, levando em conta as condições e aptidões da pessoa a quem se refere o provimento (art. 218 do Código Penal). São colônias agrícolas os estabelecimentos de Capraia, Gorgona e Isili.

O trabalho, a que se dedicam presos e internados, é agrícola, provendo-se à cultura da terra e à fabricação de produtos, tais como: queijo, vinhos, pão etc. Mas o trabalho principal nas colônias é a transformação de terreno inculto em campos cultivados. A princípio visava-se a assegurar vantagens à administração carcerária pelos terrenos concedidos e, depois, sobreveio a articulação em planos gerais de aproveitamento da terra.

Leia-se *Dizionario di Criminologia*, dirigido por EUGÊNIO FLORIAN, ALFREDO, NICEFORO, NICOLA PENDE, Milão, 1943.

O último livro sobre as realizações — na matéria — em todo o mundo, *Les Grands Systèmes Penitentiaires Actuels* (Paris, 1950), contém exposição sistemática, dirigida por LOUIS HUGUENEY, H. DONNEDIEU e MARC ANCEL.

Ver também *La Réforme Pénitentiaire*, de PIERRE CARNAT, Paris, 1949; *World Penal Systems*, de NEGLEY K. TEETERS, Filadélfia, 1946.

Na Suécia foram instaladas, em 1946, 11 colônias e aumentadas as antigas, tôdas para o trabalho ao ar livre. O diretor geral HARDY GÖRANSSON (ver *Les Grands Systèmes* etc., cit., págs. 314-318) salienta que, para um novo sistema de colônias, é preciso tempo, não sendo numerosas as propriedades convenientes. Seria preciso levar em conta, além do mais, as possibilidades de alojamento dos presos internados e os recursos de trabalho. Limitadas, como são, as verbas, impõe-se estrita economia na emergência. Confiaram a particulares ou a associações as colônias instaladas em domínios do Estado. Parte delas tem ainda caráter provisório. Os presos e internados são alojados em barracas e, às vezes, o próprio pessoal. Em certos casos, as barracas serão substituídas, quando possível, por construções satisfatórias. Em outros, cogita-se de dissolver colônias, quando os trabalhos que, atualmente realizam, estiverem terminados. Mas outras vêm sendo instaladas.

O número de *colonos* varia de 10 a 30; no entanto, nas colônias destinadas a hospitalizados e internados, não deveria ser de mais de 20. Atualmente, o número de lugares eleva-se a 500, mais ou menos. Há, porém, noutros estabelecimentos, lugares destinados ao regime *all'aperto*, ascendendo a 650, mais ou menos.

A 1.º de fevereiro de 1948, aproximadamente 30% dos presos estavam desfrutando o regime.

As colônias para homens são instaladas em propriedades rurais, exigindo-se grandes extensões de florestas. As terras cultiváveis não são, em geral, suficientemente grandes para que todos possam encontrar ocupação. Durante os primeiros anos, aquelas propriedades necessitavam de certos melhoramentos, mas, uma vez terminados êstes, é preciso projetar outros, o que vem sendo feito.

Em uma das colônias foi instalada oficina de carpintaria; em outra, fábrica de cimento e, em terceira, serraria e fábrica de caixas e caixotes. Duas colônias ocupam-se de trabalhos especiais. A colônia do Stöpsjön dispõe de alojamento para 26 presos. condenados, principalmente, à reclusão por

seis meses a um ano. A administração encarregou-se de construir nela uma estrada através da floresta, de 6 km de comprimento. A colônia de Halmsjö, um novo campo de aviação, mas a falta de mão-de-obra ameaça a paralisação. Foi instalada, ali, em setembro de 1947, uma colônia provisória de 25 prisioneiros, que trabalham como operários livres, dia e noite, em três equipes. Em virtude das condições reinantes e das exigências quanto à capacidade de trabalho, a disciplina foi severa. A maioria dos presos é de condenados a penas de longa duração e que tinham sido postos à prova em estabelecimentos *abertos*.

Sobre a Suíça, informa JEAN GRAVEN, professor da Universidade de Genebra e presidente da Corte de Cassação (*Les Grands Systèmes*, cit., pág. 338): de 1891 a 1893, o Estado de Berne organizou a colônia de trabalho de Witzwill, na região então deserta e insalubre de Grand-Marais, nas vizinhanças do lago Morat. Foi ao centro do Witzwill que OTTO KELLERHALS devotou toda a sua vida, estabelecendo-se com sua família no meio dos presos, participando de sua existência e comendo do mesmo pão, pegando nas ferramentas de desbravador, devotando-se com inteligência, coração e desinteresse, obtendo sucessos inigualáveis em sua obra de preparo do solo e dos homens pelo trabalho, o que lhe deu reputação mundial. Graças a ele, a conhecida fórmula "o homem melhorará a terra e a terra melhorará o homem" não foi ilusão, como para a pena colonial francesa, porém magnífica e fecunda realidade. "Quem se curva sobre a terra, ergue-se". gostava de dizer.

Foi o primeiro, desde 1891, a compreender e a aplicar o ideal da colônia penitenciária completa, rural e industrial, bastando-se a si mesmo, vivificada pelo trabalho sadio, regenerador e remunerador, análogo, tanto quanto possível, ao do homem livre. Consciente de que a modalidade jurídica da pena privativa de liberdade importa menos do que seu modo de execução e que a punição é menos do que a regeneração, rompeu, deliberadamente, com o sistema clássico de *estabelecimentos fechados*, fazendo com que os presos saíssem de pri-

sões e de muros, colocando-os ao ar livre, à luz, ao sol, procurando dar-lhes confiança e dignidade, corrigi-los e fazer deles homens novos, restituindo-lhes a alegria do trabalho em contato com a natureza livre.

Tinha a convicção, que difundiu e fêz triunfar, de que é possível criar verdadeiras obras de civilização com o auxílio de prisioneiros, pois existe sempre, entre eles, quem tome interesse pessoal por seu trabalho, retemperando as forças, aplicando o espírito e cumprindo o dever tão conscientemente como se pagos para fazê-lo. A experiência foi decisiva. O pântano de 800 hectares transformado em florescente cultura atesta a força d'alma e a vitoriosa perseverança daquele chefe.

Demonstrou-se a verdade da lição de FERRI sobre o ar livre, o papel oxigenante das colônias agrícolas, substituindo o aquartelamento infectante das grandes penitenciárias.

O sistema de colônia foi estudado e citado como exemplo (GORPHE, *Une visite à des Pénitenciers agricoles suisses*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal*, Paris, 1943, pág. 309; BOUZAT, *Les réformes pénitentiaires actuellement réalisables en France*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1946, ns. 1-2, pág. 87).

Um observador francês verificou, recentemente, que Witzwill conserva a bandeira das prisões abertas (P. CARNAT, *Witzwill en 1946*, in *Revue de Science Criminelle*, Paris, 1947, n.º 1, pág. 136).

A experiência marcou, profundamente, o regime consagrado no Código Penal federal e foi desenvolvida nos estabelecimentos novos de Bellechasse (Friburgo), na planície de Broye. OBERSON, em *Les Etablissements de Bellechasse*, 1935, pág. 176, e GRET, em *Les Etablissements de Bellechasse*, Friburgo, 1948, dizem que o exemplo dos estabelecimentos friburgueses não são menos dignos de interesse do que os estabelecimentos vizinhos de Berne. Bellechasse que, ao começar, compunha-se de modesta barraca de madeira, onde viviam oito detentos e dois guardas, constitui, hoje, imensa aglomeração, contendo 67 tetos e onde habita uma população de mais de 600 almas, no meio de bosques, campos e culturas; o

de Bochuz (Vaud), na planície de Orbe, e de Grête-Longue (Valais), na planície do Ródano.

Ver ANSELMIER, *Prisonniers à Bochuz*, Lausanne, 1946, e LUISIER, *L'organisation pénitentiaire du Canton de Valais*, in *Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire*, volume XIV, Berne, 1949.

Ainda: o projeto de colônia-aldeia penitenciária na planície de Magadino (Tessin), baseando-se no mesmo princípio de combinação do trabalho agrícola e do trabalho industrial educativo adaptado do melhor modo possível às aptidões pessoais e à utilidade social de cada um.

Há indicações gerais de M. S. JACOMELLA, diretor da Penitenciária do cantão de Tessin, sobre os outros estabelecimentos do Prof. CLERC, no estudo *La réforme du système pénitentiaire en Suisse*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Paris, 1947, págs. 69 e segs.

São de MICHEL FRIDIEFF os dados sobre a Rússia (ob. citada, págs. 422, 427 e 430). Há, ali, campos de trabalho correcional e colônias.

A direção geral dos estabelecimentos junto ao Ministério do Interior da U.R.S.S. incumbem a organização, a administração e a fiscalização de toda a obra de política repressiva.

FRIDIEFF adianta que os penalistas russos são adversários da célula, recomendando a colônia de Bolchevo, onde reinaria liberdade quase absoluta, exceção feita quanto ao trabalho obrigatório, fundamento do sistema de reeducação (L. J. ASÚA, *Derecho Penal Soviético*, págs. 171 e segs.). Há mais 13 comunas semelhantes àquela.

Execução da pena de trabalhos correccionais, com privação de liberdade: os condenados à detenção, por um a três anos, são enviados às colônias de trabalho correcional, e os condenados a mais de três anos são enviados a campos de trabalho correcional geralmente localizados em lugares distantes. Esses campos destinam-se, sobretudo, aos condenados políticos, *inimigos da classe operária*. O trabalho, nas colônias, é prestado em fábricas e usinas.

No Uruguai está sendo construída uma colônia educativa de trabalho em San José (Pueblo Libertad).

No México, destaca-se a colônia penal das ilhas Marias, destinada, segundo a Constituição da República e o Código Penal, à “regeneração dos culpados por meio do trabalho”.

A colônia depende diretamente do Ministério do Interior, recolhendo aos condenados e, em certos casos, suas famílias. Nenhum estranho à prisão pode residir na ilha.

A pena é dividida em dois períodos: I, prisão celular durante 1/9 da pena, não devendo este regime durar mais de três meses (durante esse tempo, o condenado fica quase sem comunicação com os outros e adstrito ao trabalho); II, o trabalho é em comum, na própria prisão ou fora dela, sob vigilância imediata.

Este segundo período junto ao primeiro não deve passar de 1/4 da pena e deve durar entre um a seis meses, com a condição de que o condenado tenha boa conduta. A volta à primeira fase é utilizada como sanção disciplinar.

Depois de decorridos esses dois períodos, o condenado obtém liberdade condicional no interior das ilhas.

Quando, enfim, a pena expira, deve residir ainda um ano na colônia com a possibilidade de aí ficar definitivamente com a família.

Na Argentina, as colônias penais nada têm de comum com as colônias do mesmo nome na Europa. Trata-se de estabelecimentos para criminosos de origem rural, reproduzindo o meio ao qual regressarão. O trabalho é ao ar livre. A mais importante foi inaugurada em 1940 (administração do Prof. JOSÉ MARIA PAZ ANCHORENA).

Em relatório ao 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia (Santiago, 1940), ao qual compareci como delegado brasileiro, ANCHORENA disse que concebia a colônia penal agrícola como estabelecimento para onde devem ir os condenados de origem rural que se formaram no trabalho agrícola e que, durante sua permanência, vão adquirir ou aperfeiçoar os conhecimentos relativos à agricultura ou a atividades anexas (ver JOSÉ MARIA PAZ ANCHORENA, *Tratamientos Peni-*

tenciarios Especializados, in *Revista Penal y Penitenciaria*, maio-junho de 1941, Buenos Aires).

A Colônia Penal de Santa Rosa (Pampa) está situada a dois quilômetros da capital do território, cobrindo uma superfície de 175 hectares e, na parte edificada, 5.700 m². As células individuais, dispostas em dois pavilhões paralelos, podem conter 330 detentos. Há parques de recreio, jardins, serviços sanitários modernos em cada extremidade dos pavilhões, enfermaria com salas de operação e de consulta, dependências, pavilhão destinado aos portadores de moléstias infecciosas, escola, biblioteca, um campo de esporte etc. As oficinas internas funcionam em grandes salas de 384 metros quadrados de superfície. Existe pavilhão especial para isolamento e observação de condenados. Toda a atividade é dirigida para trabalhos rurais e industriais conexos. As células medem 2 x 3 e 3 metros de altura. Suas janelas dão para o parque de recreio. Mobiliário de cada uma delas: armário de aço, cadeira, cabide de metal e cama com cabeceira de metal. Um dispositivo silencioso em um quadro permite chamar o pessoal da vigilância.

Quanto ao vestuário ficou estabelecido que, na colônia penal, seria adotado um tipo apropriado ao trabalho do campo e aos trabalhos industriais conexos: uma *campera* (espécie de paletó amplo), *bombacha* e *poli* (chapéu de palha de acordo com o lugar das atividades) de cor uniforme. O ensino ao ar livre das tarefas está confiado a engenheiro-agrônomo e é ministrado em coordenação com os planos pedagógicos da escola do estabelecimento. Os presos percebem pecúlio.

A Austrália serviu, por mais de meio século, como colônia penal britânica. Os primeiros *convictos* foram remetidos em 1787. O sistema terminou em 1852.

Diversos Estados na América do Norte têm estabelecido fazendas estaduais para os *misdemeanants*, as quais, até certo ponto, substituem as cadeias do *county*. Indiana estabeleceu uma fazenda estadual, para delinquentes desse tipo, em 1915. A lei determina que os *misdemeanants* masculinos sejam enviados para essa fazenda estadual, a não ser que as suas

sentenças sejam de 30 dias ou menos, caso em que devem ser retirados na cadeia de *County* ou enviados para a *farm* estadual, à discrição do juiz. As despesas de transporte são pagas pelo *county* e as de manutenção pelo Estado. A população média da *farm* estadual, nos últimos anos, tem sido de cerca de 1.200 pessoas e a das cadeias de *county* (incluindo somente os prisioneiros condenados) de cerca de 400. Isso mostra que a maior parte dos *misdemeanants* condenados têm sido removidos para a fazenda estadual.

A fazenda estadual para *misdemeanants* é, decididamente, superior à cadeia de *county* para esse tipo de criminosos, mas uma instituição especializada segundo os tipos de criminosos é ainda melhor (EDWIN H. SUTHERLAND, *Princípios de Criminologia*, São Paulo, 1949, pág. 477).

Durante a última geração, foram criadas várias prisões do tipo *farm industrial*. Essas prisões destinam-se, principalmente, aos criminosos cuja fuga é menos provável. A localização de uma instituição numa *farm* torna possível uma vida, de relativa liberdade, o que seria impossível nas prisões da cidade. O problema do trabalho na prisão foi solucionado aí mais facilmente do que na prisão da cidade, onde ele deve limitar-se ao trabalho da fábrica, o que provoca a hostilidade dos sindicatos e dos empregadores. O custo da construção da instituição é baixo, porque o terreno é barato, as paredes dispendiosas são necessárias e a maior parte da construção pode ser feita pelos detentos. Desde que a possibilidade de fuga é reduzida, o guarda pode empregar a maior parte do seu tempo em atividades sociais construtivas (EDWIN H. SUTHERLAND, ob. cit., pág. 843).

8. A Constituição do Império (25 de março de 1824) prescrevia: "As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes" (n.º XXI do art. 179). Esta a primeira conquista, que infelizmente não passou de adiantado texto constitucional, do novo pensamento criminológico. Mal se libertou do espírito medieval

das Ordenações, o Brasil antecipou-se na revelação de sua sensibilidade aos então recentes clamores da consciência humana contra a ignomínia dos cárceres.

Deve ser salientado o expressivo prenúncio da individualização que se registra no preceito da Constituição de 1824.

Na realidade, porém, a promiscuidade entre processados e condenados, maiores e menores, civis e militares, criminosos primários e habituais, políticos e comuns; a ausência de regras de disciplina, educação, higiene, trabalho e moralidade caracterizaram a Cadeia Velha, que, sob a República, serviu de sede à Câmara dos Deputados, o Aljube, antiga prisão eclesiástica, a da ilha das Cobras, a de Santa Bárbara no morro do Castelo (o chamado *Calabouço*), a do Arsenal de Marinha, e as das fortalezas de Santa Cruz e São João.

O Código de 1830 não previu qualquer sistema penitenciário.

Coube ao ministro da Justiça EUSÉBIO DE QUEIRÓS, autor do regulamento da Casa de Correção desta Capital, de 6 de julho de 1850, a primeira iniciativa a respeito.

No seu relatório, depois de inaugurado o estabelecimento (1.º de agosto de 1850), aquele titular hesitava na preferência entre o sistema pensilvânico e o auburniano: "Bom é deixar que o tempo nos habilite a proceder sem precipitação". Enviou aos Estados Unidos, para observá-los, o ex-diretor da Casa de Correção ANTÔNIO JOSÉ DE MIRANDA FALCÃO, que, em relatório de 1855, optou pelo sistema pensilvânico.

O então ministro NABUCO DE ARAÚJO julgou melhor experimentar ambos os sistemas.

Comissionado, em 1865, para estudos na Inglaterra, na França e na Bélgica, observando, sobretudo, o sistema progressivo irlandês e o das colônias penais, FELIPE LOPES NETO pronunciou-se com pessimismo a respeito.

O segundo regulamento da Casa de Correção (14 de janeiro de 1832) optava pelo sistema auburniano: "O sistema "penitenciário aí adotado é o de encerramento celular durante a noite, e de trabalho em comum durante o dia, sob "o regime rigoroso de silêncio" (art. 2.º).

Não se podia esperar que o poder público fôsse além dêsses passeios de seus auxiliares, quando as prisões, em geral, estavam subordinadas às autoridades policiais. O Império não nos ofereceu mais do que um tímido e confuso ensaio do sistema auburniano.⁸⁷

Paralelamente, porém, os doutrinadores acumulavam material científico, provocando a formação de uma elite capaz de deslocar o problema da anarquia das emoções.

Entre os estudiosos, que nos mantiveram em contato com a evolução das idéias, salientaram-se PÁDUA FLEURY,⁸⁸ que justificou sua adesão ao sistema progressivo irlandês, no Congresso de Estocolmo (1878), onde representou o Brasil e SOUSA BANDEIRA, menos radical, mas de idêntica filiação.

No relatório de 1891, o ministro da Justiça assim se referiu ao sistema penitenciário do Código republicano de 1890:

“O Código Penal da República lançou as bases do sistema “penitenciário que ao Governo pareceu mais conveniente “adotar.

“É o sistema de Filadélfia, combinado com o de Auburn “e modificado pelo método irlandês, numa palavra, o de “CROFTON.

“A base do sistema é a prisão celular, aplicada à generalidade dos crimes”.

O autor do projeto, que veio a converter-se no Código de 1890, BATISTA PEREIRA, escreveu a respeito:

“Abolida a pena de morte e suprimindo as penas perpétuas e infamantes, substituiu todas as penalidades do

⁸⁷ Em 1882, dizia PÁDUA FLEURY, que, em 1874, já se batia pelo sistema irlandês: “Fala-se todos os dias em reforma do regime penitenciário; mas não há reforma do que não existe; e onde, em que parte do País temos nós um regime penitenciário?” (EVARISTO DE MORAIS, *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, 1923, página 42).

⁸⁸ EVARISTO DE MORAIS considerava PÁDUA FLEURY “o mais abalizado dentre os penitenciariistas brasileiros no tempo do Império”. FLEURY mereceu o aprêço de WINES, que o citou (*vide* SOUSA BANDEIRA, *Questão Penitenciária no Brasil*, Rio, 1881, pág. 67).

“próvido arsenal do Código de 1830 pela prisão celular, segundo o sistema progressivo irlandês de WALTER CROFTON.

“A grande novidade da revisão de 1890 é a unicidade de pena, cujo tipo é a prisão celular, ao mesmo tempo intimidativa, repressiva e penitenciária, da qual se fez a chave “da abóbada de todo o sistema repressivo”.⁸⁹

O Código Penal de 1890 destinou as *penitenciárias agrícolas* ao cumprimento da pena de prisão com trabalho (artigo (48), mas, como 50 anos não foram bastantes para “entrar em inteira execução o sistema”, então adotado, converteu-se em norma o dispositivo de atuação do art. 409.

O art. 50 permitia a transferência para *penitenciária agrícola*, depois de cumprida, com bom comportamento, metade da pena, do condenado a mais de seis anos de *prisão em geral*. Perseverando no bom comportamento, o sentenciado poderia obter livramento condicional, quando não excedesse de dois anos o restante da pena (§ 2.º).

No entanto, o livramento condicional só foi regulado pelo dec. n.º 16.665, de 6 de novembro de 1924, cujos dispositivos de direito material substituíram, na Consolidação das Leis Penais, os arts. 50, 51 e 52 do Código Penal de 1890.

O decreto de 1924 incluiu, entre as condições do benefício, o cumprimento de metade da pena e, pelo menos, da quarta parte em *penitenciária agrícola* ou em serviços externos de utilidade pública. Prescreveu, no entanto, que não prejudicaria a concessão do livramento, mas elevaria para dois terços o tempo exigido, o fato de não ter sido o condenado, por circunstâncias independentes de sua vontade, transferido para *penitenciária agrícola*, ou empregado em serviços externos de utilidade pública.

Pela legislação anterior, portanto, a *penitenciária agrícola* destinava-se, especialmente, ao cumprimento da pena de prisão com trabalho, mas, onde não existia outro estabelecimento penitenciário, também nela podia ser cumprida toda pena de prisão celular, sem aumento da sexta parte do tempo

⁸⁹ Revista de Jurisprudência, Rio, vol. 2.º, págs. 264 e 265.

(arts. 48 e 409 da Consolidação das Leis Penais). Mesmo onde existia estabelecimento especial para o cumprimento da pena de prisão celular, o sentenciado a esta, desde que superior a um ano, decorrido o período de isolamento celular (artigo 45), podia e devia ser transferido para *penitenciária agrícola*. O período de isolamento consumia a primeira quarta parte da pena excedente de um ano (art. 45, letra *a*, da Consolidação das Leis Penais, e art. 5.º do dec. n.º 24.351, de 6 de junho de 1934); a segunda quarta parte, que, perfazendo a metade, satisfazia a condição de tempo do livramento condicional, era cumprida em *penitenciária agrícola* (veja-se, em relação ao Distrito Federal, o dec.-lei n.º 319, de 7 de março de 1938).

O sistema do primeiro legislador republicano era, portanto, aceitável, prevendo uma configuração autônoma do sistema progressivo, na qual se afastou de seu modelo, o Código italiano de 89. Mas, não dispúnhamos de estabelecimentos, quer para executar a segregação celular no primeiro período (só o Estado de São Paulo veio a dispor de penitenciária aparelhada), quer para efetivar o terceiro período (penitenciárias agrícolas), mesmo em São Paulo.

Hoje, no terreno científico, progredimos consideravelmente, o que se documentou, sobretudo, com a criação e o funcionamento dos manicômios judiciais, dos Conselhos Penitenciários, da Inspetoria Geral Penitenciária, do sêlo penitenciário e a realização de dois Congressos — Conferência Penal e Penitenciária Brasileira (1930) e Conferência Penitenciária Brasileira (1940).

No entanto, o que recomenda a República na recuperação de um longo período de esterilidade e indiferença, sem correspondência com a promessa da Constituição de 1824, é a elaboração doutrinária.⁹⁰

⁹⁰ LIMA DRUMMOND, *Regime Penitenciário*, Rio, 1914; BEZERRA DE MORAIS, *Estudo sobre os sistemas penitenciários*, Rio, 1915, 2.ª ed.; JOÃO CHAVES, *Ciência Penitenciária*, Rio, 1923; LIMA DRUMMOND, *Penologia*, Rio, 1914; EEMERALDINO BANDEIRA, *Estudos de Política Crimi-*

A legislação federal vigente em 1940 não regulava a organização das *penitenciárias agrícolas*, que é da competência dos Estados, ressalvada a esfera da União em relação ao Distrito Federal (material ou formal) e, nessa parte, não é, nem pode ser, afetada a liberdade de organização propriamente dita, sempre aconselhável para atender às peculiaridades locais.

Impõe-se a tarefa de fixar e ampliar, num sistema penitenciário científico e humano, o papel das penitenciárias agrícolas quanto às penas privativas de liberdade e às medidas de segurança detentivas.

O Código Penal de 1940 prevê a transferência do recluso para colônia penal ou estabelecimento similar. Essa transferência constitui etapa na progressão do sistema penitenciário e um recurso para assistir aos sentenciados excluídos do benefício do livramento condicional por força da quantidade da pena.

A internação em colônia agrícola é uma das medidas de segurança detentivas (art. 88, § 1.º, n.º III) aplicável, segundo pareça ao juiz mais conveniente.

Sobre execução: art. 89 do Código Penal, arts. 751, e seguintes do Código de Processo Penal, art. 12 do dec.-lei n.º 3.931, de 11 de dezembro de 1941, e art. 22 do dec.-lei n.º 3.914, de 9 do mesmo mês e ano. Os decs.-leis ns. 3.971, de 24 de dezembro de 1941, e 9.902, de 17 de setembro de 1946, dispõem sobre o cumprimento de pena no Distrito Federal.

Entre os planos de maior amplitude sobre colônias penais destacam-se os dos Profs. BARRETO CAMPELO e ATALIBA NOGUEIRA.

O primeiro quer que se convertam tôdas as penas de privação de liberdade por mais de cinco anos em pena de residência e trabalho obrigatório, em colônias penitenciárias

agrícolas ou de mineração localizáveis em zonas saneadas, e a *grandes delinquentes na colonização do interior do Brasil*. Acrescenta: “por tôda a parte, em todos os tempos, foi sempre a mesma a origem de povos e nações. Prófugos expatriados, devedores perseguidos, libertinos repelidos por suas famílias, a escória, enfim, dos povos, é que fundaram cidades, províncias e nações”.

São ambos católicos praticantes e, mais do que isto, militantes. Não há qualquer afinidade entre êste anacronismo (o primeiro fala em *colonização da selva*) e o ideal da *pena sem prisão* — eu não diria, sequer, pena — a que sirvo por amor à ciência e à humanidade. Mas os que criticaram as sugestões daqueles professôres, em defesa do *statu quo*, não aceitaram o conselho de GILLIN: o de apurar se, na verdade, foi uma conquista sobre o deslocamento no espaço, o que, aliás, não excluiria, hoje, as companhias do amor e da solidariedade, a célula criadora de loucura e vício, de desespero e degradação.

Devemos meditar nestas palavras de SELLIN:

“Em última análise, as instituições penais refletem a atitude dos cidadãos em relação aos prisioneiros. Enquanto o criminoso fôr tido como renegado social a ser punido, em vez de indivíduo a ser ajudado e corrigido, noutras palavras, enquanto a atitude adotada, em relação ao tratamento dos criminosos, não fôr a mesma que se adota em relação à saúde deficiente, as reformas das prisões serão esporádicas e anti-científicas” (M. THORSTEIN SELLIN, in *Encyclopædia of the Social Sciences*, 1942, New York vol. II, pág. 64).

THORSTEIN SELLIN é professor de Sociologia da Universidade de Pensilvânia.

TEETERS, por sua vez, assinala:

“O último quarto do século convenceu aos penologistas progressistas de que a punição não é mais eficiente. Disciplina, instrução, educação, trabalho produtivo, experiências religiosas, terapia — todos têm o seu papel no programa penal moderno. A eliminação gradual das instituições, para a maior parte daqueles que são agora a elas remetidos, repre-

“senta suprema necessidade, se a sociedade deve ser protegida e defendida. A convicção de que a prisão não resolve o problema do crime ganha terreno nos Estados Unidos. Proclama-se, por exemplo, que é puro contra-senso admitir que a regeneração pode ser efetuada em lugar originariamente destinado a punir. As prisões foram chamadas *monuments to stupidity* por um penologista. Outro penologista eminente afirmou que devemos “destruir a prisão, raiz e galhos”. Já em 1863, o francês E. DESPREZ chamou a atenção para o abandono das prisões. Raro é o administrador que, em alguma vez, não tenha pôsto em dúvida a conveniência de “continuar com o tratamento institucional” (NEGLEY K. TEETERS, *Worlds Penal Systems*, Filadélfia, 1944, páginas 212-213).

9. A liberdade, de que a pena priva o sentenciado, é um direito subjetivo fundamental resultante da lei. O Código adotou, para as chamadas penas afliitivas indiretas (FLORIAN), a designação de privativas de liberdade, também acolhida pelo Código Suíço (art. 35). O Código italiano fala em penas detentivas ou restritivas da liberdade pessoal (art. 18).

A liberdade é uma só. Não há tantas liberdades quantas são as atividades lícitas. Mesmo, porém, que se negue a unicidade, que já se caracterizava na *Declaração dos direitos* — os homens nascem e permanecem livres e iguais — a pena não restringe a liberdade, mas dela priva o condenado, sob as diversas modalidades em que se manifesta o mesmo direito, — locomoção, domicílio, profissão, correspondência, opinião, reunião, associação etc.⁹¹

Não subsistindo a vida em sociedade, não se conservando os pressupostos materiais do exercício da liberdade em geral, não se deve falar em restrição de liberdade e, muito menos,

⁹¹ A privação da liberdade deve ser absoluta, EUSÉBIO GÓMEZ, *Revista de Criminologia etc.*, Buenos Aires, 1.º, pág. 357.

em restrição de liberdade pessoal e sim em privação de liberdade.⁹²

O Código, como de boa técnica, situou, em primeiro lugar, as regras comuns às penas privativas de liberdade para depois caracterizar uma das sanções principais.

O art. 29 prevê dois tipos de estabelecimento onde se cumprem penas privativas de liberdade: a penitenciária, que obedece, rigorosamente, a um sistema para reger o processo da chamada regeneração, e a prisão comum, atuais casas de detenção, cadeias públicas, distintas do xadrez, que é lugar de *triage* de indiciados ou, segundo as expressões tradicionais, de indigitados, de detidos para averiguações e ainda à disposição da autoridade policial.

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida em penitenciária e só à falta desta permite o Código a especialização de seção em prisão comum para tal fim.

O Código de 1890, ora sobrecarregava o sentenciado, pela inexistência de estabelecimentos penitenciários, aumentando a pena da sexta parte, ora recorria à ultra-atividade da legislação revogada (art. 409).

O juiz não tem arbítrio, quanto à indicação do lugar em que será cumprida a pena.

Somente em virtude de lei ou de ordem judicial pode a autoridade administrativa transferir o recluso ou o detento ou, sob qualquer pretexto, autorizar a sua saída eventual do lugar fixado.⁹³

Em relação às mulheres, o § 2.º do art. 29, quando alude a estabelecimento especial⁹⁴ e, só na sua falta, admite o cumprimento de pena em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, não dispensa o caráter penitenciário daquele

⁹² As penas privativas de liberdade são, também, chamadas detentivas, carcerárias etc.

⁹³ Art. 409, § 1.º, da Consolidação das Leis Penais: "...devendo o juiz designar na sentença o lugar onde a pena terá de ser cumprida".

⁹⁴ Ver o art. 141 do Código italiano, última parte, e o art. 8.º do argentino.

estabelecimento especial. Em suma, a regra, para homens e mulheres, é o cumprimento das penas de reclusão e de detenção em penitenciária, aparelhada para o isolamento noturno, tanto dos reclusos como dos detentos, e o isolamento contínuo dos reclusos no período inicial (arts. 29, § 1.º, 30 e 31), bem assim da organização do trabalho e demais elementos de disciplina, saúde, educação, instrução, sempre rigorosos. Na falta de penitenciária, os homens, como vimos, cumprem pena em *seção especial* de prisão comum. A prisão comum destina-se a depósito de presos, preventiva, provisória, administrativamente etc., e ao cumprimento de penas impostas a contraventores.

Todos estes ficam, ali, separados, tanto dos reclusos, como dos detentos, e os reclusos e detentos entre si.

Na falta de penitenciária para mulheres, que é o estabelecimento especial previsto no § 2.º do art. 29, estas cumprem pena na penitenciária comum ou na prisão comum, em seção adequada (não basta ser especial, é preciso ser *adequada* ao sexo), separadas de todos os demais presos ou presas. Por outro lado, como na penitenciária para mulheres, as reclusas ficam sempre separadas das detentas.

O Código determina, portanto, intransigentemente: separação entre homens e mulheres; dos reclusos e detentos entre si e dos demais presos; das reclusas e detentas entre si e das demais presas.

O art. 31, estabelecendo que os detentos ficam *sempre* separados dos reclusos (homens ou mulheres), impede o convívio, não só na penitenciária ou prisão comum (art. 29), como, também, no trabalho externo.

A separação entre detentos e reclusos, estes condenados por crimes graves e cujo valor sintomático induz à periculosidade, como vimos, é um dos meios utilizados pelo Código para reduzir ao mínimo — e mais do que isso não esperava o próprio von LITZT — os males das penas curtas.

A repartição, completada pela vigilância, procura evitar a promiscuidade, nos limites do possível. O ideal seria a especialização dos estabelecimentos, para a qual caminhamos.

Mas a divisão das seções permite a execução imediata do novo plano.

É claro que o Código exige o aperfeiçoamento e a multiplicação dos estabelecimentos penais, cujas deficiências, aliás, foram objeto de providências exequíveis.

Como instrumento de progresso, serve, entretanto, de emulação, provocando e orientando reformas urgentes.

O Código levantou as bases de um sistema, que comporta desenvolvimento e discriminação: separação por sexos e crimes graves e leves, disciplina, educação, sob todos os aspectos, trabalho remunerado, propiciando a readaptação efetiva do egresso.

Há, assim, perfeita correspondência entre o regime da pena e a sua finalidade.

O Código não se limitou às fórmulas maleáveis que, acolhendo e norteando as aquisições técnicas, comportam pronta assimilação da experiência universal, de acordo com o meio e a época. Foram, realmente, atendidas as disponibilidades atuais, em instalações e em organização. Para tanto, como vimos, elasteceu os métodos, previu as seções especializadas das prisões comuns e, ainda, no § 3.º do art. 29, facultou o cumprimento de penas de reclusão e de detenção impostas pela Justiça de um Estado em estabelecimento de outro Estado ou da União.

É claro que o estabelecimento de cooperação interestadual ou entre os Estados e a União deve estar aparelhado para suprir a falta, de acordo com os preceitos legais.

Não cogita o Código do cumprimento de pena imposta pela Justiça do Distrito Federal ou do Território do Acre em estabelecimento estadual. A União está em condições de alojar a população carcerária a seu cargo.

O sêlo penitenciário, para cuja renda contribuem todos os Estados, tem a principal finalidade de arrecadar, mormente nas fontes do crime, os recursos para combatê-los, com a construção e a reforma, em todo o país, de estabelecimentos de readaptação social. A União já tem edificado alguns deles nos Estados.

O § 3.º do art. 29 supõe acôrdo entre os Estados, o que não era preciso dizer, como fêz o anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO (art. 36), com base no art. 16 do projeto da Comissão Legislativa. O projeto SÁ PEREIRA continha medida idêntica (art. 74, § 3.º).

Também para o aproveitamento pelos Estados das reservas da União faz-se necessário acôrdo.⁹⁵

A Consolidação das Leis Penais não cogitava de providência de tanto alcance no Brasil, mas, dentro de cada Estado, não obrigava sempre o cumprimento da pena no lugar do crime ou do domicílio do sentenciado.⁹⁶

Portanto, o novo sistema abre a porta a tôdas as conquistas, nas amplas modalidades em que se elastecem as suas linhas gerais, atendendo, assim, às necessidades de um país em evolução.⁹⁷ Não só possibilita, como facilita e estimula o avanço, dentro da variedade de recursos e condições dos Estados. Obtém-se, portanto, como salientou, na sua *Exposição de motivos*, o ministro FRANCISCO CAMPOS, que o "Código se furte, na medida do possível, pelo menos àquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração".⁹⁸

⁹⁵ "Mediante acôrdo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo às necessárias despesas" (Constituição federal, art. 18, § 3.º).

⁹⁶ "A pena pode ser cumprida em qualquer estabelecimento especial, ainda que não seja no lugar do domicílio do condenado" (art. 54); "a pena de prisão simples, em que fôr convertida a de prisão celular, poderá ser cumprida fora do lugar do crime, ou do domicílio do condenado, se nêle não existirem casas de prisão cômodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o lugar onde a pena terá de ser cumprida" (art. 409, § 1.º).

⁹⁷ A realidade italiana não é melhor; em 1906, LUCCHINI deplorava a completa anarquia do sistema penal, assinalando que o Código não era obedecido. Citando outras opiniões, conclui FLORIAN sem otimismo (ob. cit., 2.º vol., pág. 825).

⁹⁸ *Revista Forense*, 1941, vol. 85, pág. 440.

O Código adotou um sistema progressivo e não o sistema progressivo, construindo, com uma progressão original, flexível e realista, o sistema progressivo brasileiro. Não prestou obediência a qualquer esquema preestabelecido. De maneira geral, quer quanto ao número, quer quanto ao ritmo, quer quanto à essência, não se subordinou à rigidez de períodos incompatíveis com a individualização executiva da pena e com a contínua transformação da ciência penitenciária. Não reproduziu, na primeira fase, o modelo pensilvânico, como ocorre no auburniano e no irlandês. Deveria, a meu ver, suprimir a segregação contínua, pois, contemporaneamente, se tolera a célula, quando muito, como dormitório individual ou como recurso disciplinar extremo (art. 32, parág. único). Mas, conservando o período inicial de recolhimento diurno e noturno, o Código visou, tão-somente, facilitar as observações e os exames dos assessores jurídicos, médicos, pedagógicos para os fins da classificação e da investigação científica. Tanto que não obriga o isolamento diurno *na célula* (a palavra célula ou cela está ligada, primitivamente, como pena e penitenciária, à concepção religiosa). Não se trata de retiro ou de exame de consciência que, em relação aos presos, tem sido fonte de doença e de morte, quando a sociedade quer a saúde e a vida. As estatísticas dos suicídios e das psicoses de situação dizem melhor do que os livros, sobre as consequências desse enjaulamento com que se comprazem os domadores de homens.

O período de isolamento pode ser vencido, conforme o caso, com a passagem pelos hospitais, enfermarias, laboratórios, gabinetes, enfim, serviços do estabelecimento ou a permanência nos institutos nêle instalados.

Não se equipara, porém, à segregação celular pura e simples o isolamento para observação, o voluntário, o instrutório ou o disciplinar. O Código só cogita do primeiro, em relação à reclusão (art. 30), e do último (art. 32, parágrafo único).

Por outro lado, limitou a segregação contínua a três meses. Este é, também, o prazo do Código suíço, o qual, ao

contrário do nosso, o estende à prisão, equivalente à detenção, e permite à autoridade administrativa prolongar o período celular, ou fazer voltar o condenado à célula, se seu estado físico ou mental ou o fim da pena o exigem (art. 37).

No seu escrúpulo ao empregar êsse requinte antinatural e anti-social, êsse *bis in idem* penal (prisão dentro da prisão), o Código foi além e somente abrangeu os sentenciados, cujas condições pessoais — e não só condições de sexo, idade e saúde, como rezava o anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO⁹⁹ — permitam a paralisia moral e intelectual, pior do que a física, na clausura. Nessa, entrega-se o criminoso a si mesmo, para os monólogos do desespero, excitando-se a imaginação, livremente guiada pelos mesmos hábitos e tendências que conduziram ao crime.

No número seguinte, estudaremos, com o merecido destaque, êsse problema.

De qualquer forma, o primeiro período pode ser, dadas as suas finalidades, reduzido a semanas ou dias.

Terminado o prazo fixado pela administração penitenciária, adstrita ao máximo de três meses, ou, imediatamente, se foi dispensado do isolamento durante o dia, o sentenciado passará a trabalhar em comum, interna ou externamente. Êsse estágio do sistema auburniano, aproveitado pelo sistema progressivo, difere daquele, porque o Código não impõe o martírio do silêncio, como fazia a Consolidação das Leis Penais (art. 45, letra b), e dêste, porque, então, já o sentenciado está habilitado ao trabalho em obras ou serviços públicos fora do estabelecimento.¹⁰⁰

⁹⁹ A segregação contínua, automaticamente imposta a todos os reclusos, impediria a individualização, pela qual se adapta cada espécie de pena ao delinqüente, conforme suas condições pessoais e seus caracteres físico-psíquicos. O Código peruano (art. 12) permite a supressão ou restrição do isolamento celular por motivos de sexo, idade e saúde física ou mental.

¹⁰⁰ O projeto argentino de 1937 (COLL e GÓMEZ) prevê o emprego de condenados em obras públicas do Estado, *sob a condição de que não sejam contratados por particulares* (art. 32).

O silêncio é contrário à sociabilidade que a pena pretende desenvolver.

O trabalho em comum, quer dizer, em plena convivência, dentro de cada classe, não exclui o aproveitamento de aptidões excepcionais em tarefas correspondentes, atendidas sempre a idade, a saúde, a resistência.

Vimos que o período celular pode ser dispensado ou reduzido ao extremo, sem prejuízo da observação administrativa e científica dos sentenciados para classificação e readaptação, de acôrdo com a variedade das condições individuais; vimos que o segundo período *pode* (a faculdade induz, também, à individualização) ser praticamente galgado. As obras ou serviços públicos fora do estabelecimento asseguram o trabalho ao ar livre (*all'aperto*), não constando do Código a exigência do regresso do recluso à penitenciária ou prisão comum (art. 29) para o repouso noturno.

Portanto, o recluso, cujas condições contra-indiquem a segregação contínua (art. 30), poderá, desde logo, ser aproveitado em trabalho ao ar livre,¹⁰¹ em obras ou serviços públicos, e, de qualquer forma, entra a trabalhar em comum (§ 1.º do art. 30).

O trabalho ao ar livre constitui velho postulado da escola positiva¹⁰² e nada mais é do que o trabalho fora das muralhas ou, na técnica brasileira, os serviços externos de utilidade pública.

No terceiro período, quando os índices da chamada regeneração são identificados de modo inequívoco, o recluso de bom procedimento *pode* (note-se sempre a preocupação indi-

¹⁰¹ No 1.º Congresso Internacional de Direito Penal (Bruxelas, 1926) foi discutida a tese: "*faut-il preconiser le travail à l'aperte des détenus, et, en cas d'affirmation, comment l'organiser?*", com relatórios de COLL e RAMOS, SERVAIS e HÉGER-GILBERT, SCHUIND, CADANAS, SEGURA, REGÜEUFEROS, BARTHÉS, SCOURIVTIS, LAGAGOS, FRANCH, ENSCH, NEYMARK, DOLJ, LANI e KOSTICH (*Actes*, 1927, págs. 251 a 365).

¹⁰² FLORIAN e CAVALIERI, *I vagabondi*, Turim, 1898-1899, vol. II; FERRI, *Sociologia Criminal*, 5.ª ed., Turim, 1929, vol. II.

vidualizadora, evitando o automatismo dos estágios) ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar.¹⁰³

A indicação *estabelecimento similar* implica a maleabilidade doutrinária a serviço das contingências práticas que podem eventualmente ditar feições diversas, nesse ou naquele Estado, ao sistema das colônias penais.

Como somente admite o livramento condicional de reclusos condenados a mais de três anos, o Código reduziu o prazo de cumprimento da pena que habilita à transferência para colônia penal. Assim, os reclusos condenados a mais de três anos terão de vencer apenas a terça parte, pois, com a metade, pleiteariam o livramento condicional — última etapa da progressão.¹⁰⁴

São, pois, os seguintes os períodos do sistema progressivo brasileiro: 1.º) isolamento diurno e noturno para exame e observação; 2.º) trabalho interno em comum ou trabalho externo em obras ou serviços públicos; 3.º) transferência para colônia penal; 4.º) livramento condicional.

10. Sempre discordo — e mantenho, convicta e intransigentemente, a divergência — do período de segregação celular contínua, mesmo restrita ao recluso, condicionada, reduzida e com caráter de isolamento para observação. Não o faço apenas como adepto, aliás indisciplinado, da escola positiva, à qual se deve a mais fecunda campanha contra “uma

¹⁰³ DONÀ, *La colonizzazione interna nelle sue applicazioni col mezzo delle colonie penali agricole*, Roma, 1912; CIALENTE, *Raggruppamento di delinquenti abituali e lavoro obbligatorio in colonia, in Scuola Positiva*, 1927, págs. 154-158. No Brasil as colônias penais foram preconizadas desde 1865, cabendo a primazia ao então ministro da Justiça, NABUCO DE ARAÚJO.

¹⁰⁴ Na Itália, o condenado a pena detentiva por tempo superior a cinco anos, depois de cumprir um terço da mesma, ou, pelo menos, a metade, se reincidente com bom procedimento por três anos consecutivos, não excedendo de oito anos o restante da pena, pode ser transferido para estabelecimento de readaptação social. Tal disposição não se aplica ao condenado que, depois de cumprida a pena, deve ser submetido a medida de segurança detentiva.

das aberrações do século XIX" (FERRI), mas por amor à ciência e à humanidade.

Não compreendo se conteste a superioridade da vida em comum sobre o isolamento diurno. Quanto à necessidade do isolamento noturno, não há controvérsia ponderável, já que os sistemas penitenciários tradicionais são conservados. É um meio de atenuar os efeitos de vícios, de imoralidade, de contágio criminal.

A princípio o isolamento ininterrupto era considerado um meio de combate à promiscuidade. Mas, atribuída à pena uma finalidade, foram alterados os termos do problema.

Logo depois da campanha de HOWARD, que não se pronunciou, precisamente, a respeito, o sistema filadélfico consagrou o isolamento contínuo por motivos psicológicos e, sobretudo, religiosos.

Aos místicos não bastava a noite, até mais própria, para as longas comunicações com o sobrenatural.

Por outro lado, supunha-se ainda o convívio prejudicial à ação reeducativa.

No sistema auburniano, com a vida em comum, separados os condenados em grupos, o trabalho em conjunto já figura como o melhor meio de readaptação.

Muito depressa começaram a reconhecer o erro os que, combatendo os excessos da promiscuidade, incidiram nos excessos opostos.

Os males eram grandes e exigiam, realmente, grandes remédios, mas não matando o doente.

Na *Exposição de motivos* do Código de 1921, FERRI lembrou a experiência de todos os países contrários à segregação, confirmando a famosa sentença: "O isolamento celular contínuo é uma das aberrações do século XIX".¹⁰⁵

¹⁰⁵ Vide tradução na *Revista Forense*, 1921, vol. 36. A questão transcendeu mesmo o âmbito jurídico. É muito conhecida a advertência de LA FONTAINE: a razão, ordinariamente, não mora muito tempo nos seqüestrados.

O depoimento administrativo traduz-se em harmonia com a circular de 10 de dezembro de 1921 do Ministério do Interior da Itália (direção geral dos cárceres): “Os técnicos “ e estudiosos da matéria e a experiência do Ministério, tanto “ nas inspeções como no controle central, confirmam que o “ regime da segregação celular, especialmente pela limitação “ dos benefícios naturais de ar, luz e sol, e pela suspensão da “ função exclusivamente humana de intercâmbio das corren- “ tes do espírito com o mundo ambiente, culminante no uso “ da palavra, é fator, em alguns casos, de tuberculose e ou- “ tras doenças e, noutros, de estados mentais que, em con- “ curso com anomalias congênitas, mais facilmente atingem “ aos fenômenos da loucura. Descrevem formas específicas, as “ quais, por seus particulares característicos patogênicos, são “ precisamente chamadas psicoses carcerárias. Além disso, a “ experiência confirma que onde faltem tais efeitos, não min- “ guam atos de indisciplina e de rebelião”.¹⁰⁶

A doutrina concentra-se em torno do princípio de que a célula não corresponde a qualquer dos requisitos e dos fins da pena considerada do ponto de vista do interesse social.¹⁰⁷

O isolamento deprime ou excita o espírito anormalmente, preparando o terreno para as chamadas psicoses carcerárias.

Em vez do esperado arrependimento, sobrevém, em regra, o desespero ou a insensibilidade. O argumento de que o isolamento contínuo serve melhor à individualização, aliás, falso, pela simples razão de que se procura adaptar o sentenciado por meios sociais, não à prisão e à solidão, mas à liberdade e à convivência, não pode ser acolhido. Essa adaptação só se consegue vivendo socialmente. Aliás, a segregação é sentida diversamente, segundo as tendências e os hábitos de cada prêso, não produzindo os mesmos efeitos, por exemplo,

¹⁰⁶ *Scuola Positiva*, 1932, I, pág. 138.

¹⁰⁷ CREMONA considera a célula copioso e funesto seminário de tuberculosos, suicidas e psicopatas (*Segregazione cellulare e pazzia*, em *Ar. di psich.*, vol. XLIX, 1929, pág. 773). Vide RICCI, em *Scuola Positiva*, 1901, págs. 513 e 557; COLUCCI, *idem*, 1905, pág. 265.

nos homens de vida sedentária e nos de atividade física, nos interiorizados e nos comunicativos. Para uns, pode ser um prazer e, para outros, um suplício.

Por outro lado, reconhecido e proclamado o trabalho, como instrumento principal de readaptação, e, assim, remunerado e educativo, como organizá-lo, modernamente, na célula, se não se pode assegurar atividade coordenada e paga em base compatível com o destino atual e futuro do salário e com os métodos elementares da técnica penitenciária?

Nem na vida social, na companhia dos presumidamente honestos, podem ser evitados certos exemplos e sugestões. É, aliás, mais fácil, nos estabelecimentos penitenciários, de crescente aperfeiçoamento, neutralizar, pela disciplina, pela vigilância, pela classificação, a influência da ovelha má.

De qualquer forma, as vantagens individuais e sociais da vida em comum fazem perder de vista a eventual e isolada possibilidade de contágio moral. No convívio, tanto pode ocorrer a má influência sobre os bons, como a boa influência sobre os maus.

Pretende-se que a individualização seria requintada por conselhos e estímulos dos funcionários durante as visitas periódicas aos isolados.

Os tradicionalistas belgas, ao contrário dos alemães, confiam em tais visitas que, pelo acúmulo de serviço, deficiência de pessoal e redução das horas do expediente, ainda admitidas capacidade, sinceridade e compenetração especialíssimas, seriam insuficientes para perscrutar a consciência de todos e cada um em particular, inclusive homens indiferentes, revoltados ou hipócritas. Elas não comportam a demora, a proporcção, a regularidade indispensáveis. Razões práticas de toda ordem obrigam a espaçá-las ou abreviá-las e, com a repetição, banalizam a sua influência, mesmo para os de melhor receptividade.

Os novos funcionários não teriam a experiência; os velhos, pelo automatismo e pelos vincos profissionais, reduziriam a peregrinação a uma formalidade burocrática inútil ou contraproducente.

Aliás, convém insistir, a pretensa individualização, além de tudo, desapareceria pela certeza de que, para uns, o isolamento atenuaria e, para outros, agravaria a intensidade da execução.

É claro que o trabalho em comum corresponde à natureza física e psíquica do homem, satisfazendo os instintos de sociabilidade. Há, no entanto, categorias de indivíduos que, pelo menos por certo tempo, preferem o isolamento, embora venham a modificar a opção excepcional. Os belgas recomendam o sistema de isolamento, porque muitos, depois de longos anos de solidão, se recusam à vida em comum.

Trata-se de anomalias constitucionais ou adquiridas, estas provenientes, precisamente, da adaptação negativa imposta pela longa solidão, sempre funesta à sociabilidade.

São conhecidos casos de sentenciados que, depois de cumprida a pena, pedem para permanecer na prisão.¹⁰⁸

Tais episódios confirmam a obra do sistema celular, suprimindo o que se trata de despertar e desenvolver — a sociabilidade — matando no homem o que ele tem de humano.

Os misoneístas belgas insistem pela segregação absoluta, com base nos resultados que atribuem a um único estabelecimento — o de Louvain.

Eles confiam demasiado nas aparências e apresentam como de regeneração fenômenos de embrutecimento. Aliás, dados superficiais, isolados e transitórios não permitem a comparação dos grandes números. Estes autorizam, também, conclusões opostas. Em Louvain executam-se penas que consomem a vida. Os egressos não deixam de reincidir por efeito da segregação, mas pelo estado social, pela idade, pela vigilância.¹⁰⁹

¹⁰⁸ ROBERTO LYRA, *O Ministério Público e o Júri*, Rio, 1933, página 17.

¹⁰⁹ HAUSSONVILLE sustenta que o problema penitenciário está ligado à questão social (*apud* EUSÉBIO GÓMEZ, *Doctrina Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1929, pág. 44).

Na própria Bélgica, na reunião de penitenciários nacionais realizada em Bruxelas, a 9 de abril de 1933, VERVAECK afirmou: “A pessoa que, depois de 10 anos, não pede o retorno à vida em comum, não está mais preparada para a vida em sociedade. O fim da célula é preparar o indivíduo a viver só, deformá-lo, a fim de que prefira a vida em solidão à vida em sociedade que o espera?”

COLPÉ acrescentou, então: “Torna-se necessário transformar algumas prisões celulares em reformatórios, porque é impossível fazer na célula a educação completa de um homem. Afirmando-o, baseado na minha experiência pessoal. Ao diretor não é possível fazer senão um número insignificante de visitas morais. Uma visita moral, uma visita social destina-se a fazer o prisioneiro compreender que deve mudar de vida no próprio interesse e no da comunidade, à qual retornará um dia. Uma visita assim não se faz em cinco minutos. Alguns oradores criticaram a criação de oficinas para o trabalho em comum e a formação de operários de capacidade superior. Não hesito em afirmar que não têm razão, pois um detento, para readaptar-se socialmente, deve ser mais capaz do que os outros. A readaptação deve começar na oficina de trabalho em comum. Não me falem de trabalho na célula. É só na oficina que se pode preparar, eficazmente, um homem para retomar o seu lugar na sociedade”.

Depois de convencer os administradores e os doutrinadores do direito e da medicina, pois os da pedagogia nunca se prestaram à contestação, a mentalidade criada e desenvolvida pela escola positiva penetra a legislação mais prestigiosa em matéria penal.

O sistema celular foi abolido, como regra, no Código italiano, reduzindo-se à exceção do art. 72: “No caso de concorrerem um delito que importe pena de ergástulo e um ou mais delitos que importem penas detentivas temporárias, aplicar-se-á a pena de ergástulo com isolamento diurno por um período de tempo não inferior a seis meses e não superior a quatro anos”. Segundo a *Exposição de motivos* de

Rocco pretendeu-se, assim, evitar a ulterior delinquência de quem já cometeu crime punido com ergástulo.¹¹⁰

Na citada *Exposição*, o próprio Rocco classifica de aflição inútil e supérflua a segregação celular contínua, apresentando-a, em nome da experiência, como fonte de embrutecimento e doenças que destroem, com a força física, a força intelectual e moral.

O regulamento italiano dos institutos de pena assenta no isolamento noturno. Por exceção, expressamente determinada na sentença ou no regulamento, pode ser contínuo o isolamento. O diretor tem a faculdade de autorizá-lo, se permitem as condições do estabelecimento e a organização do trabalho, a pedido dos condenados de boa conduta e dignos de consideração especial.

O projeto alemão sobre a execução penal (1927) quase extingue os resíduos do sistema celular.

Mesmo no Brasil as hostilidades contra o regime celular tiveram definição desde o Império.

VIEIRA DE ARAÚJO classificou o sistema celular de dispendioso, anti-higiênico e improficuo¹¹¹ e, no projeto de 1893, estabeleceu que "o isolamento só será aplicado por necessidade da disciplina, salvo pedido do condenado, atendendo-se, em todos os casos, ao seu estado físico e moral" (art. 44, I).

O projeto da Câmara dos Deputados (n.º 43-A, de 1899) manteve, nessa parte, o critério de VIEIRA DE ARAÚJO.

Os psiquiatras confirmam os juristas.

Segundo o professor HEITOR CARRILHO, as razões determinantes de crises mórbidas mentais encontram-se, muitas vezes, na própria vida presidiária e na *reclusão celular*, favo-

¹¹⁰ Vide a crítica de FLORIAN, ob. cit., 2.º vol., pág. 818, a essa concessão mínima, pressurosamente justificada e, também, o registro do caloroso e universal apoio à abolição da segregação celular que, no Código italiano de 1899, acompanha as mais graves penas detentivas, inclusive o ergástulo.

¹¹¹ *Trabalhos para a revisão do Código Penal*, Rio, 1907.

recendo, nos predispostos a interiorização, o autismo, as exaltações emocionais e a limitação dos processos ideativos.¹¹²

11. O Código erige o trabalho em elemento constitutivo da pena, mas assegura o direito à remuneração, que atua como fator de eficiência e rendimento.

Como se verifica da referência do parág. único do art. 31 — “desde que tenha caráter educativo” — mesmo em relação aos detentos, o trabalho tem, antes de tudo e sobretudo, finalidade educativa.

O projeto argentino de 1937 (COLL-GÓMEZ), restaurando “a norma insuperável”¹¹³ do projeto FERRI, atribuiu à organização do trabalho fins educativos e higiênicos e, também, de habilidade técnica e rendimento econômico.

A ociosidade e a vadiagem, que integram contravenções, avultam entre as causas sociais da criminalidade e entre os índices do estado perigoso.

O Código, no art. 93, II, letra b, prevê medida de segurança, quando o crime se relaciona com a ociosidade e a vadiagem, condenadas ainda pela moral, pela higiene, pela economia.

Aos próprios loucos ministra-se a chamada *terapêutica ocupacional*.

Não se compreenderia deixasse o trabalho de figurar entre os deveres dos presos, quando, para os livres, constitui êle um dever social (art. 136 da Constituição de 1937).

Para todos os sentenciados, homens ou mulheres (§ 2.º do art. 29), reclusos (§ 1.º do art. 29, e § 1.º do art. 30) e detentos (§ 1.º do art. 29, e parág. único do art. 31), inclu-

¹¹² *Arquivos do Manicômio Judiciário*, ns. 1 e 2, Rio, 1937, pág. 7.

¹¹³ O projeto argentino consagra a remuneração como direito do condenado, não podendo os regulamentos reduzi-la a título de correção disciplinar. O Código italiano, no reconhecimento do mesmo direito, acolheu o dispositivo do projeto FERRI. A *Exposição de Rocco* segue, dócilmente, o roteiro de FERRI. O Código russo de 1922 prevê a remuneração inferior para os trabalhos forçados sem detenção (art. 32).

sive no cumprimento da pena de detenção, em que se pode, excepcionalmente, converter a pena de multa (art. 38), o trabalho representa obrigação principal, como eixo do sistema penitenciário.

Como vimos, o Código especializa os critérios, prescrevendo para os reclusos, sem faculdade de escolha, trabalho interno ou externo, em obras ou serviços públicos (arts. 29, § 1.º, e 30, § 1.º); para os detentos, trabalho sempre interno, que pode ser escolhido na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores (arts. 29, § 1.º, e 31, parág. único); para as mulheres, trabalho sempre interno, que pode ser escolhido, se se tratar de detenta (arts. 29, § 2.º, e 31, parág. único).

Desde BENTHAM, considera-se o trabalho externo um vexame para o condenado, mas esse vexame, de que estão isentos os detentos e as mulheres, mesmo reclusas, merecera crítica, quando verificado nas ruas, sujeito o prêso a calcêta.

Não impede o Código que o trabalho do detento seja intelectual, satisfeitas as condições do art. 31, parág. único, como tornava expresso o art. 63, I, do projeto da Comissão Legislativa.¹¹⁴

A escolha, pelo detento ou detenta, está subord'nada à condição de ter caráter educativo o mister preferido.¹¹⁵

O trabalho é, em regra, o único meio, de que dispõe o sentenciado, para reparar o dano, prover à subsistência da família, reunir o pecúlio indispensável à readaptação e proporcionar a efetiva execução da multa (art. 37). Por outro

¹¹⁴ Pela Consolidação das Leis Penais, a adaptação do trabalho às habilitações e ocupações era prevista para todos os condenados a pena privativa de liberdade (art. 53). Mas não admitia a escolha, como facultou o Código de 1940 em relação aos detentos. O Código Penitenciário discriminará, certamente, as normas de individualização do trabalho, em face da orientação profissional (seleção psico-fisiológica e determinação das aptidões já referidas no projeto respectivo).

¹¹⁵ Na penitenciária de Walkill (Estado de New York), 35 condenados, que possuem títulos universitários, prosseguem os seus estudos.

lado é o instrumento por excelência da disciplina, da higiene, da moralidade, da educação, da instrução técnica e profissional, em qualquer sistema penitenciário digno dêsse nome.¹¹⁶

O problema do trabalho no cárcere, além dos biopsicológicos e sociais, apresenta aspectos jurídicos e econômicos.¹¹⁷ Do ponto de vista jurídico, indaga-se de sua natureza, como elemento da pena ou simples meio de reeducação. Em suma: trata-se de trabalho *penal* ou de trabalho educativo?

O trabalho não é um requinte do castigo e, como tal, não o conhecemos mais no Brasil. Desapareceram os trabalhos forçados, símbolo da primitiva pedagogia carcerária: duros, aviltantes, extorquidos.¹¹⁸

O Código pune, como crime, reduzir alguém a condição análoga à do escravo (art. 149).

Foi nesse sentido que BENJAMIM CONSTANT, comentando FILANGIERI, impugnou a legitimidade da obrigação do trabalho, como odiosa forma de escravidão.¹¹⁹

Nem, sequer, subsiste a servidão penal que considera o condenado *servo da pena*.

Nenhuma transformação da pena identifica o progresso jurídico como a que vai substituindo os trabalhos forçados pela casa de trabalho.¹²⁰

¹¹⁶ A ação penitenciária é educativa por definição (EUSÉBIO GÓMEZ, rev. cit., pág. 358).

¹¹⁷ Vide MUR, *El trabajo en las prisiones*, Cartagena, 114; MORZ, *Le travail pénal*, Bucarest, 1929; NOVELLI, *Il lavoro dei detenuti*, Roma, 1930.

¹¹⁸ Na França, o trabalho é uma liberalidade que afeta a sua dignidade.

¹¹⁹ *Rev. de Criminologia etc.*, de Buenos Aires, 1.º vol., pág. 359.

¹²⁰ Nos estabelecimentos ingleses da *Penal Labour* ainda se usa a *treadwheel*, mas o *Hard Labour* já se revela *profitable and attractive*. A França mantém, até hoje, as disposições do Código de 1810 (art. 7.º). O Código russo de 1922 previa "trabalhos forçados sem detenção" e trabalhos de "simples fadiga física" (art. 32), estes suprimidos pelo Código de 1927.

O trabalho constitui aspiração dos próprios sentenciados, proporcionando-lhes vantagens de ordem disciplinar, física, moral, profissional e financeira.¹²¹

Como atributo fundamental da pena, não a agrava. Nem um benefício poderia agravar.

O trabalho carcerário não se confunde, porém, com o trabalho espontâneo e contratual da vida livre, pois entra no conjunto dos deveres que integram a pena.

Isto não exclui o caráter educativo, que a própria pena assumiu.

O condenado não tem *direito* ao trabalho, como não tem o *direito* de cumprir a pena.^{121-a}

¹²¹ Contra a obrigatoriedade do trabalho: PELLEGRINI, *Il lavoro carcerario a seconda delle finalità della pena; organizzazione del lavoro carcerario*, Catânia, 1924.

^{121-a} *Direitos subjetivos*. A teoria dos direitos subjetivos do condenado foi formulada por NOVELLI, com a terceira reforma penitenciária na Itália, compreendendo todos os direitos reservados e garantidos pela lei ao indivíduo privado de liberdade por sentença de juiz penal. Assim, o direito à remuneração pelo trabalho produtivo (*vide* art. 29, § 1.º, do Código Penal). Além disso, são abrandados os privilégios correspondentes a certas categorias, como os condenados por imprudência e os que tiveram a pena de multa convertida (entre nós tal conversão não induz a tratamento especial, que somente se aplica aos reincidentes e aos que frustram o pagamento de multa — art. 38 do Código Penal) em pena privativa de liberdade. Todos os direitos subjetivos devem ser respeitados pela administração penitenciária e os conflitos entre estas e o condenado devem ser submetidos ao controle judicial. Mas a definição dos direitos subjetivos do condenado depende de quadro legislativo variável e incerto.

Como relator do 4.º Congresso Internacional de Direito Penal, o magistrado polonês SŁOWOSKI (*Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté*, Paris, 1939, pág. 99) assim enumerou os direitos subjetivos do condenado: 1.º, comunicação com o mundo exterior (correspondência e visitas periódicas); 2.º, certa liberdade pessoal (os partidários do direito natural atribuem importância fundamental a esta faculdade, de que depende, em última análise, tudo o mais; e têm razão, porque a privação da liberdade deve limitar-se ao indispensável rigor e duração), *sensu stricto* (faculdade de desfrutar livremente momentos sem

Houve quem sustentasse que, atribuída ao condenado a obrigação de pagar as despesas de sua manutenção, deve ser reconhecido o direito ao trabalho.¹²² Não se poderia impor um pagamento, impedindo ao devedor os meios de fazê-lo (SPALLANZANI).

¹²² O Código suprimiu o dispositivo que o anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO aproveitava do projeto da Comissão Legislativa, nesse sentido (art. 34, § 2.º, I).

ocupações obrigatórias, liberdade de receber do exterior certas somas de dinheiro e certos objetos); 3.º, enviar dinheiro à família e outros privilégios particulares nos limites da lei e dos regulamentos; 4.º, receber ensino no interior do estabelecimento e gozar, em certo grau, de recreios ilustrativos, ofícios religiosos, biblioteca, jornais e lazeres, e tomar parte, como os outros, em diversões no interior do estabelecimento; 5.º, trabalhar, mediante remuneração em certos limites; 6.º, alimentação com calorias indispensáveis; 7.º, permanência nas condições fixadas na lei para o regime da pena aplicada (p. ex., a prisão em comum, se a lei exclui o isolamento celular).

Os direitos subjetivos assistem tanto aos presos como aos internados e implicam tratamento igual para quantos se apresentem na mesma situação jurídica. Em caso de conflito, que afetaria a própria base da pena privativa de liberdade, só um juiz poderia dirimi-lo.

Doutrina sobre os direitos subjetivos do condenado. A doutrina perde-se em sutilezas, quando defronta a repercussão do conceito de direito subjetivo na intimidade inconfundível da pena, nos seus pressupostos e objetivos.

GRÜNHUT pretende que o fim educativo da pena do sistema penitenciário não torna o condenado objeto da pena, mas sujeito de direitos e deveres. Daí, segundo NOVELLI, a necessidade do controle do juiz para assegurar a legalidade da execução (NOVELLI, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene secondo i nuovi ordinamenti italiani*, Roma, 1935, pág. 201).

MANZINI, estudando os direitos de pessoa e de liberdade e sua particular manifestação nas relações de direito pessoal, arrola entre os direitos do condenado: liberdade pessoal, liberdade civil, reconhecimento e proteção da personalidade e mesmo certos direitos políticos. SANTORO afirma que a lei deixa ao condenado uma fração de liberdade que se liga à sua pessoa e ao seu patrimônio, garantindo-os (SANTORO, *La tutela di quel che resta di libertà ai detenuti*, in *Riv. Penale*, 1908, vol. 67, pág. 16).

Vimos que o nosso regime político impõe a todos o trabalho como dever social, cuja violação acarreta penas e medidas de segurança. A prática de crime não pode importar isenção desse tributo. No direito brasileiro não têm objeto, pois, as questões referidas.

Do ponto de vista econômico, o trabalho carcerário foi considerado concorrência desleal ao trabalho livre.¹²³ É quase nula a influência daquele na economia das nações modernas.

¹²³ Segundo FERRI, é preciso considerar que a concorrência não há de ser avaliada pelo mercado nacional ou internacional, e sim no campo restrito do mercado circunvizinho, o qual recebe a produção carcerária, feita por mão-de-obra mesquinamente paga (*Exposição de motivos, in Revista Forense*, 1921, vol. 36, pág. 346).

Não há, portanto, divergência essencial, mas visões parciais do problema, dependente da posição do doutrinador e do aspecto a que se mostrou mais sensível.

Pertence a FALCHI a apresentação sistematizada da legalidade como pressuposto da execução (FALCHI, *Diritto penale esecutivo*, Pádua, 1934, vol. 1.º; *Teoria*, págs. 37, 101, 102 e 105; vol. III, págs. 15 e 48. Vêde ainda *I diritti soggettivi delle persone detenute, in Scuola Positiva*, 1935, vol. I, pág. 1), pois embora sempre reconhecida a necessidade de certa tutela do juiz da sentença durante a execução da pena, mantém-se ainda, em regra, a liberdade da ação das autoridades administrativas. Não só os direitos subjetivos estabelecidos no Código Penal e resultantes da sentença, mas, também, as disposições regulamentares têm caráter de direito público: os direitos relativos à personalidade e à liberdade do condenado, os patrimoniais e os civis. A submissão do sentenciado à autoridade penitenciária não afeta certos limites estabelecidos obrigatória (direito subjetivo), discricionária ou condicionalmente (interesses legítimos). Os conflitos seriam submetidos a autoridade jurisdicional especialmente instituída para decidir sobre os direitos subjetivos mais importantes, com formas e recursos garantidos.

SLIWOWSKI (*Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté*, Paris, 1939), apreciando as principais concepções, tentou apreciável esforço eclético. Partiu êle da teoria dos incidentes de execução como fundamento da intervenção da autoridade judiciária no domínio executivo. Na realidade, a infiltração progressiva dos elementos jurídicos na execução e

A tendência é mesmo a expansão dos serviços industriais do Estado. Nem há concorrência no sentido de aumento da oferta, porque os detentos mais trabalhariam em liberdade. Movimenta-se nos cárceres potencial de trabalho — os sentenciados são, quase sempre, operários — adquirido no próprio mercado.¹²⁴

Por outro lado, não há concorrência pela introdução no mercado de produtos a preços mais baixos dos permitidos pelo trabalho livre, donde a pretendida equiparação de preços da mão-de-obra e dos produtos. Aliás, o salário do sentenciado deve aproximar-se, tanto pelo seu destino, especificamente social, como para evitar a exploração do braço hu-

¹²⁴ Não existiria objeto para controvérsia, se o sentenciado tivesse o salário e o horário equiparados aos do operário livre, como preceitua o projeto FERRI (art. 72). O projeto argentino de COLL e GÓMEZ estabelece a duração de 44 horas semanais (art. 39). O projeto SÁ PEREIRA regulava o salário pelo do operário livre, menos um terço.

continuidade do julgamento corresponde a nova ordem na justiça penal. A teoria do estatuto legal estabeleceu a necessidade de considerar os conflitos entre o condenado e a administração penitenciária que não poderão ser resolvidos por esta. A teoria dos direitos subjetivos revelou a natureza absoluta dos limites legais à atividade das autoridades penitenciárias, definindo, classificando e disciplinando.

SLIWOWSKI extraiu da concepção tripartida das autoridades que promovem, formam e declaram a execução (FALCHI) as idéias de ligação, harmonia e continuidade entre a justiça penal e os elementos que a substituirão. Mas, acrescenta a noção de que a privação e a restrição da liberdade constituem fator independente, servindo a fim determinado e com papel particular. A pena e a medida de segurança detentivas apresentam a liberdade sob o ponto de vista jurídico tradicional. No entanto, a apreciação do problema assumiu novo sentido, completamente desligado do fim metafísico da retribuição, da provação aflitiva.

Nem o *abstrato* pode constituir *objetivo* — temos dito e repetido com a esperança de contagiar os dogmáticos pela simplicidade desta evidência.

mano pelo próprio Estado, e mesmo corresponder à base mínima imposta pela lei em favor do operário livre.

Não existe maior procura em relação aos produtos carcerários, recomendados pela qualidade da matéria-prima em regra adquirida pelo Estado em concorrência, mas depreciados pela condição de aprendizes e operários instáveis, sem direção técnica livre da mentalidade e do mecanismo burocráticos, interessada e empenhada na concorrência, cujas sutilezas e imprevistos conhece e acompanha com espírito comercial. A indústria, que teme a concorrência das prisões, não dá boa prova de sua capacidade.

Para excluir a suposta concorrência, pretendeu-se proibir o uso de máquinas e obrigar os sentenciados a trabalhos agrícolas difíceis, perigosos e não pleiteados por operários livres.¹²⁵

A proibição de máquinas impediria uma produção importante, mas dificultaria a colocação dos produtos, pois a manufatura, em regra, os encareceria desproporcionadamente.

A exclusividade do trabalho agrícola não atende à origem e ao destino de todos os sentenciados, sobretudo nas zonas industriais.

Os produtos das oficinas carcerárias devem ser e são quase sempre consumidos pelo Estado. Assim, a pretendida vantagem é reservada ao Estado e, portanto, em última análise, à coletividade. E, diante disso, os argumentos em contrário perdem toda razão de ser.¹²⁶

Cabe aos Estados Unidos o principal papel no estudo e na solução dos problemas a respeito.¹²⁷ Nas prisões daquele país distinguem-se, atualmente, seis sistemas de trabalho.

¹²⁵ A lei italiana, de 26 de junho de 1924, cogita do emprêgo dos sentenciados no beneficiamento de terrenos incultos ou maláricos.

¹²⁶ FERRI, *Lavoro e celle dei condannati; Intorno alla Concorrenza del Lavoro Carcerario al Lavoro Libero*, em *Studi della Criminalità*, Turim, 1926, págs. 106 a 144; *Il trionfo della scienza italiana ad Congresso penitenziario internazionale*, 1925, pág. 801.

¹²⁷ CADALSO, *Instituciones penitenciarias de los E. E. U. U.*, Madri, 1913.

Pelo sistema de contrato, o Estado fornece casa, luz, força, guardas, e o contratante máquinas e matéria-prima, incumbindo-se da supervisão. Os guardas mantêm a ordem, informando ao órgão competente sobre as anormalidades, e o contratante dirige, de acordo com os guardas, as atividades industriais, verificando a qualidade do trabalho. O Estado recebe uma quantia fixa sobre o trabalho diário.

No sistema da cessão, proveniente da guerra civil, o Estado renuncia a qualquer controle em favor do *lessee*, mas fica livre de todas as despesas. Não precisa construir prisões, nem pagar guardas. Imediatamente depois da sentença definitiva, são os condenados remetidos ao campo de *lessee* para o trabalho obrigatório.

O sistema *piece-price* constitui uma modalidade do sistema de contrato, assumindo o Estado todas as despesas com os sentenciados e os guardas, determinando a quantidade e a qualidade do trabalho, encarregando-se do processo de produção. O contratante fornece o material e paga ao Estado uma certa quantia por artigo aceito.

Sob o sistema de consumo pelo Estado, este se encarrega do processo de manufatura e destina toda a produção ao próprio consumo.

Sob o sistema de obras públicas e estradas, apenas se altera a natureza do trabalho, que passa a ser feito ao ar livre.

O sistema de *public account*, no qual o Estado fabrica e coloca a produção no mercado, é usado desde as primeiras prisões e, recentemente, reconquistou a preferência nos Estados Unidos.

Os italianos chamam-no de sistema *ad economia* ou da *regia pubblica*, contrapondo-o ao sistema *appalto*, ora geral, ora para muitos cárceres, como na França, ora organizado em cada estabelecimento: o contratante, pagando certa soma ao governo, dirige e desfruta por conta própria os braços dos sentenciados, com ou sem hasta pública, mediante garantias de gênero industrial, salário, venda dos produtos (proibida ou não no lugar de produção) etc. Entre estes dois

sistemas opostos há um intermediário, denominado *à façon* pelos franceses, segundo o qual o contratante não tem ingerência direta nos cárceres, mas dá à administração as matérias-primas e orientação especial, recebendo os produtos.

O Código, elaborado na previsão do Código Penitenciário e com o objetivo de tornar possível a adaptação das fórmulas à variedade das condições dos Estados, não adotou qualquer desses sistemas, limitando-se a facultar aos reclusos a prestação de trabalho em obras ou serviços públicos.

12. O art. 32 do Código, atribuindo aos regulamentos das prisões os meios específicos de defesa e estímulo da disciplina, proíbe medidas perigosas à saúde ou danosas à dignidade.

O art. 33, 3.º, do projeto argentino de COLL-GÓMEZ também proíbe as medidas que, a título de correções disciplinares, afetem a dignidade ou a saúde do condenado ou atinjam a remuneração do trabalho.¹²⁸

Não seria necessária a referência à redução do salário, quando este passou a constituir direito do sentenciado, destinando-se, também, ao pagamento da multa. Assim, não é possível reduzi-lo, a título de castigo, desde que prestado o trabalho. Além disso, a medida prejudicaria menos o sentenciado do que a sua família, em cuja subsistência e estabilidade tem interesse o Estado, por sua vez credor da multa cumulativamente imposta.

O art. 9.º do Código russo de 1926 prescreve que “as medidas de defesa social não podem importar a imposição de sofrimento físico nem lesar a dignidade humana, nem ter um fim retributivo”.¹²⁹

¹²⁸ Art. 68 do Código mexicano. DELMAS, *De la rémunération du travail pénitentiaire et du pécule des détenus*, Toulouse, 1935.

¹²⁹ CUELLO CALÓN notou: “a declaração é supérflua, carece de utilidade prática e representa apenas uma manifestação doutrinária de ruptura com um direito penal puramente expiatório e retributivo, desconhecedor do respeito à dignidade humana, prestes a extinguir-se. As novas leis penais de outros países, assim como as de

A história dos castigos aos sentenciados nasceu com as penas detentivas, acompanhando-as na sua lenta evolução entre sangue e lágrimas.

Só muito tempo depois surgiram, timidamente, os ensaios de um regimento penal, que, na maioria dos casos, talvez dispensasse os castigos, tantas vezes contraproducentes. Não os esqueceu o próprio sistema pensilvânico, que encerrava cada sentenciado entre grades de ferro e paredes tão espessas como a mentalidade dos torturados bem intencionados.

Em 1835, na Penitenciária Oriental da Pensilvânia, sem excluir as surras, admitia-se a privação do uso do pátio de exercício anexo a cada célula, a eliminação de uma refeição em cada dia, por duas a três semanas, a célula escura, a recusa de um simples cobertor ao sentenciado. Em vinte e quatro horas este recebia oito onças de pão e um pouco d'água. Conta-se que certo prisioneiro, após quarenta e oito horas nesse célula, foi dela retirado em pleno delírio.

Tolerava-se ainda a privação de todo e qualquer alimento até três dias, a suspensão do prêso pelos pulsos na parede do pátio, para que lhe atirassem baldes d'água mais ou menos fria, conforme as estações. Usava-se, também, a chamada *cadeira louca*, na qual se amarrava o condenado com as mãos algemadas. Não havia descanso para os pés, tornando-se impossível mover o corpo sem dores atrozes nas juntas.

Mais bárbaro era o saco de fazenda de três espessuras e de aberturas na frente para as mãos, com que se amarrava a vítima durante quatro a nove horas. Aplicava-se, por último, a *mordaca*, responsável pela morte de um louco.

Era uma espécie de freio de arame, servido de correntes, colocado na boca e amarrado ao queixo. As correntes traziam fechaduras.

“execução penal, ainda quando não o expressem paladinamente como “este Código, inspiram-se no maior respeito pelo homem que “é o delinqüente, e tendem, sobretudo, à sua reforma e adaptação “à vida social” (*El Derecho Penal de Rusia Soviética*, Barcelona, 1931, pág. 63).

Punham-se na vítima luvas de arame, em cujas argolas de ferro eram amarrados com correia os braços cruzados nas costas. Outras correias eram colocadas nas mãos e, depois, entre as correntes e a mordaca, na nuca, e amarradas de forma a obrigar o levantamento das mãos à altura da cabeça, repuxada para trás, e forçando o arame contra a boca.

O sofrimento causou muitas mortes.

Para manter o silêncio, em Auburn, praticavam-se horrores. O próprio ELAM LYND disse que era impossível governar uma grande prisão sem o chicote. A mordaca e a suspensão pelos pulsos foram adotados em Auburn.

Em Sing-Sing, em 1843, foram aplicados 3.000 açoites, inclusive em mulheres, sem prejuízo de alguns processos pen-silvânicos e da alimentação a pão e água.

O espírito dêesses cartigos perdura contemporâneamente e tem como símbolo a solitária — uma célula escura, à prova de som e de luz, onde se mantém o condenado com a ração reduzida, às vêzes até que o médico ordene a sua retirada por perigo de vida.

A Comissão Internacional Penal e Penitenciária, como vimos no n.º 7, adotou a palavra *presos* para designar tôdas as pessoas privadas de liberdade e encarceradas por qualquer motivo. Prisões são, portanto, todos os lugares de encarceramento, de privação da liberdade. Mas, no art. 32, o vocábulo *prisões* abrange sômente os estabelecimentos, a que se achem recolhidos condenados, sem qualquer distinção. Nenhum condenado, portanto, pode ser submetido a restrição ou castigo de que não cogitem os regulamentos, segundo as normas do Código Penitenciário. Desaparece, assim, o arbítrio da administração carcerária, quer para castigar, quer para premiar.

Além disso, os favores serão subordinados a uma graduação, de acôrdo com o mérito do sentenciado, não só como estímulo e exemplo, mas, também, como reflexo, na ordem disciplinar, do sistema progressivo, assim auxiliado por um instrumento ativo, direto e frisante de individualização.

Os regulamentos, articulando-se, nos pormenores, com as linhas gerais do sistema progressivo, especificarão a natureza e ainda as condições e a extensão dos favores, que, de elementos sem método, sem harmonia, sem finalidade de elencos compostos pelas fantasias da crueldade, desempenharão um papel inconfundível no mecanismo executório. Os regulamentos e a discrição administrativa vêm repetindo, despercebidamente, através dos séculos, os primores bárbaros. Não se examina o seu sentido, não se avalia, sequer, o que eles encerram de primitivo, de irracional, de contraproducente.

Aquêles que se exaltam nas maldições históricas, não dão à consciência o trabalho de interpretar o divórcio entre o que dizem, com boa-fé verbal, e o que fazem, maquinalmente, assinando ordens, com citações burocraticamente escrupulosas das mesmas alíneas nascidas para o serviço dos monstros que lhes despertam o mais santo horror.

Perdendo a condição de réu para adquirir a de sentenciado, o indivíduo deve receber da sociedade exemplos diretos de piedade e probidade, e não sugestões práticas de fraude e violência. Nada mais nocivo à coletividade, que tem interesse em conquistar o elemento abandonado ou transviado e, por isso, conduzido ao crime, do que criar incompatibilidades.

É preciso, no entanto, manter, na distribuição de favores, que se exigem sempre justificados e oportunos, o maior escrúpulo, para evitar iniquidades, tão funestas à disciplina. A sua base deve ser a confiança, a admiração, o respeito de que procede a obediência inteligente e digna.

As violências imotivadas ou excessivas são tão nocivas quanto as complacências e liberalidades que desvirtuam a pena.

Por isso mesmo, constituem exageros incompatíveis com a finalidade defensiva da sanção o chamado autogoverno dos detentos e o princípio do automatismo, isto é, a conquista.

mecânica de benefícios.¹³⁰ Chegou-se à criação de bônus que reduzem a pena em função da boa conduta. Esta constitui simples dever. Tais vantagens, de que são juizes, em última análise, os funcionários subalternos, em imediato e constante contato com os sentenciados, prejudicam a individualização e dão ao índice aparente da conduta uma infalibilidade e um valor verdadeiramente absurdos.

Nem tôdas as conquistas da pedagogia moderna para tornar atraente e agradável o aprendizado podem ser aplicadas ao condenado, sem sacrificar a natureza austera da pena.

O Congresso de Berlim estudou os métodos aplicados para educar e emendar os sentenciados.

O ministro da Justiça da Alemanha, no discurso inaugural, considerara esta questão mais importante, antecipando-se na sustentação do caráter repressivo da execução, sem excluir, em certos casos ou grupos de indivíduos, o caráter reeducativo. Os congressistas anglo-americanos, porém, proclamaram que a finalidade da pena é, exclusivamente, a readaptação á vida social, sem qualquer idéia de repressão ou castigo. Os alemães pleiteavam a revisão rigorosa dos sistemas humanitários e os anglo-americanos defenderam a sua aplicação racional e prudente. Os italianos entendiam que não se pode determinar a finalidade da pena, prescindindo das leis penais vigentes nos diversos países.

Por isso queriam os italianos conciliar o caráter aflitivo da pena e os meios educativos, sobretudo em relação à medidas de segurança, para atender-se aos progressos das condições materiais e morais necessárias à vida física e espiritual dos detentos e à sua readaptação social. Opunha-se, no entanto, às concessões que importam vida igual ou superior à do homem em liberdade.

¹³⁰ A *good-time-law*, cuja adoção no Brasil foi autorizada pela lei n.º 4.577, de 5 de setembro de 1922, consagra o encurtamento da pena pelo bom procedimento. Veja-se CÂNDIDO MENDES, *Encurtamento gradativo da pena (Good-time-law)*, Rio, 1936.

Os regimes cruéis e negligentes são, igualmente, funestos, gerando a tirania ou a anarquia. Em relação aos perigosos, sobretudo, é indispensável a energia, na medida das necessidades da disciplina.

O Código aboliu, definitiva e radicalmente, as catacumbas dos enterrados vivos, as solitárias infectas, os subterrâneos medievais.

Que homem se pretende extrair das paredes de um calabouço, onde não se pode, sequer, tentar a posição vertical, onde as curvas obrigam o corpo à postura física da despersonalização, onde não se faz uso das vértebras?

Não se contesta que afetam a saúde as privações de higiene, de sol, de ar, de luz, de movimento, de alimentação. E, como não se pode, a título de castigo, dispensar de um dever ou isentar de um ônus, são intangíveis o trabalho, o estudo, os cuidados da ordem e asseio. Permitem-se, porém, as restrições ou proibições de visitas, correspondência, diversões (esportes, cinema, rádio, festas, passeios) e outras regalias.

A individualização de castigo há de atender às condições de cada prêso, ao seu temperamento, às suas predileções, para não convertê-lo em prazer ou benefício.

O Código preserva, também, a dignidade humana lesada, pelos castigos que aviltam e desmoralizam, filiados às penas infamantes proscritas ou transformadas nas legislações dos povos verdadeiramente civilizados.

Não é necessário justificar a ofensa à dignidade humana produzida pelos castigos corporais.

FERRI sustentou que, não só no Código, mas também no regulamento carcerário, e pelas mesmas razões, devem ser excluídos êsses deprimentes excessos.

Notou o mestre que um grupo de funcionários especializados encontrara meios mais eficazes de higiene física e moral para obter a reeducação. É muito mais fácil obter a disciplina com recursos psicológicos do que com o rigor dos castigos, reservando-se só para os casos extremos as medidas

de força que se empregam nos manicômios para os loucos furiosos.¹³¹

As punições artificiais são sempre contraproducentes ou inúteis. SPENCER mostrou como as punições naturais operam sempre fora do ato punitivo, com rigor e objetividade, não podendo o punido alegar injustiça ou arbítrio.¹³²

13. Provém, sobretudo, da legislação francesa, cuja ascendência no século XIX tanto se fez sentir, os mais importantes privilégios femininos, não quanto à cominação e aplicação, mas quanto à execução da pena. Assim o adiamento, para depois do parto, da execução da pena de morte contra a mulher grávida; a opção das sentenciadas a trabalhos forçados pela transferência para colônia; a separação dos estabelecimentos para as penas longas, as *maisons centrales de force et de correction*; para as penas curtas, pavilhões isolados. O filho até quatro anos fica em companhia da mãe e, se a pena é longa, convivem até que possam ser separados. Em geral, não eram executadas as mulheres, até a guerra de 1914, quando se desenvolveu a espionagem feminina.

No doutrina foi, principalmente, CARMIGNANI quem prestigiou a reivindicação feita espontaneamente por homens, em nome das mulheres, para considerá-las menores em face do direito penal. Fez fortuna o degradante cavalheirismo, que procurava inspiração no direito romano, no direito canônico e nos criminalistas do tempo em que a mulher era coisa, objeto de escravidão e de comércio.

Chegou-se a propor a instituição de tribunais femininos, dada a incapacidade dos homens para compreender a psicologia da mulher. Em nossos dias, a grande maioria dos autores e tôdas as legislações reconhecem que o sexo em nada

¹³¹ *Exposição de motivos, in Revista Forense, 1921, vol. 36, página 332.*

¹³² KRIEGSMAN, *Preceptiva penitenciária*, Madri, 1917.

altera o senso moral, a inteligência, a força de vontade, a inibição.¹³³⁻¹³⁴

O Código do Império conferia à mulher o privilégio de não andar com a calcêta nos pés e de não ser enforcada quando grávida.¹³⁵

O Código de 1890, refletindo diversa realidade social e econômica, presumida a superioridade do sexo masculino, com a agravante do art. 39, § 5.º, mas não atenuava a responsabilidade nem especializava o tratamento penitenciário em função do sexo.

O Código, com a separação das mulheres em estabelecimento especial e adequado, e assegurando a exclusividade do trabalho interno, não cedeu ao pressuposto da inferioridade física ou intelectual. Não se distinguiram os sexos em face das penas, que são de qualidades e quantidades idênticas para homens e mulheres.

A civilização moderna orienta-se no sentido de equiparar os direitos e os deveres dos dois sexos.

O direito penal, à exceção de algumas particularidades da execução da pena, em respeito à gravidez e ao parto, acompanha o nivelamento que já permite à mulher votar e ser votada, legislar, administrar e julgar.

Há homens torturados nos horizontes mentais, esterilizados nos limites dos caracteres intelectuais primários, como há mulheres batidas em cheio pela centelha do gênio.

¹³³ GEORGES VIDAL, *Cours de Droit et de Science Pénitentiaire*, 8.ª ed., Paris, 1935.

¹³⁴ As leis romanas presumiam menor dolo no sexo feminino. A *Lex Julia mitigava* a pena para a mulher. De célebre fórmula de FARINÁCIO: "*ed quæ sexus fragilitatem respicit*".

¹³⁵ TOBIAS BARRETO lamentou que o legislador tivesse esquecido de que, em tal hipótese, a execução sobrecarregava a crueldade, deixando um filho sem mãe, matando uma mãe que deixa um filho. Outros dados sobre a condição penal da mulher antes do Código de 1890; *vide* TOBIAS BARRETO, *Menores e Loucos*, ed. do Estado de Sergipe, 1928. O Código cubano (1938) não permite a execução da pena de morte contra mulher grávida, nem a notificação da sentença que a aplica, até três meses do parto (art. 83).

Apenas em relação à mulher é de notar o caráter excepcional dessa conquista, que representa uma vitória de cada dia sobre a avalanche dos antigos preconceitos e das restrições culturais. Através dos séculos, foram contidos todos os seus impulsos para a ciência, para a arte, para a ação social.

Nascida e criada para a escravidão, para a ignorância e para o desfrute alheio, ela se vai libertando por si mesma, ao preço de todos os sacrifícios, não para substituir, mas para ombrear com o homem no trabalho e na cultura.

Dessa desigualdade social, que condenou a mulher, até bem pouco tempo, ao analfabetismo, à superstição, à fraqueza, à domesticidade, exclusivamente, resultou o preconceito desmentido pela vida e pela história de sua suposta inferioridade mental e física.

MARIE HOLLEBECQUE mostrou, recentemente, que a pretensa debilidade física revelada na pequenez da estatura, na delicadeza dos membros, provém das variações raciais. As mulheres são mais robustas do que os homens na Itália meridional e, na África, em regra, mais esbeltas. Assinala ainda que essa debilidade resulta do luxo e da ociosidade pela atrofia muscular. Tanto assim que, na Índia, a mulher designada para a aristocracia deve possuir medidas mínimas. Pode-se ajuntar, a propósito, entre os homens, o caso dos *jockeys*, obrigados, profissionalmente, a limites mínimos de peso. Hoje, a concepção eventual da estética obrigou a mulher, com restrições alimentares e mesmo medicações, a igual constrangimento.

Nas tribos localizadas em montanhas, como as de Anam, Tonquim e Laos, as mulheres são prodigiosamente fortes pelo hábito da marcha e o costume de conduzir cargas. As negras da África incumbem-se dos mais rudes trabalhos, excedendo os animais no transporte de volumes.

Na Arábia, continuam a ser, no exato sentido da expressão de Luís XIV, uma "bêsta de carga". No Japão, trabalham nos arrozais e, como pescadoras, descem ao fundo do mar para recolher o marisco, manjar predileto dos *daimios*. Na costa da França, espetáculos semelhantes se verificam.

Hoje, mulheres guiam automóveis e aviões, atiram-se em pára-quedas, atravessam a Mancha, exploram os desertos do Tibé, as selvas da África equatorial e os gelos polares. Virgínia Herriot, que se tornou marinheira, chegou a ser comandante de navio.¹³⁶

Nada tem a ver, portanto, com a concepção da inferioridade da mulher a regra do art. 29, § 2.º, que pertence a um sistema de individualização, atendendo a condições psicológicas e fisiológicas, diversamente manifestadas, e preservando a disciplina, a moralidade, a eficácia da execução penal.

Vimos no n.º 9 que, quando o § 2.º do art. 29 alude a estabelecimento especial, e só, na sua falta, admite o cumprimento de pena em seção *adequada* de penitenciária ou prisão comum, não dispensa o caráter penitenciário daquele estabelecimento especial. Não havendo penitenciária para mulheres, estas cumprem pena em seção *adequada* (não basta ser especial), separadas de todos os demais presos ou prêsas. Por outro lado, como na penitenciária para mulheres, as reclusas ficam *sempre* separadas das detentas.

O regime penitenciário não pode ser mitigado, sujeitando-se as reclusas à progressão do art. 30¹³⁷ e à obrigação do trabalho, com a única e óbvia diferença de que este há de ser, exclusivamente, interno (§ 2.º do art. 29) e suscetível de escolha pelas detentas, na conformidade de suas aptidões e ocupações anteriores (parág. único do art. 31).

Não vejo razão para o critério do projeto argentino de 1937, da autoria de COLL e GÓMEZ, quando limita os labores adequados ao sexo e, sempre que possível, manda preferir os de jardinagem, horticultura e criação (art. 37).

Nas cidades, as mulheres são, em regra, empregadas domésticas e operárias. Os que sustentam a inferioridade física

¹³⁶ Vide ROBERTO LYRA, *Direito Penal* cit., 1.º vol., págs. 606 a 633; *Polícia e Justiça para o Amor*, Rio, 1937, pág. 111.

¹³⁷ O Código do Peru de 1924 admite a restrição ou a supressão do isolamento celular por motivo do sexo (art. 12).

da mulher ¹³⁸ não hão de preferir o trabalho agrícola, sem dúvida mais duro, fatigante e exigente de força muscular do que o de manufatura e mesmo o industrial.

No Brasil, há uma razão prática que, certamente, aconselhará outra diretriz — é o número insignificante de sentenciados. ¹³⁹

Consultariam a essa auspiciosa crise de braços femininos e à preocupação do Estado pela família a puericultura, os misteres de direção, decoração, higiene do lar e outros trabalhos domésticos.

O trabalho da sentenciada é também remunerado, segundo o preceito do art. 29, § 1.º, que não distingue sexo, quer em relação ao salário, quer em relação ao isolamento, durante o repouso noturno. Dir-se-á que êsse isolamento, ditado em relação aos homens, para evitar vícios, imoralidades e o contágio criminal, não tem o mesmo alcance quanto às mulheres. As perversões sexuais, as anomalias do senso ético, a sugestão criminal abrangem os dois sexos e, talvez, entre as mulheres amiúdem os casos de maior receptividade ou de menor defesa. ¹⁴⁰

Quanto às sanções disciplinares aplica-se às mulheres o que escrevemos no n.º 12.

Não só para as mulheres, porém, sobretudo para elas, a solidão e o silêncio importam constrangimentos antinaturais. As necessidades da disciplina podem exigí-los, mas devem ser respeitadas nos seus estritos limites. Mais se impõem, em relação às sentenciadas, a privação ou a redução de correspondência e visita, a proibição de assistência ou

¹³⁸ O Código de Cuba (1938) obriga o exame médico para sujeitar a mulher ao trabalho (art. 89, e), sempre interno.

¹³⁹ A última estatística publicada é de 1934, acusando, entre 4.633 sentenciados, 4.287 homens, 300 menores e 46 mulheres. Nos Estados de Amazonas, Sergipe e Paraná não foi encontrada uma só mulher nas prisões.

¹⁴⁰ ROBERTO LYRA, *Justiça e Polícia para o Amor*, Rio, 1937, página 118.

participação em festas, projeções cinematográficas, audições musicais etc.

LOMBROSO, assinalando a grande importância que, em regra, as mulheres emprestam a vestidos e ornatos, preconizara para os crimes leves “as penas aflitivas da vaidade”.¹⁴¹ Na vida carcerária é diminuta a margem deixada à vaidade, mas esta seria sacrificada, a título de castigo, eficientemente.

Os métodos de correção hão de atender, na mulher, ao caráter mais expansivo e mais comunicativo, à sensibilidade mais apurada.

Nos casos graves de rebeldia, o castigo não procurará enfraquecer e sim regular e disciplinar a vontade.

Ao Código não compete prover, porém, quanto a certos fenômenos especiais, que, aliás, dependem menos dos regulamentos do que da ação da autoridade carcerária, segundo as circunstâncias.¹⁴²

Quanto à gravidez anterior à sentença definitiva, não vejo por que distingui-la da que se pronuncia depois. Como admitir a suspensão da execução da pena, sem distinguir, sequer, os casos de maior periculosidade?

Praticamente, seria impossível acautelar os interesses da Justiça.

Nada impede, de qualquer forma, a transferência oportuna para maternidade, assegurada a custódia.¹⁴³

14. Segundo o parág. único do art. 68 da Consolidação das Leis Penais, se a enfermidade mental se manifestar depois que o condenado estiver cumprindo a pena, ficará sus-

¹⁴¹ *Le Crime, Causes et Remèdes*, trad. francesa, Paris, 2.^a ed., 1907, pág. 496.

¹⁴² Pelo anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, não se daria início à execução, enquanto perdurasse a gravidez (art. 36 da edição definitiva).

¹⁴³ No 5.º Congresso Penitenciário Internacional de Paris (1895) foi discutida a criação de estabelecimentos especiais para mães criminosas.

pensa a execução, *não se computando o tempo* de suspensão no da condenação.¹⁴⁴ O Código remediou a iniquidade.

Não se diga, como quer FLORIAN,¹⁴⁵ que o desconto da internação detentiva não teria título jurídico, o qual lhe foi conferido pelo meio idôneo — a lei.

A referência a hospital ou manicômio, no art. 34, serve à clareza indispensável a uma lei, especialmente a penal, pois, se feita apenas a hospital, excluiria o manicômio judiciário, que, embora participe da condição de hospital, também é lugar de custódia e, agora, de cumprimento de pena.¹⁴⁶

O Código manda expressamente computar o tempo da internação em hospital ou manicômio, desde que relativa, é claro, ao mesmo processo, sem distinguir a oportunidade da manifestação da doença, seja ou não mental.¹⁴⁷

¹⁴⁴ “Disto resulta uma situação, não raro, constrangedora para o alienista e torturante para o doente: a detenção é prolongada, às vezes, por decência e até indefinidamente, contra todos os sentimentos de humanidade e contra tôdas as regras da moderna assistência a psicopatas. Temos sob nossas vistas, no Manicômio Judiciário desta capital, casos dolorosos neste particular, relativos a indivíduos que já ultrapassaram, de muitas vezes, o tempo da condenação, mas que, por se acharem mentalmente enfêrmos, têm esse tempo descontado, e quando, com alta, regressarem à prisão, recomearão o cumprimento da pena, interrompida pela doença que os levou ao manicômio” (HEITOR CARRILHO, *Arquivos do Manicômio Judiciário*, Rio, 1937, ns. 1 e 2, pág. 6).

¹⁴⁵ *Trattato*, cit., pág. 876.

¹⁴⁶ O Código suíço prescreve que o cômputo não terá lugar se o condenado, fraudulentamente, provocou sua transferência ou prolongou sua estada no hospital ou no hospício (art. 40).

¹⁴⁷ O Código argentino, como o projeto COLL-GÓMEZ (art. 60), prevê o caso de loucura (o projeto fala em “alienação outra enfermidade psíquica”) durante o cumprimento da pena e manda fazer o cômputo, haja ou não internação. Pela interrupção da execução, e, portanto, contra esse cômputo: anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO (art. 37 da nova edição), Código cubano de 1938 (art. 86), Código Italiano (art. 148). O Código de Cuba exclui o cumprimento da pena se decorreu o prazo da prescrição durante a alienação.

O art. 34 estabelece, também, o cômputo, na pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), do tempo de prisão preventiva — já o fazia o art. 60 da Consolidação das Leis Penais — ou provisória no Brasil ou no estrangeiro.¹⁴⁸

O Código abrange tal prisão no estrangeiro. Fazia-se necessário, para evitar dúvida, mencionar a prisão provisória, pois, a rigor, a prisão em flagrante, em virtude de pronúncia ou de sentença recorrível, não é preventiva nem executória.¹⁴⁹

Em todos esses casos, mesmo no silêncio da sentença, impõe-se o cômputo *ope legis* e como direito subjetivo do condenado.

O Código não manda computar o tempo de prisão preventiva ou provisória na multa, cujo montante obedece a outros critérios e objetivos.¹⁵⁰

O juiz, no entanto, pode considerá-la na opção.

Deve descontar-se o tempo, quando o réu foi absolvido no mesmo processo pelo crime mais grave e condenado somente por outro que não admitia prisão preventiva.

O período inicial da reclusão (art. 30) fica absorvido pelo tempo de prisão preventiva ou provisória.

¹⁴⁸ O Código suíço, art. 69, só admite o cômputo na medida em que o réu não provocou, por sua conduta posterior ao crime, sua detenção preventiva ou a prolongação desta. Pelo projeto FERRI o desconto seria facultativo para as sanções mais graves (art. 108).

¹⁴⁹ O Código argentino, art. 24, conta dois dias de prisão preventiva por um de reclusão etc. O Código italiano, arts. 137 e 138, fala em encarceramento preventivo para afastar dúvida, aliás, não surgida no Brasil na vigência do Código de 1890, da inclusão do tempo de passagem pela polícia (delegacias, gabinetes e institutos a serviço da instrução criminal). Entre nós discutiu-se o cômputo da prisão, aparentemente por motivo de ordem ou segurança pública, mas, na verdade, para antecipar ou suprir a prisão preventiva.

¹⁵⁰ O Código italiano, art. 137, manda computar o encarceramento preventivo na pena pecuniária. Pelo Código suíço, art. 69, o juiz pode levar em conta equitativa a detenção preventiva. O Código cubano, de 1938, prevê o desconto de uma cota por dia de prisão ou detenção preventiva (art. 55, c).

O cômputo do tempo de prisão provisional é ditado pela equidade. Embora se trate de pena atípica e o regime de custódia seja especial, importa privação da liberdade determinada pelo crime e quase sempre decorrente de motivos não-imputáveis ao réu, mas de precaução judicial (ver Código suíço, art. 69). ^{151-182-182-a}

15. O juiz, fazendo a adaptação legal da pena, fixa, de acordo com o processo, a condição jurídica do sentenciado, para o efeito da adaptação administrativa. Esta pertence aos órgãos e serviços incumbidos da execução, mediante o estudo da personalidade do condenado, através das manifestações do caráter, os sentimentos, das atitudes, diretamente observados.

Tanto ao juiz, como à administração penitenciária, incumbe evitar a vida em comum de condenados necessitados de tratamento diverso, assegurando toda atenção a cada personalidade.

¹⁵¹ Projeto paraguaio de GONZÁLEZ (1906), art. 52: "Não se reputarão penas: primeiro, a detenção e prisão preventiva dos processados, se forem absolvidos". Vide DELVAILLE, *De la déduction de la détention préventive*, Paris, 1895; LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, Veneza, 1872; FLORIAN, *I mandati di cattura e de comparizione*, Milão, 1879; MALAQUIAS DOS SANTOS, *Prisão Administrativa*, Rio, 1927.

¹⁵² Ver arts. 680 e 682 do Código de Processo Penal.

^{182-a} "O tempo de prisão preventiva computável na pena deve ser contado do dia em que o agente foi preso em virtude de mandado ou por simples deliberação da polícia. O possível abuso, em tais casos, pode traduzir prisão ilegal, suscetível de legitimar a responsabilidade de quem determinar, a qual, entretanto, não é de ser atendida no cômputo da pena para ser descontado o seu tempo. O cômputo do tempo de prisão provisional é ditada pela equidade. Embora se trate de prisão atípica e o regime de custódia seja especial, importa privação da liberdade determinada pelo crime e quase sempre decorrente de motivo não-imputáveis ao réu, mas de precaução judicial" (ROBERTO LYRA, *Comentário ao Código Penal*, vol. II, pág. 132)" (Câmaras Reunidas, Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 17-5-44).

O art. 31 indica o critério geral da separação, que será discriminada pelo Código Penitenciário e pelos regulamentos, segundo a classificação adotada.

A relação jurídica penitenciária é de *juris publicis*; portanto, são públicos os direitos subjetivos do condenado compatíveis com sua condição.

Há ainda os direitos patrimoniais. O regulamento penitenciário italiano só afirma os direitos subjetivos em relação a alguns desses direitos patrimoniais. Segundo aquele regulamento, cada vez que se julgue lesado na remuneração do trabalho carcerário, o condenado poderá reclamar ao juiz de vigilância. Há aí um direito subjetivo público de índole patrimonial. Tal remuneração não constitui um direito privado. O trabalho carcerário não se baseia numa relação privada, como a locação de serviço, pois é elemento da pena (art. 29, § 1.º).¹⁵³

O Estado de Direito, substituindo o Estado de Polícia, consolidou, em data relativamente recente, o chamado direito subjetivo do sentenciado, estendendo-se o princípio de legalidade, também, à fase executiva da pena. Tradicionalmente, reconhecia-se ao condenado a tutela jurídica, a cargo do juiz da execução, para a observância da sentença e das normas fundamentais dos códigos. No entanto, circunstâncias, sobretudo de ordem prática, mantinham o arbítrio da autoridade penitenciária.

A evolução da ciência penitenciária exige, para o cultivo dos sentimentos de sociabilidade e de respeito às convenções sociais, uma tutela mais extensa e mais profunda aos condenados. A Itália criou mesmo o juízo de vigilância, com a atribuição, entre outras, de garantir a intangibilidade dos direitos subjetivos.¹⁵⁴

¹⁵³ FALCHI, *I diritti soggettivi della persona detenuta*, La Scuola Positiva, 1935, ns. 1 e 2, pág. 1.

¹⁵⁴ O art. 144 do Código italiano prescreve que a execução da pena detentiva deve ser vigiada pelo juiz, o qual delibera sobre a admissão ao trabalho externo e opina sobre o livramento condicional.

Em alguns Estados existe o juízo de execução, mas a tendência é desenvolver a ação dos Conselhos Penitenciários, sem retirar às autoridades carcerárias a indispensável margem de iniciativa e orientação.

O problema da intervenção do juiz na execução preocupa e divide os especialistas, assumindo importância fundamental para os que preconizam a indeterminação da pena. Mesmo sob o regime de indeterminação relativa, como o nosso, sobretudo pela adoção das medidas de segurança, a matéria merece o maior apêço.¹⁵⁵

Estudaram-na a Sociedade Geral das Prisões, na sessão de 12 de março de 1932, estabelecendo conclusões em torno dos debates de 23 de dezembro de 1931, 27 de janeiro e 27 de fevereiro de 1932; a União Belga de Direito Penal, a 2 de junho de 1934; o Congresso Penal e Penitenciário Internacional, de Berlim, em agosto de 1935; o IV Congresso Internacional de Direito Penal, de Paris, em julho de 1937. No Congresso de Berlim predominou a solução alternativa.

O conflito envolve a subsistência e os limites do direito à execução ou às modalidades essenciais desta, abrangendo o conjunto do regime carcerário.

Daí colisões entre direitos subjetivos: o do Estado, de exigir a condenação e sua execução; o do cidadão, de sofrê-la nos limites do título executivo ou de suas sucessivas modificações. Deve, portanto, caber ao juiz a solução das contendas.

Avulta o exame do direito do condenado, em relação a algumas modalidades de execução, depois que lhe foi atribuída a maior importância na individualização e mereceu acesso ao Código Penal, ao de Processo Penal e até ao Código autônomo das execuções, como elementos substanciais ou elementos formais da relação executiva.

A indicação de modalidades da execução importa somente autolimitação do direito punitivo do Estado, na fase

¹⁵⁵ MARSICH, *L'esecuzione penale*, Pádua, 1927; SANTORO, *Fondamenti dell'esecuzione penale*, Roma, 1931.

da execução. Restitui-se parcialmente ao condenado a condição jurídica, na parte não-sujeita a limitações arbitrárias. Os direitos à personalidade, ao patrimônio, à honra etc., não são atingidos pela pena.

No entanto, nem tôdas as modalidades de execução constituem autolimitação do poder estatal, mas preceitos destinados, exclusivamente, a disciplinar a execução, no interesse do Estado.

As modalidades essenciais da execução, que atribuem direitos subjetivos ao condenado, constam da Constituição e do Código Penal.

Neste, figuram a limitação da segregação celular para reclusos e a exclusão para detentos; a remuneração do trabalho; a especialização das seções para reclusos, detentos, mulheres, pois a de estabelecimentos está condicionada à sua existência; a suspensão da pena por enfermidade mental superveniente; a exclusividade do trabalho interno para mulheres; o respeito à saúde e à dignidade, mesmo em caso de castigo, ou restrição disciplinar.

A intervenção do juiz deve estender-se a todo o campo da execução da pena.

Razões jurídicas, sociais e profissionais o impõem. As primeiras repousam na observação de que a condenação não suprime a personalidade jurídica do condenado, que conserva direitos e interesses protegidos pela lei e tutelados pelo juiz da execução, mesmo sem a formalidade da prestação jurisdicional; as segundas residem nas novas finalidades da execução penal, suscitando problemas científicos e sociais em todo o seu decurso; as terceiras consistem na necessidade de contrastar a individualização judicial com a administrativa, para formar o cabedal de experiência, não se limitando a aplicar a pena, desinteressando-se, completamente, de sua execução.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Leia-se NOVELLI, *L'intervento del giudice nell'esecuzione penale*, in *Riv. di dir. penitenz.*, 1938, n.º 6; GRISPIGNI, *Continuità delle funzione del giudice oltre la sentenza di condanna*, em *Il Nuovo Diritto Criminal* etc., Milão, 1911, pág. 95.

SEÇÃO II

DA MULTA

Pena de morte

Art. 35. A pena de multa consiste no pagamento, em sêlo penitenciário, da quantia fixada na sentença.

Pagamento da multa

Art. 36. A multa deve ser paga dentro de dez dias, depois de transitar em julgado a sentença; todavia, a requerimento do condenado, e conforme as circunstâncias, o juiz pode prorrogar êsse prazo até três meses.

Parág. único. Excedendo a quinhentos cruzeiros a importância da multa, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em cotas mensais, dentro do prazo de um ano, prorrogável por seis meses, desde que metade da quantia tenha sido paga ou o condenado ofereça garantia de pagamento.

Insolvência do condenado

Art. 37. Em caso de insolvência, a multa, imposta cumulativamente com pena privativa de liberdade, é cobrada mediante desconto de quarta parte da remuneração do condenado (art. 29, § 1.º).

Desconto em vencimento ou em salário

§ 1.º Se o condenado cumpre a pena privativa de liberdade ou obtém livramento condicional, sem haver resgatado a multa, faz-se a co-

brança mediante desconto em seu vencimento ou salário.

§ 2.º *Aplica-se também o disposto no parágrafo anterior, se concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, ou imposta exclusivamente a pena de multa.*

Limite do desconto

§ 3.º *O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família (art. 39).*

Conversão em detenção

Art. 38. *A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança.*

Modo de conversão

Parág. único. *A conversão da multa em detenção é feita à razão de dez cruzeiros por dia, até o máximo de um ano, não podendo, porém, ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade, cumulativa ou alternativamente cominada ao crime.*

Insolvência absoluta

Art. 39. *Não se executa a pena de multa se o condenado é absolutamente insolvente; procede-se, porém, à execução logo que sua situação econômica venha a permiti-lo.*

Parág. único. *Se, entretanto, o condenado é reincidente, aplica-se o disposto no artigo anterior.*

Revogação da conversão

Art. 40. *A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória.*

Suspensão
da execução
da multa

Art. 41. É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.

DIREITO ANTERIOR — Arts. 43, 58 e 59 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código argentino*: “A multa obrigará o réu a pagar a quantia em dinheiro que a sentença determinar, tomando em consideração, além das causas gerais do art. 40, a situação econômica do condenado. Se o réu não pagar a multa no prazo fixado pela sentença, sofrerá a pena de prisão, que não excederá de ano e meio. O Tribunal, antes de converter a multa na prisão correspondente, procurará conseguir o pagamento da primeira, tornando-o efetivo sobre os bens, ordenados ou outras fontes de renda do condenado. O condenado poderá ser autorizado a amortizar a pena pecuniária, mediante o trabalho livre, sempre que se apresente ocasião para isso. Também se poderá autorizar o condenado a pagar a multa por cotas. O tribunal fixará a importância e a data dos pagamentos, segundo a condição econômica do condenado. Em qualquer tempo que seja satisfeita a multa, o réu ficará em liberdade. Da importância descontar-se-á, de acordo com as regras estabelecidas para o cômputo da prisão preventiva, a parte proporcional ao tempo de detenção que houver sofrido” (art. 22). *Código suíço*: “I. Salvo disposição e contrária do presente Código, o máximo da multa será de vinte mil francos. Se o delinquente agiu por cupidez, o juiz não ficará adstrito a esse máximo. II. O juiz fixará o montante da multa, segundo a situação do condenado, de modo que a perda a sofrer por este constitua uma pena correspondente à sua culpabilidade. Para apreciar a situação do condenado, o juiz terá em conta notadamente os seguintes elementos: renda e capital, estado civil e encargos de família, profissão e ganho profissional, idade e estado de saúde. III. A multa será extinta pela morte do condenado” (art. 48). *Código italiano*: “A pena de multa consiste no pagamento ao Estado de soma não inferior a cinquenta liras, nem superior a cinquenta mil liras. Para os delitos determinados por motivo de lucro, se a lei estabeleceu somente a pena de reclusão, o juiz pode acrescentar a multa de cinquenta a vinte mil liras. Quando, pelas condições econômicas do réu, a multa estabelecida pela lei possa presumir-se ineficaz, embora aplicada no máximo, o juiz tem a faculdade de aumentá-la até o triplo” (artigo 24). *Código polonês*, arts. 42 e 43; *Código dinamarquês*, arts. 50 a 55; *Código uruguaio*, arts. 83 e 84; *Código cubano*,

art. 59; *Código peruano*, arts. 23 a 26; *Código chinês*, arts. 42 a 46; *Código espanhol*, art. 27; *Código japonês*, arts. 15 a 18.

COMENTARIO

SUMÁRIO: 16. A pena pecuniária no direito anterior. 17. A pena pecuniária no Código de 1940. 18. Regras da pena pecuniária. 19. Pagamento por cotas e prorrogação de prazo. 20. Insolvência absoluta e relativa. 21. Conversão da pena de multa.

16. A pena pecuniária, que, até o Código de 1830, consistia, principalmente, no confisco, isto é, na perda de todo o patrimônio, subsiste somente sob a forma de multa.¹⁵⁷

Nos nossos dias, o confisco, que a evolução circunscrevera aos instrumentos do crime etc., parece voltar à farmácia de urgência.

A multa já figurava, como pena principal e acessória, nas Ordenações do Livro V, revigoradas pela lei de 20 de outubro de 1823 e vigentes até o advento do Código de 1830.

Este dispunha, a respeito, o seguinte:

“A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens empregos, ou indústria, quando a lei especificadamente o não designar de outro modo” (art. 54).

“As multas serão recolhidas aos cofres das Câmaras Municipais; e os condenados que, podendo, as não pagarem dentro de oito dias, serão recolhidos à prisão, de que não sairão sem que as paguem” (art. 55).

Esta a disciplina da multa no Código de 1890: “A pena de multa consiste na pagamento ao Tesouro Público Fe-

¹⁵⁷ Já em Roma, o confisco, consequência de certos delitos como o *perduellio*, ou de certas penas, era meio de enriquecimento do Estado. Entre os germanos dividiam-se as multas entre o Estado e o lesado (“*pars multae regi vel civitate. pars ipsi qui vindicatus vel propinquis eius exsolvitor*”, Tácito).

“deral ou dos Estados, segundo a competência respectiva, “de uma soma pecuniária, que será regulada pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprêgo, “indústria ou trabalho” (art. 58).

O Código de 1890, porém, não previu, na Parte Especial, um só caso obediente a êsse critério. Estabeleceu, no entanto, a conversão da multa em prisão celular — a mais grave das penas — “se o condenado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias” (art. 59). Ficaria sem efeito a conversão, se o criminoso, ou alguém por êle, satisfizesse o pagamento ou oferecesse fiança idônea (parág. único do art. 59).

17. O Código, desenvolvendo a utilização da pena pecuniária, repeliu as objeções de seus opositores, cujo número diminui sempre.¹⁵⁸

Mas, alterou, profundamente, o regime da multa, provendo à sua exequibilidade, à sua eficácia e à sua equidade. Estudaremos no n.º 19 os dois últimos problemas.

A vocação criadora do nosso Direito trouxe à matéria contribuições, até certo ponto originais e decisivas. Os mais pessimistas reconhecerão o avanço do Código no sentido de dar à multa uma função penal, tanto quanto possível efetiva e segura.

Nem a multa poderia ser considerada uma pena, sem os meios de dar-lhe perfeita execução.

A rigor, não há mais crimes e sim réus pun'dos com multa, pois esta é sempre cominada alternativa ou cumulativamente.

Somente em espécie, no exercício da tarefa individualizadora, pode a opção judicial limitar a apenação à sanção pecuniária. A adaptação da pena feita na sentença está em

¹⁵⁸ Na *Exposição de motivos* do projeto de 1921, FERRI realçou os motivos psicológicos e sociais de sua aceitação, decorrente da experiência da vida contemporânea, agitada pela febre de enriquecimento (*Revista Forense*, cit., pág. 336).

função do criminoso, afetando, sensível, direta e proporcionalmente, a sua condição econômica.

Por outro lado, a multa deixou de corresponder ao valor do dano ¹⁵⁹ e, mesmo na cominação, guarda a elasticidade suficiente para, em todos os casos, afeiçoar-se à situação do condenado.

Entre os vários sistemas de cominação — isolada, paralela ou cumulativa, com ou sem conversão em pena privativa de liberdade ou em trabalho coato, no caso de não-pagamento — o Código preferiu associar os da cumulação e do paralelismo, desprezando a previsão autônoma e repelindo, de modo absoluto, a conversibilidade pelo simples fato do não-pagamento.

Também abandonou o recurso ao subsidiário trabalho coato. O sentenciado não está sujeito ao trabalho para resgatar a multa (art. 37), mas como atributo da pena privativa de liberdade.

A remuneração é eventualmente endereçada a tal destinação acessória (arts. 29, § 1.º e 37). A principal é sempre o sustento próprio e da família (art. 37, § 3.º).

O projeto SÁ PEREIRA previa o pagamento da multa mediante prestação de trabalho livre, provendo o juiz de maneira que o salário ganho simultaneamente se aplicasse ao pagamento da multa e à subsistência do condenado e sua família (Congresso de Budapeste, de 1905; art. 24 do Código peruano).

O Código fez melhor, dentro do princípio: o rico paga com o capital, o pobre com o trabalho. O condenado não vai trabalhar para pagar a multa e sim para o cumprimento de um dever social (art. 145, parág. único, da Constituição).

Deduz-se o *quantum* do vencimento ou salário, assim percebido (art. 37, §§ 1.º e 2.º), livremente, sem intervenção

¹⁵⁹ O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO mantinha essa correspondência (art. 38), de acordo com o art. 27 do Código italiano sem limite máximo.

do juiz na sua escolha e exercício, salvo as hipóteses baseadas em circunstâncias inerentes à condição de sentenciado, também, a pena privativa de liberdade.

O controle do juiz se exerce, porém, em todos os casos, em relação à sede do trabalho e, portanto, do domicílio do sentenciado, o qual há de localizar-se dentro na jurisdição do juiz da execução a que está aquele sujeito.¹⁶⁰

Não se obriga o sentenciado, a quem somente se impôs a pena de multa, a abandonar o emprego e a carreira, para trabalhar em obras ou estabelecimentos públicos.¹⁶¹

Do contrário, surgiria, sob eufemismo complacente, o trabalho coato.

18. A pena de multa consiste no pagamento em selo penitenciário de uma soma fixada na sentença com base na cominação.

O selo penitenciário foi criado pelo dec. n.º 2.797, de 14 de julho de 1934. Lê-se no seu art. 1.º: “Fica criado um “selo especial, denominado Selo Penitenciário, com o qual “deverão ser pagas as *multas de todas as infrações penais*, a “taxa penitenciária e demais contribuições estatuídas no presente decreto, devendo o seu produto ser destinado à realização das reformas penais em todo o Brasil”.

O dec. n.º 24.797, de 1934, foi regulamentado pelo dec. n.º 1.141, de 3 de fevereiro de 1937. A incidência, a arrecadação e a fiscalização do selo penitenciário foram disciplinadas pelo dec.-lei n.º 1.726, de 1.º de novembro de 1939, publicado no *Diário Oficial* de 18 de dezembro do mesmo ano. Reza o seu art. 2.º: “Em selo penitenciário serão pagos: 1, as “multas penais impostas em todo o Brasil pelos juizes e tri-

¹⁶⁰ Se o condenado não foi encontrado no lugar da sede do juízo, a conversão excepcional é feita sem sua audiência (art. 869, § 1.º, do Código de Processo Penal).

¹⁶¹ Era a solução do anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, com base nos Códigos norueguês, peruano, suíço e projeto da Subcomissão Legislativa.

“bunais criminais, ou arrecadadas pelas autoridades policiais e administrativas, em consequência de infrações penais de qualquer natureza ou de faltas disciplinares ou de falta de comparecimento dos juízes de fato e dos peritos nos processos criminais”.¹⁶²

Como queria FERRI, a importância das multas não entra para o erário geral, destinando-se, exclusivamente, às obras de defesa social.¹⁶³

Transitando em julgado a sentença, é irretratável a fixação da importância da multa.

No projeto SÁ PEREIRA permitia-se ao juiz retificar a sentença, já diminuindo a multa, já espaçando ou suavizando as prestações, de acordo com a situação de insolvência relativa superveniente (art. 65).

O Código, assegurando a estabilidade da coisa julgada, evitou a variação específica do arbítrio judicial e o tumulto da execução.

A importância da multa não pode exceder de Cr\$ 100.000,00 (art. 55), mesmo no caso do parág. único do art. 45.¹⁶⁴

No concurso de crimes, as penas de multa são impostas distinta e integralmente (art. 52). A suspensão condicional da pena não se estende à pena de multa (parág. único do art. 57). A prescrição opera-se em dois anos, quando a pena de multa foi a única imposta ou é a que ainda não foi cumprida. As penas mais leves prescrevem com as mais graves (arts. 114 e 118).

¹⁶² Vide JOÃO JORGE CORDEIRO, *Imposto Penitenciário e sua legislação*, Maceió, 1940.

¹⁶³ *Exposição de motivos* do projeto de 1921, em *Revista Forense*, 1921, vol. 36, pág. 336.

¹⁶⁴ A Constituição dos Estados Unidos e as Constituições de alguns Estados proibem as multas excessivas.

¹⁶⁵ Código suíço, art. 48, 3.

Vejam-se, nas causas de interrupção do curso da prescrição (art. 117), o início ou continuação do cumprimento da pena.

A pena de multa extingue-se¹⁶⁵ com a morte do sentenciado (art. 108, I), não se transmitindo aos seus herdeiros a obrigação, como estabelecia, por exemplo, o Código italiano de 1889.¹⁶⁶ Subsiste, porém, a caução.

MASSARI, que propugna, por comodismo, a abolição da pena pecuniária para diferenciar a contravenção penal da administrativa, combate, por motivos dogmáticos e de oportunidade, a adoção dos meios de garantia próprios das obrigações civis. Mas o Código de Processo Penal italiano (art. 603) concede hipoteca legal ao Estado sobre os bens do condenado, para assegurar o pagamento da pena pecuniária. Já em 1865, pela lei das tarifas penais de 23 de dezembro, a Itália consagrara a *adiectio fideiussoris voluntaria*.¹⁶⁷

No concurso de pessoas, cada agente deve satisfazer a totalidade da multa correspondente à sua participação e só esta, pois tal quantia não é devida *pro rata*, nem *in solido*. o art. 27 determina: "*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas*".

O art. 41 manda suspender a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental. O Código de 1890 somente o previa em relação à pena privativa de liberdade. O Código de 1940 fez o contrário: não manda interromper a execução de pena privativa de liberdade, limitando-se a obrigar a transferência do sentenciado para estabelecimento adequado (arts. 33 e 34), enquanto determina a suspensão da execução da pena de multa.

19. O Código adotou, com traços privativos, os dois recursos universal e unânimemente aconselhados para tornar

¹⁶⁶ Essa desnecessária ressalva constava dos projetos SÁ PEREIRA e da Comissão Legislativa.

¹⁶⁷ Ob. cit., pág. 269.

efetiva a pena de multa, sem a iniquidade da conversão: o pagamento parcelado e a dilatação do prazo.¹⁶⁸

O Código do Peru deixa ao juiz a fixação do prazo. O projeto alemão de 1919 não limita o termo.¹⁶⁹

O adiamento do termo do pagamento foi consagrado pelos códigos e projetos, para evitar, com a exigência imediata da quitação, a ruína ou empréstimos em condições usurárias.

Segundo NEYMARK, os países que consideram a usura um crime não devem criar situações propícias à sua prática.¹⁷⁰ É o caso do Brasil (lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

O abuso na prorrogação do prazo pode, no entanto, prejudicar a execução, impondo-se, assim, o direto controle do juiz, segundo as circunstâncias.¹⁷¹

O Código somente admitiu a prorrogação do prazo até 90 dias, incluídos os 10 dias contados a partir da data em que passar em julgado a sentença (art. 36). Quando, porém, se trate de multa superior a Cr\$ 500,00, paga pela metade ou objeto de garantia, o parcelamento pode abranger, mediante requerimento oportuno do condenado, um ano e seis meses (parág. único do art. 36).

Em relação à multa inferior ou igual a Cr\$ 500,00, a sua exigibilidade se consuma 10 dias depois de tornar-se irrecor-

¹⁶⁸ O *Criminal Justice Administration Act*, 1914, Inglaterra, prevê o prazo de sete dias prorrogáveis em todos os casos, assim como o pagamento em pequenas cotas. Segundo outras legislações, varia o espaço de tempo de 14 dias a um ano. Ver art. 23 do Código peruano.

¹⁶⁹ NEYMARK acha que é muito longe, enfraquecendo a eficácia da repressão, e prefere o prazo de um ano, para atender ao caso dos trabalhadores sem prejuízo de permitir ao juiz certo arbítrio, em função da situação pecuniária do delinqüente (*Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Louvain, 1928, dezembro, pág. 1.054).

¹⁷⁰ Trabalho citado, pág. 1.054.

¹⁷¹ A lei que modificou o processo penal na Alemanha manda fazer o pagamento da multa ato contínuo ao crime, sob o fundamento de que só assim ela seria eficaz. As formalidades processuais diminuiriam os efeitos da pena pecuniária.

rível a sentença. Mas, só a *requerimento oportuno do condenado* e por força de circunstâncias relevantes, devidamente provadas e mencionadas na decisão, pode o juiz conceder a prorrogação até três meses.

A permissão para pagamento da multa em *cotas mensais* será revogada, se o juiz reconhecer que o condenado dela se vale para fraudar a execução da pena (art. 687, § 2.º do Código de Processo Penal).

As cotas são sempre *mensais*. A prorrogação por mais seis meses deve ser pedida antes do decurso do prazo de um ano.

Vimos no n.º 6 que o pagamento da multa em prestações serve, também, à sua eficácia penal, prolongando e reiterando, a cada parcela, a influência de sua ação preventiva.

As cotas mensais atendem ao período mais freqüente de remuneração do trabalho.

O art. 8.º do dec. n.º 24.797, de 14 de julho de 1934, que criou o sêlo penitenciário, já permitia o pagamento parcelado.

Mesmo a economia proletária vem comportando a compra em prestações de instrumentos de prazer e conforto, às vezes de preço elevado.

Com maioria de razões, impõe-se o sacrifício para cumprir a principal obrigação resultante de um crime.

Expirando a prorrogação, sem que o condenado haja ressarcido, integralmente, o débito e não se tratando de solvente culpado de frustração da cobrança ou de reincidente (art. 38), o juiz há de apurar se a insolvência é relativa ou absoluta.

20. Se relativa a insolvência, isto é, se o condenado não prova a impossibilidade de pagar qualquer parcela da multa, sem sacrificar os recursos indispensáveis à própria manutenção ou de sua família (art. 37, § 3.º), o juiz mandará descontar, da remuneração do trabalho carcerário, no caso do artigo 37, ou do vencimento ou salário, nos casos do art. 37,

¹⁷² Ver o art. 688, II, do Código de Processo Penal.

§§ 1.º e 2.º,¹⁷² a importância diária, semanal, quinzenal ou mensal — conforme os períodos de recebimento, em cada hipótese — que fixar, de acordo com as circunstâncias. Dificilmente ocorrerá um caso em que seja impraticável um desconto mínimo, sem impedir a manutenção do condenado e de sua família legítima ou natural (art. 126 da Constituição de 1937). Essa manutenção será relacionada à condição do sentenciado que, contemplada para as vantagens do montante, não há de ser desprezada para os ônus criados por culpa própria.

Se se trata, no entanto, de insolvência absoluta, não se executa a pena de multa (art. 39), mas para caracterizar-se a insolvência absoluta, há de ficar cumpridamente provada a impossibilidade de qualquer desconto e, ainda assim, ao juiz e, especialmente, ao Ministério Público, compete verificar a superveniência da solvabilidade (art. 39).^{173-173-a}

¹⁷³ Do projeto SÁ PEREIRA, art. 65, § 40, os móveis, roupas e utensílios necessários à cama, ao vestuário e à cozinha do condenado e sua família e os instrumentos de sua profissão ou trabalho não respondem pela multa.

^{173-a} “A conversão será feita imediatamente, na forma legal, “quando se trata de insolvente, não se tendo mais a ponderar a solvência ou não” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28-6-45).

“A reincidência impõe automaticamente a conversão da multa “em prisão, sem mais considerações de solvência do condenado, “mesmo absoluta” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-11-44).

“A pena de multa deve atender à situação reconhecidamente precária do indivíduo” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12-10-44).

“Reduz-se a multa em face da situação econômica do apelante, “simples trabalhador braçal, com mulher e filhos a sustentar, ganhando apenas nos dias em que trabalha” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28-2-44).

“A sua conversão em prisão não é proibida pelo disposto no § 32 “do art. 141 da Constituição federal, onde se cogita da prisão civil “exclusivamente” (1.ª Câmara Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-8-48, *Diário da Justiça* de 8-12-48, pág. 3.317).

O juiz estará sempre atento ao prazo da prescrição (arts. 114, 117 e 118).

21. Mas, se o condenado, simulando dívidas ou despesas, ocultando rendimentos, ou, por outra forma, frustrar a cobrança, impõe-se a conversão da multa em detenção (artigo 38). A mesma comutação aplica-se ao condenado reincidente. Não há razão para favor, se apurar o juiz, desde logo, a insolvência. Do contrário, verificar-se-ia a impunidade virtual, mediante uma suspensão da execução, arbitrária e imprudente, com os riscos da prescrição (art. 689, § 1.º, do Código de Processo Penal).

Não olvidará o juiz que, mesmo convertida a multa em detenção, fica essa sem efeito com o pagamento ou a caução (art. 40).

Esta pode ser fidejussória. Se o sentenciado não é um trabalhador, o juiz encontrará na sua condição de contraventor, e não na miséria ou na invalidez, fundamento a mais para a conversão; se é um trabalhador, raramente não disporá de meios, junto ao seu sindicato, à sua associação profissional, quando não ao seu empregador, para oferecer a caução.

De qualquer forma, pelo único fato de não poder o condenado pagá-la, a multa, em hipótese alguma, será convertida em detenção, que é a pena imediata, na ordem de gravidade (art. 28). Nem se compreenderia que, não tendo o legislador julgado necessário cumular as penas ou o juiz optar pela mais grave — já sabemos que multa só é cominada cumulativa ou alternativamente, — fôsse punido com mais rigor o miserável, quando esta condição antes justificaria um tratamento mais benévolo.

"A conversão da pena de multa em detenção é matéria de execução de sentença e não pode, portanto, ser preestabelecida na sentença" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 13-11-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 53).

"Denega-se a ordem, eis que o constrangimento físico de que se queixa o paciente é legal, oriundo de conversão de multa a que

A máxima "*qui non luit in aere, luit in corpore*" resume todo um programa de iniquidade e de inconsciência social.

Prisão por falta de pagamento de multa é eufemismo hipócrita da prisão por dívidas, proscribida do direito dos povos civilizados. A princípio, a multa era paga para evitar a prisão; hoje, em alguns países, prende-se o indivíduo por não poder pagá-la.¹⁷⁴

O Brasil a conheceu até o dec. n.º 24.797, de 14 de julho de 1934, que, no art. 3.º, proibiu a conversão da multa em prisão.¹⁷⁵

A Constituição de 16 dos mesmos mês e ano confirmou a conquista: "Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas" (art. 113, n.º 30).

Na sessão de Cristiânia da União Internacional de Direito Penal, sustentaram VON HAMEL e VON LISZT, como princípio absoluto, que a multa nunca deveria transformar-se em prisão.

SÁ PEREIRA afirmou, na *Exposição de motivos* de seu primeiro projeto, que acompanhou essa orientação dominante, pois a contrária repugnaria à razão.¹⁷⁶

¹⁷⁴ 52,9% das condenações à prisão em *work-houses* provêm, nos Estados Unidos, do não-pagamento de multas. Em algumas cidades, a proporção ultrapassa dois terços ou três quartos (BEST, *Crime and the criminal Law in the United States*, New York, 1930, págs. 327 a 329).

¹⁷⁵ Do referido decreto consta ainda que, salvo absoluta indigência do sentenciado, a condenação não será declarada extinta sem o pagamento integral da multa.

¹⁷⁶ Ver o Código polaco (art. 43). O projeto suíço de 1893 antecipou-se no estabelecer a inconvertibilidade.

"foi condenado em prisão, sendo reincidente" (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3-6-48, *Diário da Justiça* de 15-1-49, pág. 211).

"A insolvência do condenado não o isenta de multa, quando se trate de reincidente, caso em que se converte em pena de prisão" (unânime, Supremo Tribunal Federal, 5-11-47, *Revista Forense*, volume 115, pág. 570).

O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, seguindo o modelo italiano (art. 136), adotava a conversão (projetos alemão, de 1930, e sueco, Código peruano, arts. 21 e 22).

Da respectiva *Exposição de motivos* consta mesmo que “a conversibilidade da multa é o único meio de que dispõe o legislador para assegurar-lhe eficazmente a execução”, e que “iniquidade contra os ricos era só executá-la contra estes”.

O Código, como se vê, somente tolera a conversão excepcional, ora por força de sua intransigente política contra a reincidência (então é a esta e não à insolvabilidade que se dirige o recurso), ora para sancionar o ludíbrio à Justiça e a resistência à lei — revelação específica de periculosidade.

O que se considera, nesse caso, é a fraude praticada pelo sentenciado. A fraude à execução contra o patrimônio particular (art. 179) constitui crime.

Ninguém estranhará, portanto, que dê lugar a uma simples conversão, fundamentada e limitada, fraude, não somente contra o Estado, mas contra a sociedade, para burlar o próprio exercício do direito de punir na defesa de interesses fundamentais.¹⁷⁷

A ausência do distrito da culpa, presumida pelo desconhecimento do paradeiro do sentenciado, constitui meio de frustrar a cobrança. O condenado, *sub judice*, sobretudo na fase da execução, não pode abandonar os limites da jurisdição, a que está sujeito, sem consentimento do juiz ou motivação oportuna em caso de força maior.

A comutação da pena pecuniária não é, pois, efeito de uma obrigação em que *duae res* estejam em *facultate solutionis*, e sim substituição, por motivos de política criminal.

A conversão é feita à razão de Cr\$ 10,00 por dia (parágrafo único do art. 38).

¹⁷⁷ FLORIAN admite a conversão quando a falta de pagamento resulte de culpa do condenado (*Trattato*, cit., vol. 2.º, pág. 806).

O Código italiano, art. 135, equipara 50 liras e fração a um dia de pena detentiva.¹⁷⁸

Deve ser computada na detenção, em que se converte a multa, o tempo de prisão preventiva ou provisória ou de internação em hospital ou manicômio, pelo mesmo processo.

Embora excepcional, condicionada e baseada sempre em motivos alheios à situação econômica do sentenciado, a conversão não pode superar o mínimo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.¹⁷⁹

Ainda que não tenha sido aplicado o máximo da multa, em face de cominação alternativa, ou que se tenha atingido ao máximo da pena privativa de liberdade na cominação ou na aplicação cumulativa, a detenção, na hipótese de conversão, não excederá o mínimo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. O máximo específico pode ser ultrapassado pela soma da pena resultante da conversão.

O cuidado da conversão revelou-se, finalmente, na possibilidade de torná-la sem efeito a qualquer tempo, mediante caução real ou fidejussória, esta última ao alcance dos mais desprovidos de recursos pecuniários.

Em razão da pena de detenção, em que se comutou a de multa, não cabem penas acessórias, computando-se naquela

¹⁷⁸ Nos Estados Unidos é freqüente contar-se um dia de prisão por dólar e, às vezes, 50 *cents*, ou quantia menor. Frequentemente, a soma é aumentada por motivo superveniente posterior. Em alguns casos, a multa pode ser reduzida ou cancelada.

¹⁷⁹ Pelo Código italiano, a conversão pode atingir a quatro anos de reclusão e três de prisão (art. 78). A União Internacional de Direito Penal (Cristânia) recomendou se evitasse a conversão sempre que possível.

o tempo de prisão preventiva ou provisória, ou de internação em hospital ou manicômio, no mesmo processo.^{179-a}

^{179 a} *Conversão*. "A conversão da pena não impede a suspensão condicional se a lei anterior não a excluiu" (Supremo Tribunal Federal, 9-4-43).

"O atestado de pobreza não evita a conversão da multa ao reincidente" (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27-7-44).

"O recorrente provou com o atestado da autoridade policial ser "insolvente, sem recursos pecuniários. Tal documento tem todo o "valor, até prova em contrário, pois é firmado por autoridade cujas "declarações merecem fé. Não é o recorrente um reincidente, como "mostram as informações constantes destes autos, "pois que os processos anotados em sua folha de antecedentes não estavam ainda "definitivamente julgados quando foi lavrada a sua condenação no "presente caso". A sua situação é, pois, de não ter a multa convertida em detenção nos precisos e claros termos do Código Penal" (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31-1-44).

"Cumprida a pena de prisão, deve esta cessar, com a prova de "ser pobre o condenado e não se achar em condições de satisfazer a "multa imposta" (Supremo Tribunal Federal, 10-5-43).

"Tratando-se de reincidente, a multa imposta é conversível em prisão, ainda que o condenado seja absolutamente insolvente" (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 7-8-44).

CAPÍTULO II

Da aplicação da pena

Fixação
da pena

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I, determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II, fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

DIREITO ANTERIOR — Art. 62 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Nos limites fixados pela lei o juiz aplica a pena discricionariamente, devendo indicar os motivos que justificam o uso de tal poder discricionário. No aumento ou na diminuição da pena não se poderão ultrapassar os limites estabelecidos para cada espécie de pena, salvo os casos expressamente determinados pela lei” (art. 132); “No exercício do poder discricionário indicado no artigo precedente, o juiz deve ter em conta a gravidade do crime, deduzida: 1.º, da natureza, da espécie, dos meios, do objeto, do tempo, do lugar e de qualquer outra modalidade da ação; 2.º, da gravidade do dano ou perigo causado à pessoa ofendida pelo crime; 3.º, da intensidade do dolo ou do grau de culpa. O juiz deve ter em consideração, outrossim, a capacidade para delinquir do culpado, deduzida: 1.º, dos motivos de delinquir e do caráter do réu; 2.º, dos antecedentes penais e judiciários e, em geral, da conduta e da vida do réu, anteriores ao crime; 3.º, da conduta contemporânea ou subsequente ao crime; 4.º, das condições de vida individual, familiar e social do réu” (art. 133). *Código suíço*: “O juiz fixará a pena, segundo a culpabilidade do delinquente, tendo em conta os móveis, os antecedentes e a situação pessoal do mes-

mo" (art. 63). *Código argentino*: "Nas penas divisíveis em razão de tempo ou de quantidade, os tribunais fixarão a condenação de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso e de conformidade com as regras do artigo seguinte" (art. 40); "Para os efeitos do artigo anterior ter-se-ão em conta: 1.º, a natureza da ação e dos meios empregados para executá-la e a extensão do dano e do perigo causados; 2.º, a idade, a educação, os costumes e a conduta precedente do sujeito, a qualidade dos motivos que o determinaram a delinquir, especialmente a miséria ou a necessidade de ganhar o sustento próprio necessário e o dos seus, a participação que haja tomado no fato, as reincidências em que houver incorrido e os demais antecedentes e condições pessoais, assim como os vínculos pessoais, a qualidade das pessoas e as circunstâncias de tempo, lugar, modo e ocasião, que demonstrem sua maior ou menor periculosidade. O juiz deverá tomar conhecimento direto e *de visu* do sujeito, da vítima e das circunstâncias do fato na medida requerida para cada caso" (art. 41). *Código polonês*: "O tribunal fixa a pena, segundo sua apreciação, tendo em conta, antes de tudo, os móveis e a maneira de agir do autor e suas relações com a parte lesada, o grau de seu desenvolvimento intelectual, seus antecedentes e sua conduta após a prática da infração" (art. 54).

COMENTARIO

SUMARIO: 22. Proporção entre crime e pena e criminoso e pena. 23. Indeterminação legal e judicial. 24. Individualização da pena e arbítrio judicial. 25. Interpretação da lei penal. 26. Técnica da aplicação da pena. 26-A. Divergência doutrinárias quanto à aplicação. 27. Periculosidade. 28. Antecedentes e personalidade do réu. 29. Intensidade do dolo. 30. Graus de culpa. 31. Motivo do crime. 32. Circunstâncias e consequência do crime.

22. A adaptação da pena ao delinquente representa uma das mais importantes vitórias da escola positiva contra os clássicos, mais ou menos fiéis à correspondência apriorística entre a quantidade da pena e a do crime, em nome do requisito da certeza. Este conserva, através das teorias absolutas, o espírito materialista do talião ou do contrapasso dantesco.

O próprio CARMIGNANI reconheceu a dificuldade de estabelecer proporção entre quantidades heterogêneas.

ROMAGNOSI não a poderia resolver, contrapondo o impulso da pena ao impulso do crime, nem CARRARA, atribuindo à pena a força moral objetiva necessária à destruição da força moral objetiva do crime.

Dai as escalas paralelas de delitos e penas, segundo a gravidade e a paixão determinante, para restaurar a ordem pública na exata medida da ofensa.

O ponto de vista tradicional empolgou, também, a escola clássica alemã, mais sensível ao fato do que ao delinqüente (BIRKMEYER relaciona a pena à culpa, Leipzig, 1909, Munich, 1906; e SAUER, Berlim, 1921, precisa a proporção entre delito e pena).

Já em fins do século passado, a influência da escola positiva provocara a organização da resistência contra a chamada equação penal, isto é, a correlação entre o crime e a pena.¹⁸⁰ Mas, ainda reincidências espantosas, como a de IANZA, a de MANZINI ("a pena deve ser psicologicamente proporcionada ao crime"), a de DE SARLO e CALÓ.

O crime vale como sintoma da personalidade do criminoso, e não como entidade abstrata. A defesa social tem finalidade direta — a readaptação, — empenhando-se, especificamente, pela eliminação da causa do crime. Impõe-se, assim, a individualização, considerando o conteúdo do crime e a personalidade do delinqüente para determinar o tratamento praticamente mais adequado.

O objeto da defesa social não é o fato, mas o seu autor, ou, melhor, o homem.

A proporção a obter é entre o delinqüente e a pena, para neutralizar as causas do crime. Em última análise, a pena deve justapor-se às peculiaridades do estado perigoso revelado pela infração.¹⁸¹

¹⁸⁰ LETO, *Della proporzione penale secondo le diverse scuole*, Palermo, 1889.

¹⁸¹ BRICHETTI, *Il principio della proporzione della pena*, in *Riv. Pen.*, 1925, CII, fasc. 3.

23. Discute-se a conveniência de fixar absolutamente a pena.

A escola clássica, de acôrdo com o fundamento, a natureza e os fins que atribui à pena, combate a sua indeterminação.

O Código adota, na cominação, a indeterminação relativa e, quanto à aplicação, consagra, em princípio, a determinação absoluta, pois o livramento condicional constitui fase da execução.

A cominação é absolutamente determinada, quando a lei fixa a natureza e a medida da pena, limitando-se o juiz a aplicá-la à hipótese; é relativamente determinada, quando a lei fixa ou alterna a qualidade e estabelece o máximo e o mínimo, em cujos limites o juiz faz a concretização; é absolutamente indeterminada, quando a lei declara punível um fato, mas confia ao juiz a fixação e a aplicação da pena, sem indicar espécie e quantidade.

Dividem-se os autores e as legislações entre a indeterminação judicial *absoluta*, para todos os delinquentes, não assinalando a sentença qualquer limite, e a *relativa*, isto é, a sentença fixa um mínimo e um máximo entre os quais oscila a duração da pena para certas categorias de delinquentes (menores, habituais etc.). A indeterminação absoluta, para os incorrigíveis, e a relativa, para os ocasionais ou habituais, em crimes menos graves, conquistaram o primado doutrinário.

Tudo dependeria das exigências da defesa social, em relação ao delinquente, que pode ditar a prorrogação ou a redução do tratamento, se cessou ou continua a periculosidade.

Prêviamente, não se poderia precisar o prazo.

Acima das reservas contra o arbítrio do juiz, em nome da liberdade individual, o primeiro passível de disciplina e a segunda sem prestígio diante do interesse social, milita esta consideração: por que restituir à sociedade um elemento ainda perigoso ou conservar fora dela um elemento provadamente readaptado?

Assim como há liberdade antecipada, deve haver liberdade retardada.

Nas legislações assinalam-se, remotamente, conquistas a respeito, sobretudo na Alemanha e na Áustria.¹⁸²

Coube à América do Norte a adesão prática ao princípio.¹⁸³

Na Europa, a primazia contemporânea pertence ao Código Penal da Noruega (1896).

O Código vigente naquele país permite, em relação aos reincidentes perigosos, a aplicação, na sentença, de detenção, depois de expiada a pena principal, pelo tempo necessário, não ultrapassando, contudo, o triplo da mesma (art. 65).

Na Inglaterra existe tal sistema para menores (*Children Act*, 1908) e para os habituais (*Prevention of crime Act*, 1908).

Nos projetos, o instituto é, geralmente, acolhido, pelo menos para as medidas de segurança.¹⁸⁴

No direito italiano, de duração indeterminada são, em certo sentido, algumas penas acessórias.¹⁸⁵

¹⁸² Carolina, art. 176; na Teresina, no Código Josefina, no direito comum territorial prussiano (II, 20, § 5.º). Mais tarde, o Código Penal bávaro (1813) e o de Oldemburgo (1814) contemplaram a reclusão e a detenção do segundo grau por tempo indeterminado. O Código austriaco (1803) ordenava a internação de quem tivesse tentado o suicídio até a sua cura (II, § 91). O Código do México de 1871 previa a prorrogabilidade da pena (art. 71).

¹⁸³ Desde o primeiro congresso penitenciário (Cincinnati, 1870), a *indeterminate sentence* teve acesso nas legislações. De 1887 em diante generalizou-se a conquista da sentença relativamente indeterminada. Dos Estados Unidos estendeu-se a inovação para a Austrália, Nova Gales do Sul, Nova Zelândia.

¹⁸⁴ O dr. FERRI distribui as sanções em três grupos: a) por tempo indeterminado entre um mínimo e um máximo; b) facultativamente, por tempo indeterminado em absoluto, além de um mínimo; c) por tempo absolutamente indeterminado (art. 44).

¹⁸⁵ Os argumentos contra a pena indeterminada foram reproduzidos e aperfeiçoados por VON HIPPEL, *Manuale di diritto penale*, trad. italiana de VIZZI, Nápoles, 1936, pág. 331. O Congresso Internacional Penitenciário de Bruxelas (1900) aceitava a pena indeterminada somente para as medidas de segurança, mas o de Washington (1910) e o de Londres (1925) a acolheram, também, para as penas. Sobre a cominação e a condenação indeterminadas, leiam-se: GARO-

No Brasil algumas conquistas podem ser assinaladas: o art. 63, § 1.º, da Consolidação, tratando da internação de índios em colônias correcionais, deixa ao inspetor a respectiva duração, não excedendo do máximo de cinco anos; Código de Menores (arts. 80, 81 e 82); o § 1.º do art. 2.º do decreto n.º 24.645, regulando a proteção aos animais, entrega ao critério da autoridade, que verifica a infração, a imposição das penalidades, avaliando-se a gravidade do delito *a juízo daque-la autoridade*; o art. 71 do Código Florestal determina:

“A infração florestal é crime ou contravenção e será “punida com prisão, detenção e multa, conjunta ou separadamente, *a critério do juiz, de modo que a pena seja, tanto “quanto possível, individualizada”*.¹⁸⁶

24. No regime da cominação relativamente determinada, que é o Código, aliás o mais difundido, o legislador estabelece os limites de quantidade e qualidade entre os quais pode o juiz operar.¹⁸⁷

Com mais frequência, os códigos fixam uma só qualidade de pena, mas, muitas vezes, atribuem ao juiz a faculdade de

¹⁸⁶ Em nossa bibliografia: CARLOS ALBERTO DUNSHEE DE ABRANCHES, *Sentença Indeterminada*, Rio, 1939, com documentadas informações sobre o estado do problema entre nós. No Congresso Jurídico, foi consagrada a tese de LIMA DRUMMOND em favor da indeterminação relativa.

¹⁸⁷ O arbítrio entre o máximo e o mínimo do Código ZANARDELLI foi impugnado na discussão parlamentar do projeto por FERRI, então deputado, que achou excessivo o arbítrio do juiz, e defendido, entre outros, por MANCINI e PESSINA, deputado e senador, respectivamente (MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1926, 2.ª ed., 3.º vol., pág. 11).

FALO, *Di un criterio positivo della Criminalità*, Nápoles, 1880; LEVI, *Des sentences indéterminées*, Paris, 1896; ASÚA, *La sentencia indeterminada* Madri, 1913; LACOSTE, *Etude historique sur l'idée de sentence indéterminée*, Paris, 1909. Os italianos consideram POLETTI um precursor, com o livro *Il diritto di punire e la tutela penale*, Turim, 1853.

escolher entre duas ou mais penas. Assim, o Código de 1940, que mais avançou, admitindo substituição (arts. 129, § 5.º, 155, § 2.º, 170 e 175, § 2.º) e mesmo perdão judicial (arts. 140, § 1.º, 176, 180, § 3.º, 240 e 249, § 2.º).

A medida livre, apesar dos limites prefixados, representa uma exceção. A norma mais geral é a cominação da pena, para cada crime, no máximo e no mínimo. Alguns códigos, porém, não indicam, nos casos particulares, o limite mínimo, como, por exemplo, o Código holandês, que, traçando, na Parte Geral, o sistema penal, marca para cada pena um máximo e um mínimo, e, na Parte Especial, não enuncia o mínimo, fixando somente o máximo. Esse método corresponde ao do direito inglês (tipicamente: o Código indiano) e é adotado no Código Penal norueguês e no do Sião (limitadamente para os delitos leves).

Poucos códigos cogitam dos critérios para a escolha da pena e geralmente os filiam aos móveis e à intenção do agente.

Para a medida da pena, avultam o método de discriminar e o de omitir os critérios de concretização entre os limites legais. O Código preferiu a enumeração demonstrativa e não taxativa, recentemente exaltada por FLORIAN, pela unidade a que conduz a Justiça e pelo controle ao arbítrio.

A maior parte das legislações modernas, depois de enunciar as causas de aumento e diminuição, confere ao juiz o poder de minorar ulteriormente a pena, segundo circunstâncias genéricas. Prescindem da faculdade os códigos que não fixam o mínimo da pena.

Deixa-se ao juiz o livre exercício da faculdade de atenuação e faculta-se o emprego desta, sem especificação, prevendo-se ou não as chamadas *circunstâncias comuns*.

Assim, o juiz determina em concreto a espécie de pena e sua quantidade efetiva.

Já os práticos admitiam diversas circunstâncias de que devia compenetrar-se o juiz, ao usar das amplas faculdades a ele atribuídas. Sobretudo, TIRAQUELLUS, *De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam*

remittendis: et id quibus ex causis, Op., omnia, tom. VII, Francfort, 1574. Essas causas enumeradas pelo autor atingem a 64. Segundo MITTERMAYER, quanto mais avança a civilização e se desenvolve a idéia justa do direito penal, tanto mais vem a alargar-se a medida judiciária.¹⁸⁸

A cominação abstrata é difícil proporcionar a pena à periculosidade dos criminosos. Na lei a pena é sempre indeterminada, confiando-se ao juiz a apuração e a fixação dos elementos, em que se apoiaria a indeterminação da sentença. Vimos que, no Código de 1940, a condenação é sempre determinada.

Para proceder à determinação são traçadas normas de individualização. A lei somente é possível fornecer critérios gerais.¹⁸⁹

SALLEILES distinguiu a individualização legislativa, a judicial, a administrativa.¹⁹⁰ Pelo Código foram conferidas as maiores responsabilidades, no exercício de individualização, ao juiz. Delegou-lhe o legislador, avisadamente, um arbítrio, prudente e relativo, como deve ser todo arbítrio, ditando normas taxativas para limitá-lo e conduzi-lo, no caso concreto.

O arbítrio judicial é o pressuposto das mais elementares concepções do período científico do direito penal: mesmo confinando o problema ao aspecto individual, não tem mais sen-

¹⁸⁸ *Della misura giudiziale*, em *Scritti Germanici*, Roma, IV, n.º 56.

¹⁸⁹ O Código de 1890 consagrava regras, segundo as quais o juiz atendia, embora angustiosamente, às condições pessoais do réu, ao seu passado, ao seu temperamento, ao seu caráter, à sua atividade, aos motivos e às circunstâncias objetivas e subjetivas do crime (artigo 38). O próprio arbítrio judicial não constitui inovação, entre nós, mesmo excluindo o Código de Menores, por ser legislação de ordem tutelar (Consolidação, art. 206; dec. n.º 23.672, de 2 de janeiro de 1934, art. 172; dec. n.º 24.645, de 10 de julho de 1934, art. 2.º)

¹⁹⁰ *L'individualisation de la peine*, 2.ª ed., Paris, 1908. Segundo FERRI, limitou-se SALEILLES a repetir noções vagas e... ecléticas (*Princípios*, cit., pág. 356). Para GÓMEZ, não se trata, a rigor, de individualização, mas de adaptação (*Doctrina*, cit., pág. 55).

tido o aforismo de BACON: "*optima est lex quæ minima reliquit ad arbitrium judicis: optimus judex qui minimum sibi*". Quando a Justiça refletia o absolutismo e os juizes eram apenas carrascos a serviço da mais ignóbil tirania, não se podia, sequer, falar em julgamento, porque os magistrados estavam, por sua vez, submetidos à força. Então, ótima era a lei que menos arbítrio deixava ao juiz e ótimo o juiz que menor arbítrio se permitia.

Enquanto se mantiver, com a seleção moral e intelectual, a independência da magistratura, o arbítrio judicial, regulado cautelosamente, como fez o Código, só poderá ser salutar. Quando desaparecer aquela condição vital, não haverá juizes e sim funcionários sujeitos ao automatismo da violência ilegítima. Então, não se cogitará de ordem jurídica e de seus fenômenos. Com a liberdade dos juizes responsáveis, em atenção à realidade integral de cada homem e de cada fato, dentro do meio, obtém-se o máximo de equidade. Deve-se assinalar que, assim, o juiz não atua *ex informata conscientia*, mas de acordo com as normas processuais que o arbítrio judicial supõe exigentes e religiosamente obedecidas.

A pena vai assumindo caráter tutelar, de modo que, ainda considerando restritamente o indivíduo, no quadro de seus interesses particulares, não há que temer lesões a direitos e garantias. As sanções operam ou devem operar como benefício que o paciente só no futuro percebe. Nos processos criminais, se alguma prerrogativa pessoal está em jogo é a da vítima. FERRI já mostrou que não há direito adquirido para o delinquente, pois o crime não é meio de aquisição de direito.

A herança da Revolução Francesa criara o conflito entre o direito e a ciência penal.

A Assembléia Constituinte tentou, no Código de 1791, contrapor aos abusos do arbítrio judicial um sistema de penas fixas, inflexíveis, ingraduáveis, estabelecendo uma igualdade justamente considerada a pior das iniquidades.

A rigor, há arbítrio na lei, no seu apriorismo, na sua abstração, na sua dureza. Nas mãos dos juizes, o texto

deixa de ser arbítrio, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem. Portanto, é a lei que renuncia ao seu egoísmo e vai palpitar, ao ritmo flagrante do convívio social, através da toga. Os mandamentos legais são frios e autoritários. Para o homicídio — de 12 a 30 anos. Por quê? Para quê? Com a liberdade dos juízes responsáveis, não somente em atenção a circunstâncias convencionalmente enumeradas, e sim à realidade integral de cada homem e de cada fato, dentro do meio, obtém-se o máximo de equidade, isto é, uma defesa social coincidente, justaposta.¹⁹¹

A função judicial rompe as grades do automatismo obscuro e rotineiro que, antes dos réus, prendiam a consciência de seus julgadores. Destrói-se a velha máquina de fabricar justiça, através da igualdade iníqua de um tratamento de superfície, de aparência, de quantidade.

O arbítrio judicial constituirá o melhor instrumento de comunhão entre o direito penal e a ciência penal. Incumbe ao juiz, no exercício desse arbítrio, transfundir nos textos o sangue sempre renovado da sociologia, da antropologia e da psicologia criminais.

Adversário que sou, não da colaboração, mas da exclusividade dos pontos de vista médicos em nossa especialidade, por sua natureza jurídico-social, encontro no arbítrio judicial o meio de projetar nas sentenças, *a posteriori* e em espécie, com a indispensável medida, as luzes das ciências naturais.

¹⁹¹ No Congresso Internacional de Londres (1925) foi aprovada a moção de GLEISPACH sobre a individualização judiciária da pena, recomendando-se a especialização do juiz e sua formação em cursos adequados. O arbítrio deve ser condicionado cautelosamente no Código de Processo, no qual se exigirá a rigorosa fundamentação da sentença. Capacidade e responsabilidade são as principais condições de um arbítrio judicial sem possibilidades de abusos. Contra estes, há ainda os remédios da apelação, revisão, perdão, além do *habeas corpus*.

Alguns autores (BATTAGLINI, e GEMELLI, PARERE, MANZINI) só aceitam a individualização administrativa, isto é, no direito penitenciário e não no direito penal.

Seria no entanto, impraticável a individualização executiva sem a prévia discriminação judicial. Por outro lado, as modalidades de cada sanção e as categorias de seus pressupostos condicionam o tratamento penitenciário e não podem ser delegados à administração carcerária. O método e a garantia jurisdicional acompanham o delinquente desde o momento do crime até a liberação. O método de individualização, na fase da execução, deve ser simples desenvolvimento e pormenorização, dependentes, aliás, de aparelhamento prisional, da individualização legal e judicial.

O princípio da individualização da pena conquistou o apoio das principais escolas ecléticas ou unitárias e da escola positiva e até a concepção moderna da *Vergeltung*, sobretudo através de um neoclássico representativo — SAUER, expressa e precisamente adepto do tratamento de cada um, segundo o valor de seu comportamento e de seu caráter.

Procurou-se, por iniciativa de LONGHI, reservar o método da individualização às medidas de segurança.¹⁹²

Mas, em verdadeiras medidas de segurança consistem, cada vez mais, as penas, para o completo advento da equiparação das sanções. O Código distingue a pena da medida de segurança, o que não podia deixar de fazer em face do texto constitucional, impedindo as penas perpétuas e, assim, obrigando, se equiparadas as duas sanções, a desnaturar as medidas de segurança, também, pelo limite máximo. Mas, a adoção de tais medidas, inteiramente condicionais à periculosidade, e o estabelecimento do condomínio destas sobre o terreno indivisível das penas, em marcha para a adjudicação, propiciam a futura abolição de quaisquer diferenças

¹⁹² A obra de WAHLBERG, *Das princip der Individualisierung in der Strafrechtsfleige*, Viena, 1869, é considerada fundamental sobre a matéria.

por força da igualdade fundamental e da fusão de ambas no conceito de sanção.

Sòmente o legislador pode fornecer critérios gerais, cabendo ao juiz aplicá-los em espécie, donde a necessidade de certo arbítrio.

Na *Exposição de motivos* do Código Italiano, disse Rocco: "Na aplicação judiciária e, sobretudo, na execução administrativa da pena, na conformidade da regra de que a justiça deve consistir em tratamento igual dos iguais e em tratamento desigual dos desiguais, foi introduzido, com a maior cautela e prudência possíveis, o novo princípio da individualização judiciária e administrativa da pena, na verdade de as únicas formas de individualização penal praticamente possíveis...".

SÁ PEREIRA, na *Exposição de motivos* do projeto de 1927, mostrou como arbítrio judicial quer dizer que o juiz, dentre as medidas que o legislador permite aplicar aos infratores da lei penal, vê primeiramente qual a mais conveniente a cada um deles, tendo em vista o interesse superior da defesa social. Essa individualização só o juiz pode fazer. O legislador desdobra a série de crimes; para cada um estipula a pena aplicável, dadas determinadas circunstâncias. Agora, como 10, 20, 30 indivíduos podem cometer o mesmo crime, e é lícito afirmar que não existe identidade alguma entre dois sequer desses indivíduos, é o juiz, que tem diante de si o homem, quem pode saber a medida da pena necessária e adequada.

Não podendo desempenhar-se dessa tarefa, porque opera no abstrato, sobre generalidades ou médias, o legislador a transfere ao juiz, que opera sobre o caso concreto: o criminoso e o crime.¹⁹³

¹⁹³ LUCCHINI, *Della pretesa eccessiva latitudine delle pene nel nuovo codice penale*, Riv. Pen., XXVIII, pág. 105; CARNEVALE, *L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena*, Riv. Pen., XLVIII, página 1.231, XLVI, págs. 109 e 333, XLVII, págs. 113 e 309; LANZA, *Sui criteri per commisurare le pene*, Riv. Pen., LV, págs. 500 a 619; HÉ-MARD, *Enquête de la commission d'études pour le droit criminel* (Bull.

Um velho juiz confessou, certa vez, que seja qual fôr a prova, sempre se encontra razão para absolver ou condenar. Fora dos casos de prevaricação, nenhuma regra, mesmo disciplinar, restringe êsse arbítrio de fato, de que a nossa jurisprudência contém múltiplos exemplos, mormente em relação aos crimes de defloração e de lenocínio, à contravenção da vadiagem e à justificativa da legítima defesa. Exatamente porque a lei penal não armava o juiz de meios para individualizar a pena, avultaram as desvirtuações do arbítrio judicial. Os grandes juízes repeliram sempre os antolhos legais para omitir ou afeiçoar penas de cominação rígida. Daí, por exemplo, “absolvições substancialmente justas, mas “formalmente insinceras, que não servem decerto para a educação popular, ensinando que até na Justiça impera a mentira”.¹⁹⁴ Pela aparência, ta's rebeldias eram dignas de aplauso, pecando, no entanto, precisamente, pela iniquidade, porque só aproveitavam aos pouquíssimos réus beneficiados pela excepcional emancipação de um julgador.

Aliás, favorecendo o indivíduo com branduras ilícitas, em face do texto, êsses rasgos não socorriam a sociedade quando, das imperfeições da lei, se servia o culpado. O bom juiz MAGNAUD, presidente do Tribunal de Châteaux-Tierry, absolveu Louise Ménard, porque teria agido sob o irresistível impulso da fome. O Ministério Público apelou da sentença, e a Côrte de Amiens repeliu os fundamentos da decisão. MAGNAUD sofreu críticas tremendas. O *Journal de Débats* e *La République Française* o atacaram duramente. A Société Générale des Prisons participou das objurgatórias. TEODORO

¹⁹⁴ FERRI, *Princípios*, cit., pág. 324.

de la Société de législ. comparée. XXXIV, Paris, 1903, págs. 142-153), com os resultados de um inquérito entre cientistas, magistrados e advogados sobre as diretrizes que poderiam ser recomendadas aos juizes na medida da pena; ESTEBAN-MADRUGA JIMÉNEZ, *El arbitrio judicial en la ciencia y legislación penales*, Madrid; LEFEBVRE, *Les Pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, 1938.

STERNBERG classificou os seus *consideranda* de *débeis* e *diffíceis*...

O arbítrio judicial, a serviço da individualização da pena, através da indeterminação relativa consagrada na lei, veio dar forma equitativa e sistemática ao que se vinha fazendo eventualmente com caráter de privilégio, a pretexto de liberdade de interpretação. Não seria digno da cultura brasileira um código que tratasse igualmente desiguais e reduzisse juizes capazes, responsáveis e garantidos, a meros contadores, trabalhando — a frase é de SÁ PEREIRA — como a hélice fora d'água.¹⁹⁵

O arbítrio judicial, como um dos fundamentos e um dos característicos do Código, não sofre limitações além das expressas. É preciso que o juiz, habituado ao angustioso formalismo do sistema anterior, se compenetre dêsse arbítrio para enfrentá-lo desassombradamente e exercê-lo desembaraçadamente, a bem da efetividade da individualização, dentro da indeterminação relativa da pena.

Em regra, o juiz, operando entre o mínimo e o máximo da cominação, com a única exceção do art. 47, faz a opção em caso de penas alternativas (p. ex.: art. 130 — detenção ou multa), e fixa a quantidade da pena por que optou ou da que foi estabelecida, isolada (art. 121) ou cumulativamente (artigo 130, § 1.º — reclusão e multa).

Para este fim, atenderá, de modo geral, aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime (art. 42) e, de modo especial, às circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 44 a 48.

Formada a sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157 do Código de Processo) o juiz, dominando o conjunto da realidade, sem cisões nem etapas, fixará a pena.

É claro que êle partiu de um termo médio. Se somente reconhece circunstâncias agravantes (arts. 44 e 45) e outros

¹⁹⁵ "A liberdade do juiz, como qualquer outra liberdade, não pode ser ilimitada" (FERRI, *Princípios*, cit., pág. 333).

índices positivos de periculosidade, estes em função dos artigos 42 e 43, demandará o máximo, sem que esteja obrigado a ele; se somente reconhece circunstâncias atenuantes (art. 48) e outros índices negativos de periculosidade, estes ainda em função dos arts. 42 e 43, demandará o mínimo, sem que esteja obrigado a ele. Se concorrem circunstâncias atenuantes e agravantes e outros índices positivos e negativos de periculosidade, tendo partido de um termo médio, como vimos, em torno deste operará se os motivos do crime, a personalidade e os antecedentes do agente (art. 49) não o conduzirem às proximidades do máximo ou do mínimo.

Atente-se bem no art. 387 do Código de Processo. As conclusões do juiz (n.º III) resultam, como assinalamos, do conjunto da apreciação, sem desdobramentos nem especificações. Exigem-se apenas a menção dos elementos que o conduziram a esta ou àquela concretização, e a sua motivação (art. 381, III, do Código de Processo).

Feita, assim, a fixação, verificará o juiz, tanto na Parte Geral, como na Especial, se ocorrem causas de aumento ou diminuição da pena, as quais não se confundem com as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Se não ocorrem tais causas, está concluída a sentença. Se ocorrem, o aumento ou a diminuição se faz sobre a pena já fixada.

Somente em relação às causas de aumento ou diminuição da pena, e não às circunstâncias agravantes ou atenuantes, mesmo as expressas, o Código cogita de limites ou de fixação de quantidade e precisa a sua influência na medida da sanção.^{195-a}

195-a “A missão primordial do juiz nas sociedades modernas é “aplicar humanamente o Direito, tornando efetivo a Justiça objetiva e subjetiva. Cabe-lhe tanto quanto possível evitar o erro e a injustiça. Não se lhe pode recusar a adaptação aos casos concretos dos princípios da política judiciária. Para empregar esses princípios, “há mister possuir inteligência flexível, bom-senso, sagacidade e “largo conhecimento das ciências, das artes e da vida nos seus múl-

25. Há os princípios gerais de interpretação das leis e os especiais para cada um dos grandes ramos do Direito. Daí uma teoria da interpretação das leis penais que, partindo da

"tiplos aspectos. Existe radical antagonismo entre a idéia de Justiça e de política de igreja, de facção, de grupo, de partido. A Justiça é imparcial. Não se compreenderia nunca o seu conúbio com a política. Magistrado politicóide, politicalhã, politiquíssimo, não pode ser chamado de juiz. É indigno da toga que veste. Política e Justiça são idéias que se encasam, quando uma e outra são tomadas no sentido elevado. Se a política social, a política econômica, a política administrativa, a política criminal são ciências e artes universalmente conhecidas, claro é que não há estranheza em se falar em política judiciária. Seu fim é evitar erros e iniquidades. É preciso para isso que o juiz ajuste a lei às necessidades da cultura e da civilização. Fugir da aplicação, rígida e racionada do texto, compreender a vida social em toda a sua extensão e complexidade, abrandar o rigor da norma, atender à relatividade das coisas, ter em vista a individualização dos casos, apreciar a prova pelo critério da livre convicção, sem artificialismos jurídicos, buscar as causas das injustiças, evitar a sua influência nas decisões, eis a obra máxima da política judiciária" (Câmaras Reunidas, Tribunal de Apelação do Estado do Rio, 20-5-43).

"O juiz, de acordo com o Código Penal, está adstrito a certas regras para a fixação da pena. Não basta a sentença impor determinada pena: é mister esclarecer a sentença como chegou a esse resultado. O juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, fixará, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. Essa será definitiva, se não houver causa especial de aumento ou diminuição, consoante a regra do art. 50 do mesmo Código. Mas havendo causa especial de aumento ou diminuição, servirá como pena-base. De acordo com essas regras, o arbítrio do juiz não é, pois, absoluto. Tem na sentença o magistrado que dizer como chegou a determinado resultado" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-5-42).

"Não pode o juiz na sentença fixar arbitrariamente a pena, devendo expor os motivos por que fixou a pena em tal quantidade, se isolada a cominação, considerando os índices do art. 42 e as circunstâncias agravantes e atenuantes" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-8-42).

consideração dos elementos comuns, realize a especificação dos que lhes são privativos.

A matéria é de ordem doutrinária e, imprópriamente, vem sendo regulada em leis. ^{196-196-a}

¹⁹⁶ “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão “na lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios “gerais de direito ou por equidade” (Constituição de 1934, art. 133, n.º 37).

Em matéria penal, o art. 113, n.º 6, daquela Constituição, vedava a analogia. Ver art. 1.º da Consolidação das Leis Penais. Quanto à omissão, o juiz não deixava de sentenciar, mas sentenciava absolvendo. Ver Código de 1940, art. 1.º, e Constituição de 1937, art. 122, n.º 13.

^{196-a} Sobre analogia, vide, de nossa autoria, *Em defesa da analogia*, in *Revista Brasileira de Criminologia*, vol. 2.º, pág. 14.

“Do poder discricionário que lhe confere o art. 42, não pode o “juiz abrir mão, embora não haja para ele a obrigação de passar em “revista, um a um, os elementos mencionados no citado artigo; para “fixar a pena aplicável, é necessário que deixe na sentença eviden- “ciado tê-los tido em atenção e consideração com esse fim. Nula a “sentença não-motivada” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 16-7-42).

“A livre apreciação do juiz fica subordinada ao princípio de que “o julgamento há de se assentar na prova e não na consciência de “quem o profere” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Estado do Rio, 13-7-42).

“Livre convencimento” — ou livre apreciação da prova — “não “é julgamento *secundum conscientiam*, sem assento na prova, mas “apenas na consciência do juiz. “Nunca é demais advertir” — lê-se “na *Exposição de motivos* do Código — “que livre convencimento “não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apre- “ciação das provas” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10-8-42).

“O Código Penal, abclindo o anacrônico si tema de graus, e “dando aos juizes um prudente arbítrio, quis, evidentemente, obrigá- “lo a examinar, como um clínico cauteloso, a sintomatologia dos “casos concretos, não se prendendo a critérios rígidos, nem aprio- “rismos, mas sobrepondo-se a tôda regra que e terilize a sanção “penal” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-10-44).

Interpretar a lei penal é fixar o seu sentido (concelto, objetivo e alcance) e isso pode ser feito pelo legislador, por outra lei (interpretativa) ou regras contidas na mesma lei, pelo juiz, quando a aplica, ou pelo doutrinador.

Assim, pois, divide-se a interpretação, quanto à entidade, ou à autoridade, que a procede, em legislativa, judicial e doutrinária.

A *Exposição de motivos* do Código e suas ementas à margem do texto são subsídios autênticos.¹⁹⁷

A interpretação autêntica reveste forma obrigatória para todos, no que se distingue da interpretação judicial, que apenas obriga, no caso concreto, às partes e ao juiz inferior. No entanto, a jurisprudência constitui norma aconselhável.

¹⁹⁷ ZURCHER, na *Exposição de motivos* do projeto suíço, considerou as cotas marginais parte integrante da lei, indicando o nome que se deve dar à infração e concorrendo para a interpretação. DELITALA, porém, entende que a colocação de uma norma de lei sob esta ou aquela rubrica não é argumento decisivo para revelar a natureza jurídica do fato regulado (*Reato Continuato e cosa giudicata*, em *Scuola Positiva*, 1928, 1.º, pág. 437). Rocco, na sua *Exposição de motivos*, e MANZINI (*Trattato*, cit., ed. de 1933, 1.º, págs. 288 e 518) encareceram o valor exegético das rubricas.

"Embora a tarefa da individualização da pena continue a pertencer ao presidente do Tribunal do Júri, é de se confirmar a sentença se o pronunciamento indevido do Conselho de Sentença se conforma com a realidade" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 76).

"Não está o juiz, na individualização da pena, adstrito ao reconhecimento pelo júri da atenuante da embriaguez fortuita, incompatível, podendo, tais sejam as circunstâncias, deixar de admiti-la" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 1-3-48, *Rev. dos Tribunais*, volume 173, pág. 574).

"O art. 141, § 28, da Constituição federal não retirou da competência do juiz togado a apreciação dos elementos de individualização da pena. Não existe, portanto, nenhuma incompatibilidade entre o citado preceito e os contidos no Código de Processo Penal" (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. n.º 17.871, de 4-9-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 170, pág. 484).

A interpretação judicial pode ser: gramatical e lógica; a primeira indaga do corpo das palavras empregadas na redação; a segunda investiga a alma que lhe transfundiu o legislador, por sua vez extraída da ciência e da vida.

Quanto aos seus efeitos, a interpretação pode ser extensiva, restritiva ou declaratória. É extensiva, quando abrange casos que, a um primeiro exame, se afiguram excluídos ou não claramente incluídos. É restritiva, quando a significação da lei se relaciona, exclusivamente, aos casos contemplados na letra.

O efeito extensivo não pode importar em acréscimo ou alteração, mas na profunda e total investigação do pensamento que ditou a lei para, em consequência, penetrá-lo e reconhecê-lo.

A interpretação extensiva divide-se em interpretação por analogia ou paridade, e por força de compreensão; a primeira inspira-se no confronto da lei com os institutos análogos; a segunda procura aplicar a lei, em toda a extensão de seu preceito, aos casos compreendidos nos seus termos.¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

O Código (art. 1.º) não permite ao juiz criar crimes ou penas, mas assegura ao magistrado toda a amplitude de critérios em tudo quanto não haja sido expressamente limitado.²⁰⁰

¹⁹⁸ “A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas” (Consolidação das Leis Penais, art. 1.º, 2.ª parte).

¹⁹⁹ O desenvolvimento do processo penal, talvez mais do que o do processo civil, é obra da jurisprudência. O conhecimento — e entendendo, como tal, o conhecimento direto — dos julgados, pelo menos os grandes julgados, que fixaram a jurisprudência, é, em matéria penal, como em matéria civil, indispensável ao estudante, ao advogado, aos magistrados, quase como o da própria lei. Encher a cabeça de regras de direito sem consultar julgado algum é tão ridículo como aprender literatura sem nada ler, ou história da arte sem contemplar um quadro ou uma estátua, ou botânica sem observar uma planta sequer (LOUIS HUGUENY, prefácio do livro de GEORGE JACOMET, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Paris, 1938).

²⁰⁰ O primeiro projeto de SÁ PEREIRA, no art. 18, procurando quebrar a rigidez do art. 1.º, 2.ª parte, da Consolidação, dispunha: “A

É admissível, no entanto, sem a menor restrição, a interpretação por força de compreensão, mesmo quanto à definição do crime.

Os fundamentos da ciência penal, incompatíveis com o individualismo clássico, repelem o apêgo à interpretação restritiva, de que foi símbolo a velha parêmia — *benigna amplianda, odiosa restringenda*.

Não atinava TOBIAS BARRETO com o valor do estudo do Direito com os juristas obrigados, como os doutores da lei da escola do rabino SCHAMMAL, à exegese, a não sair do texto, a executar simplesmente um trabalho de *midrasch*, como dizem os judeus.

O legislador foi comparado ao jardineiro. Cada manhã, a tesoura poda, enxerta, ajeita. No dia seguinte, novos rebentos zombam do artista. Hoje, a vida não é um jardim, mas uma floresta. E essa não comporta jardineiros, e, sim, lenhadores, e êsses mesmos são impotentes para tarefas ciclópicas, debaixo da fúria das tempestades.

Já se disse que o Direito, sem contato com o real, se torna, não uma fonte de justiça, mas um instrumento de opressão.

É inconcebível o Direito, isolado das outras manifestações da vida social e econômica, como elemento estável, imóvel, fixo em meio da torrente dos fatos (DE PAGE, BOZIS, PERREAU).

Novos métodos de interpretação surgem, através das escolas do direito justo (STAMMLER), do direito interpretado sociologicamente (GENY) e do direito livre (KANTOROWICZ e FUCHS).²⁰¹

²⁰¹ O Código de Processo Civil prescreve: "Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador" (art. 114).

analogia é vedada na interpretação da lei penal, mas esta se aplicará em toda a compreensão do seu preceito". Quer dizer, o juiz exaurirá o pensamento jurídico do Estado, sem estar adstrito, exclusivamente, à letra da lei. Evitava-se, assim, a anterior confusão de idéias sobre a interpretação, que passava a estender-se além da letra morta do texto, a bem da defesa social.

O Código erigiu o arbítrio judicial em instrumento da interpretação evolutiva, já propiciada nas fórmulas largas do próprio texto, com a necessária margem de independência.

Impõe, porém, a revisão das máximas que a ideologia da Revolução Francesa incorporou à hermenêutica penal: *In dubio mitius* — *In dubio pro reo* — *Benigna amplianda, odiosa restringenda* etc., pela mesma razão por que se adota o arbítrio judicial na aplicação, precedida do amplo exercício da defesa, da pena tutelar.

A dúvida não se refere somente ao indivíduo, mas a complexas considerações de política criminal, de justiça, de psicologia judiciária.

Nem a tarefa interpretativa tem por missão favorecer o réu, porém perscrutar o verdadeiro sentido da lei, beneficie ou não o acusado. A personalidade dêste influi na aplicação e não na interpretação da lei penal.

De qualquer forma, a interpretação extensiva, favorável à defesa social, deve ajustar-se aos mais perigosos.

26. O art. 42 é o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como pela conquista em que importa para a evolução do nosso direito penal.

Indicam-se, naquele dispositivo central, os limites do poder discricionário do juiz, uniformizando-se e esclarecendo-se os roteiros fundamentais para a determinação qualitativa e quantitativa da pena.²⁰²

²⁰² Projeto FERRI: “dentro dos limites traçados pela lei, a sanção se aplica ao delinquente, segundo a periculosidade dêste” (artigo 20); projeto suíço de 1918: “o juiz mede a pena segundo a culpa, levando em conta os motivos do delito, a vida anterior do culpado e as suas condições pessoais” (art. 60); *idem*, no projeto de 1893, artigo 353; projeto austríaco (1912): “a pena é medida segundo a culpa e a periculosidade do agente” (§ 43); no mesmo sentido, o projeto alemão de 1930 (§ 67), que, como o de 1927, levava em conta, exclusivamente, os elementos subjetivos; projeto da Comissão Legislativa (arts. 99 e 100); anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO (arts. 43 e 44). Ver BATTAGLINI, *Applicazione delle pene e motivazione della sentenza*, em *Giustizia Penale*, 1932, 2.^a parte, fasc. 5 e 7.

No Código de 1890, a aplicação da pena reduzia-se a cálculo puramente aritmético. Trata-se agora de adaptar, em cada caso, a sanção ao criminoso, em função de sua maior ou menor periculosidade, calibrando as armas legais para atingir o centro do alvo.

O Código abandonou o rígido sistema de graus adotado pelo de 1890, que, nessa parte, preferiu o modelo sardo, então superado pelo toscano, pelo Código ZANARDELLI e outros. Este método consistia em dividir cada espécie penal em certo número preestabelecido de períodos ou de cotas, denominados graus.

Impedia-se, assim, a elasticidade da pena.

O juiz há de estar sempre advertido do que o Código deixou à sua equitativa discricção, e do que lhe foi ordenado imperativamente pela norma, isto é, do que *pode* e do que *deve* fazer.²⁰³

²⁰³ BATTAGLINI (*Le norme del diritto penale e i loro destinatarii*, Roma, 1910) entende que a norma penal é dirigida, em primeiro lugar, ao juiz, e, em segundo, aos súditos do Estado. Rocco sustenta que a norma penal é endereçada, em primeiro lugar, aos súditos do Estado e, em segundo, aos órgãos do Estado. Aceitamos essa opinião, esclarece FERRI: na realidade, quando o Estado faz uma lei penal, dirige-se tanto aos cidadãos, para que a respeitem, como aos seus funcionários, para que a façam respeitar ou dela apliquem as sanções, se vier a ser transgredida. FERRI executa, porém, os casos de queixa privada e de norma dirigida aos funcionários. A essa questão considera FERRI de bizantinismo inútil. RAMOS assim se pronuncia: "O cidadão encontra na norma penal uma regra de conduta, não porque seja dirigida a ele, mas porque o adverte de que, se não acata as suas disposições, o juiz estará em condições de aplicar a sanção. Assim, o Código, que reprime o homicídio, dirige-se ao juiz no sentido de ordenar-lhe que puna com uma pena a quem quer que ocasione a morte de outra pessoa, nas condições que a lei prevê. Nesta ordem, dirigida ao juiz, o cidadão encontraria somente uma regra de conduta, não porque o Código lhe ordene não matar, mas porque ordena ao juiz que o castigue se matar. Por isso deve abster-se de matar para não colocar o juiz na necessidade de castigá-lo" (ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 1.º, pág. 366).

A enumeração do art. 42, que se dirige aos crimes dolosos ou culposos, é imperativa e taxativa, mas não impede levar-se em conta, também, os dados implícitos nos seus dilatados desdobramentos.

É muito difícil imaginar-se um elemento ponderável que nêles não esteja compreendido.

No art. 42 não há exclusões implícitas, nem explícitas.

As indicações do art. 42, convém insistir, toleram a opção de qualidade e a fixação da quantidade como elementos inspirados pela discriminação.

A margem deixada ao juiz, não adstrito a dar a qualquer circunstância valor preciso na pena-base, permite, praticamente, levar em conta, mesmo sem exprimi-lo, qualquer pormenor, a seu ver, relevante.

A lei não pode, nem deve, cindir ou discriminar as realidades diante da complexidade e da flutuação dos fatos sociais e dos fatos psicológicos.

Mas o magistrado não projeta na sentença o tumulto do seu mundo interior.

Se se convence da existência de uma situação objetiva ou subjetiva, identifica-a na prova e manifesta-a em coordenação com os princípios fundamentais do Código.²⁰⁴

O julgamento não é um ato de consciência, mas uma função social disciplinada e exigente.

Na Inglaterra, os fundamentos da sentença têm finalidade educativa.²⁰⁵

O sistema medieval das penas legais, automaticamente aplicáveis, foi substituído pelo da íntima convicção do juiz, esclarecida pelos conhecimentos técnicos dos magistrados, que não se limitam ao preparo jurídico, e permite apreender os problemas científicos e sociais.

A margem da liberdade individualizadora reservada ao juiz aproveita toda a sua cultura.

²⁰⁴ MANFREDINI, *Manuale di diritto penale*, 1931, Roma, pág. 111.

²⁰⁵ DE NICOLA escreveu que se exige do juiz um olhar agudo *que sonda os rins e lê nos corações* (*Scritti in onore di E. FERRI*, Turim, 1929).

Não esquecer, porém, a advertência de CARNEVALE: "Uma justiça que dispõe da vida, da liberdade, da honra, dos homens não pode ser campo de experiências teóricas".²⁰⁶

O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO abriu crédito menor ao juiz que, segundo a *Exposição de motivos*, não estaria preparado para as prerrogativas. Daí a sua confessada "timidez, "2ou melhor, a prudência".

A Justiça brasileira sabe ser digna da confiança que lhe dispensou o legislador.

Em julgamento penal, que é colheita, discussão e decisão das provas, é necessário estabelecer: 1.º se o fato foi realmente cometido (prova genérica); 2.º se o fato cometido constitui crime (prova jurídica); 3.º se o crime foi cometido pelo acusado (prova específica); 4.º em que condições pessoais e de ambiente foi cometido o crime (prova psicológica) e, portanto, com as leis penais vigentes, se por ele é ou não moralmente responsável; 5.º qual o grau da sanção repressiva cominada pela lei que deve ser estabelecido contra o réu (conclusão judicial).²⁰⁷

O art. 42 trata da conclusão judicial, met'culosamente fundamentada, como é indispensável. Essa fundamentação não pode ser mais a acumulação de *consideranda* eruditos, porém vagos, tênues, automáticos, mas um verdadeiro arrazoadado que esgote a causa.

Não há necessidade de alusão impertinente a cada índice do art. 42, bastando demonstrar que não criou modalidades estranhas ao seu espírito.

A aplicação da pena completa-se em dois momentos: 1.º o juiz deve inteirar-se da qualidade e da quantidade da pena cominada ao crime na Parte Especial do Código (determinação legal); 2.º o juiz deve concretizá-la (determinação judicial).

²⁰⁶ *Criterio direttivo giuridico e contributi antropologici nell'applicazione del nuovo codice penale*, Messina, s. d., pág. 8.

²⁰⁷ FERRI, *Princípios*, cit., págs. 33 e 359.

O Código italiano obriga o juiz à motivação da sentença (art. 132). O legislador brasileiro não deslocou para o direito material essa exigência,²⁰⁸ sugerida pela Conferência Brasileira de Criminologia, Rio, 1936, ao aprovar as minhas conclusões sobre o arbítrio judicial: 1.^a) A Conferência deve aceitar, nas suas linhas gerais, as normas adotadas no projeto para o arbítrio judicial relativo; 2.^a) A consagração do arbítrio judicial exige normas processuais expressas e rigorosas para a sua utilização; 3.^a) Deve ser obrigatória, em todos os casos, a motivação pormenorizada da sentença.^{208-a}

O juiz não fixa a pena, neste ou naquele grau, mas nesta ou naquela quantidade, ilimitadamente divisível, da cominação correspondente (art. 1.^o). Para tanto, tem à disposição de sua sabedoria e de seu espírito de justiça fronteiras de suficiente latitude entre o máximo e o mínimo específicos (artigo 42, II), sendo que, em relação à multa, nem está adstrito ao máximo (art. 43, parág. único).

O Código comina sempre a pena para cada crime-tipo entre um mínimo e um máximo.

As penas estabelecidas para cada crime-tipo estão sujeitas a mudanças de qualidade ou de quantidade pela intervenção de circunstâncias agravantes ou atenuantes especiais, ou causas de aumento ou diminuição. Alteram-se, assim, os limites legais, a modalidade ou a categoria penal na cominação ordinária do crime, da qual se emancipam para constituir cominação independente e extraordinária.

O juiz pode, no concurso de tais causas, proceder à absorção (parág. único do art. 50), limitando-se a computar a causa mais importante.

²⁰⁸ Art. 381 do Código de Processo Penal.

^{208 a} "A obrigação de fundamentar a sentença é rigorosa. Sua falta acarreta nulidade" (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 6-8-48).

"Há falta de fundamentação, que anula a sentença, quando o juiz não fixa a pena-base, para, sobre ela, examinar as circunstâncias de atenuação ou agravação" (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 14-5-48, *Revista Forense*, vol. 119, pág. 257).

Concorrendo causas de aumento e de diminuição, é indiferente, aritmeticamente, a precedência da ação de uma ou de outra, uma vez que a operação deverá ser feita, como é lógico, sobre *pena-base* (art. 42).

Pode acontecer que uma ou mais circunstância agravantes concorram com uma ou mais circunstâncias atenuantes, de influência compulsória (arts. 44 a 48).

O Código não sujeitou o juiz a outro imperativo do que o do art. 49, de modo que ao magistrado, obrigado a computá-las, não se impôs a representação aritmética da circunstância.

Chamado a proceder à “avaliação unitária da periculosidade”,²⁰⁹ o juiz se afastaria da técnica do Código quando deslocasse, contemporânea e contraditoriamente, os limites da pena ou, automaticamente, descesse ou subisse na sua escala.

O Código reservou ao juiz a ordem no cálculo das circunstâncias genéricas (arts. 44 a 48) e outras decorrentes do art. 42.

A pena-base não pode ultrapassar, porém, o máximo específico, nem exceder a 30 anos (art. 55).

Se a pena-base esgota a cominação, atingindo o máximo específico, as causas de aumento, porventura ocorrentes, operam além dêste. Se a pena-base estaciona no mínimo específico, a causa de diminuição atua aquém do mínimo (art. 42, II).

As causas de aumento ou diminuição são previstas, tanto na Parte Geral, como na Parte Especial, e agem em quantidade fixa ou dentro de determinados limites. As causas de aumento são sempre obrigatórias e as de diminuição são ora facultativas, ora obrigatórias.

Desde que, às vezes, o aumento e a diminuição são deixados, dentro de certos limites, ao arbítrio do juiz, este volta a considerar os elementos do art. 42. Os critérios atinentes à periculosidade não podem mudar especificamente.

²⁰⁹ SALTIELLI e DI FALCO, *Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale*, vol. 1.º, 2.ª parte, Turim, 1931, pág. 645.

Nada obriga o juiz à medida intermediária. O mínimo, em caso de reincidência específica, é o resultado do art. 47, I.

Se há concurso de pessoas (art. 25), o juiz pode e deve fazer opções diversas, se diversas as condições de cada agente.

A escolha de uma quantidade concreta entre o mínimo e o máximo é deixada ao juiz, não só nos casos em que ele deva determinar desde logo a pena, mas, também, nos casos em que deva fixar a pena-base sujeita a aumento ou diminuição. Pela mesma razão, o juiz não é obrigado a aplicar o aumento mínimo quando ao mínimo se atendeu na pena-base, nem a aplicar o aumento máximo se se atendeu ao máximo; nem está comprometido a seguir os mesmos critérios de aumento ou diminuição para uma e para outra pena-base se as penas são cominadas cumulativamente.

Se, para o mesmo crime, são cominadas cumulativamente duas penas (ex.: reclusão e multa), nada impede ao juiz a adoção de estimativa diversa na escolha da quantidade concreta de cada uma, e de assentar o máximo para uma e o mínimo para outra.²¹⁰

A preferência opera-se ainda sobre a qualidade das penas alternativamente cominadas (art. 42, I).

Há casos de comutação da pena por disposição expressa de lei (substituição), com base em determinadas circunstâncias (arts. 129, § 5.º, 155, § 2.º, 170 e 171, § 1.º) e outros em que o juiz pode até deixar de aplicar pena (art. 140, § 1.º).

O processo individualizador distinguirá em cada pena a sua finalidade e a sua disciplina legal.

Se diversos são os crimes, a que se cominam penas alternativas, imputados à mesma pessoa, nada impede que para uns seja aplicada uma espécie e para outros espécie diversa.

Não se concedeu ao juiz arbítrio ilimitado, nem se fez da sentença impôsto técnico, mecânicamente arrecadado.

Apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do art. 42 e atendidas sempre as situações dos

²¹⁰ *Il Codice Penale Illustrato articolo per articolo*, direção de Ugo CONTI, Milão, s. d., fasc. 4.º, pág. 581.

arts. 44 e 48 (no caso de concurso de pessoas atua, também, o art. 45), o juiz estabelecerá a pena-base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na Parte Geral, quer na Parte Especial (art. 50 e seus §§) e a diminuição prevista no art. 6.º. O art. 49 indica o caminho ascendente ou descendente que o juiz deve seguir, entre o máximo e o mínimo específicos.

Quando não ocorrem causas de aumento e diminuição, que são inconfundíveis com as circunstâncias agravantes e atenuantes explícitas e peremptórias, e com as decorrentes do art. 42, a quantidade da pena resulta, exclusivamente, do uso da faculdade do art. 42 e do cumprimento obrigatório dos preceitos dos arts. 44 a 48, atendido sempre o art. 49.^{210-a}

Na individualização quantativa, o Código vai além do projeto FERRI. Este consignava três hipóteses no cômputo das agravantes e atenuantes, dando-lhes influência exata na pena, quanto ao número e à importância.²¹¹

^{210 a} “Não é recomendável a imposição de pena, pelo juiz, fixando-a em determinado grau “na ausência de agravantes e atenuantes”. O Código Penal traça normas para a individualização, que “não devem ser desatendidas” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14-8-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 170, pág. 75).

“A ausência de circunstâncias legais atenuantes não é bastante “para que o aumento previsto no art. 226 do Código Penal recaia “sobre a pena respectiva. Para o cálculo básico desta, mister se faz “levarem-se em conta os elementos individualizadores previstos no “art. 42 do mesmo diploma” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 18-3-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 97).

“A pena deve ser fixada no mínimo quando, além de ser levíssima a lesão, não se registrou nenhuma agravante” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. n.º 3.632, de 26-10-42, *Revista Forense*, vol. 93, pág. 583).

²¹¹ 1.ª) Só se apura uma circunstância: se é de maior periculosidade, o juiz aplica a sanção-base em quantidade não-inferior à metade entre o mínimo e o máximo; se é de menor periculosidade, o juiz aplica a sanção-base em quantidade inferior a essa metade; 2.ª) concorrem duas ou mais circunstâncias: se todas de maior periculosidade, o juiz aplica a sanção-base no máximo, podendo mesmo ultrapassá-la até um terço; se de menor periculosidade, aplica a

O Código, no entanto, confiou ao juiz a fixação da pena-base (arts. 42, 44 e 48), com a recomendação do art. 49.

O juiz considerará, previamente, as consequências de sua opção, quando se trate de penas alternativas,²¹² e da fixação da quantidade, em todos os casos. Assim, dependerá, muitas vezes, de seu arbítrio facultar, ou não, a suspensão condicional, quer quanto à opção pela reclusão (art. 30, § 3.º), quer quanto à concretização da quantidade da detenção (art. 57). Também quanto ao livramento condicional, impor pena privativa de liberdade superior a três anos importa redução potencial (art. 60), mas, se em medida inferior ou igual a três anos, equivale a obrigar o cumprimento total.

Uma pena menor, portanto, pode implicar punição mais rigorosa. Mais vale aumentá-la, em certos casos, propiciando a redução, por obra do próprio sentenciado, depois de experimentar a provação carcerária.

Também as penas acessórias (arts. 67 a 73) ligam-se à qualidade e à quantidade da pena, bem como às incompatibilidades, abusos e violações de deveres éticos e jurídicos apurados e proclamados na sentença.

Sobre o cômputo da pena: arts. 8.º e 9.º.

Ver o n.º 67.²¹³

O Código de Processo Penal fornece as normas técnicas da sentença condenatória (arts. 387 e 492, I) e, portanto, da

²¹² Não tem cabimento, entre nós, a discussão, tão extremada no direito intermediário italiano, sobre se, em casos de cominação alternada, a escolha cabia ao réu ou ao juiz. O art. 42 é muito claro: tal escolha compete privativamente ao juiz, com a exceção do artigo 47, II.

²¹³ É sempre útil a leitura de BATTAGLINI, *Applicazione delle pene e motivazione*, *Just. Pen.*, 1932, II, 845, e de BELLAVISTA *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Milão, 1939.

sanção-base no mínimo, podendo até reduzi-la de um terço; 3.º) concorrem circunstâncias de excepcional gravidade ou importância: se são de maior periculosidade, é facultado ao juiz aplicar a sanção imediatamente superior à sanção-base; se de menor periculosidade, a imediatamente inferior, e até mesmo o perdão.

aplicação da pena. Não pode o juiz fazer influir circunstâncias agravantes ou atenuantes *sem mencioná-las*, quer as legais, quer as de criação judicial com base no art. 42, as primeiras de reconhecimento compulsório. Esgotado o processo concretizador, ou, segundo o Código de Processo, estabelecidas as *conclusões*, tem-se a pena-base que há de receber, se fôr o caso, o aumento, ou a diminuição, resultante das causas discriminadas, ora na Parte Geral, ora na Parte Especial.^{213-a}

^{213 a} Assim se tem manifestado a jurisprudência:

"O Dr. juiz *a quo* ao proferir a sua sentença fê-lo, evidentemente, sem atenção às regras prescritas no art. 387 do Código de Processo Penal, segundo o qual: "O juiz, ao proferir sentença condenatória: I, mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II, mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 42 e 43 do Código Penal; III, imporá, de acordo com essas conclusões, as penas, fixando a quantidade das principais e a duração, se fôr o caso, das acessórias" etc. O Código Penal, no art. 42, dispondo que "compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I, determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II, fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável", conferiu ao juiz, objetivando a individualização da pena, um poder discricionário na sua aplicação. Não se trata porém, de um poder discricionário absoluto ou de puro arbítrio, mas de um poder regulado e controlado; regulado pelos critérios, ou normas especificadas no citado art. 42; controlado pela obrigatoriedade da motivação das suas conclusões, nos termos do art 387 do Código de Processo. Trata-se, no dizer de BELLAVISTA (*Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*), de um poder que é ao mesmo tempo um dever: "*in quanto il giudice a l'obbligo di usare il potere discrezionale per gli scopi di legge, ed in quanto gli incombe l'altro obbligo di motivare nella sentenza l'uso che di tale potere ha fatto, il potere del dell'applicazione giudiziale della pena costituisce nel tempo stesso un dovere del giudice stesso*" (página 38). A sentença apelada foi proferida com completo olvido do art. 42 do Código Penal — "o mais importante desse Código", como bem acentua o Dr. ROBERTO LYRA, — "não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como

26-A. O método de aplicação suscitou debate entre os comentadores do Código, inclusive os autores do projeto.

Depois de expor as opiniões de NÉLSON HUNGRIA (ver ainda o artigo do Des. MÁRIO MATOS, em apoio a êste, no *Diário de São Paulo*), JOSÉ DUARTE (*Jornal do Comércio*, 15-3-42) e a minha, escreveu BENTO DE FARIA:

“Dessas opiniões dissente a autoridade de igual valor de ROBERTO LYRA (omito as referências pessoais), a cujo ensinamento ajusto o meu modo de entender” (*Código Penal Brasileiro*, Rio, 1942, vol. II, págs. 19 e 31).

“pela conquista em que importa para a evolução do nosso direito penal” (*Comentário ao Código Penal*, vol. II). Mais parece, essa sentença, uma decisão proferida no regime abolido do Código de 1890, em que a pena era graduada mediante um cálculo puramente aritmético em função das circunstâncias agravantes e atenuantes apuradas; impressão que mais se aviva no reconhecimento expresso e destacado que fez de atenuante, de que não cogita o novo Código, na enumeração do art. 48 — a do “bom comportamento anterior”. Silenciou o Dr. juiz a respeito de todas aquelas outras circunstâncias especificadas no art. 42, que lhe cumpria pesar e ponderar atentamente para, estabelecendo em que condições pessoais e de ambiente foi cometido o crime, chegar à conclusão judicial da fixação da pena qualitativa e quantitativamente aplicável ao réu. Se o juiz não pode deixar de fazer o uso do poder discricionário que lhe atribui o art. 42 do Código Penal como meio de distribuição de justiça adequada “a retribuição do mal concreto da pena, na concreta personalidade do delinqüente” (BELLAVISTA, *cit.*), e se é de seu dever, motivando a sua decisão, explicar o processo lógico seguido na apreciação daquelas normas ou diretrizes que limitam o seu arbítrio, a sentença proferida com critério diverso e com infringência desse dever, não podendo subsistir por contrária à lei, é nula. A falta de motivação não implica apenas na omissão presumida do exame das condições e circunstâncias que objetivam a individualização da pena, “com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal”, — consta da *Exposição de motivos* do Código de Processo — “e o do livre convencimento do juiz adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento”. A sanção processual da nulidade se impõe como necessária à perfeita execução da nova legislação pe-

J. SIRONI VASCONCELOS manifestou-se desta forma:

“Ao discordar da corrente que acompanha o desembargador NÉLSON HUNGRIA, não estamos sós. Não seria apenas ou sadia, mas temeridade, nos opormos a tão eminentes juristas se não tivéssemos do nosso lado outras figuras de igual projeção nos nossos meios jurídicos... Sim, a corrente, segundo a qual a pena-base deve ser fixada tomando-se em consideração tanto as circunstâncias judiciais como as legais, não é menos numerosa nem menos merecedora de acatamento. Foi esta a tese tão brilhantemente defendida pelos desembargadores NESTOR DIÓGENES e ORLANDO DE AGUIAR, na Conferência dos Desembargadores do Rio de Janeiro. É, igualmente, o ponto de vista adotado pela unanimidade da Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de Pernambuco. ROBERTO LYRA (omito as referências) que, como NÉLSON

nal, exatamente do ponto capital da reforma, aquêle que constitui — como já ficou acentuado — “a melhor conquista para a evolução do nosso direito penal”. Esse, o dever dos tribunais de recurso, que têm o encargo de orientar num sentido seguro, e principalmente uniforme, a aplicação da lei nova. A esta nulidade, que é expressa no sistema processual italiano — cujo Código, no artigo 475, n.º 5, fulminou com aquela sanção a sentença “se falha ou é contraditória a motivação”, — não precisava que o fôsse na nossa, dès que, constituindo a motivação formalidade essencial à validade da sentença, nos termos do art. 387, citado, ns. I, II e III, a omissão dessa formalidade acarreta-lhe a nulidade, *ex vi* do grupo 564, n.º IV. É óbvio o prejuízo resultante da não-declaração da nulidade, e esse prejuízo já ficou demonstrado com a razão mesma da exigência da motivação. Não há como saná-la, senão determinando ao juiz que profira nova sentença com integral observância dos dispositivos legais reguladores dos seus poderes funcionais e, para isso, forçoso é declarar nenhuma ou inexistente a já proferida. E esta é a oportunidade, quando da sentença conhece o Tribunal por via de recurso embora do réu apelas, pois não se trata de uma *reformatio in pejus* (Código de Processo, art. 671), mas de um provimento para a indispensável aplicação da norma legal editada em prol da garantia do réu e do “interesse social” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 2-7-942, relator EDGAR COSTA).

“HUNGRIA, foi membro destacado da Comissão Revisora do Código Penal de 1940, assim doutrina: (segue-se transcrição). EUDORO MAGALHÃES, outro destacado membro do Ministério Público do Distrito Federal, em *Aplicação da Pena na Nova Lei Penal* (publicado no *Jornal do Brasil* de 3 de fevereiro de 1942); VICENTE FARIA COELHO, juiz de direito no mesmo Distrito, *Da aplicação da pena no Código Penal (Direito)*, vol. XIII, pág. 43); RAUL BARBOSA, procurador geral do Estado do Ceará, *A Individualização da Pena no Código Penal (Direito)*, vol. XVIII, pág. 117), seguem a orientação de ROBERTO LYRA. E o desembargador EDGAR COSTA, em seus numerosos relatos, vem sustentando que as circunstâncias legais devem ser obrigatoriamente atendidas pelo juiz ao fixar a pena com os demais elementos do art. 42. E que essa pena, se não ocorre causa especial, será a definitiva (*Arquivo Judiciário*, vol. LXIII, pág. 42). A jurisprudência parece que se vem orientando pela última corrente, como podemos ver dos seguintes acórdãos: de 25 de maio de 1942, na apelação-crime n.º 3.206, e de 11 de maio do mesmo ano, na

“O relator deste acórdão sempre propugnou a equidade. Justiça mecânica não é justiça. O magistrado no cumprimento de sua difícil tarefa de julgar tem necessidade imprescindível de compreender a vida social em toda a sua extensão e complexidade. Não pode ser mero leguleio. Deve ser sociólogo e realista. Dê-se exigem vastos conhecimentos das ciências auxiliares do Direito. Precisa conhecer a biologia e a antropologia, a lógica política e a política social, a psicologia experimental e a política judiciária, a psicologia racional e a sociologia aplicada, a filosofia e história e a filosofia da civilização. O Direito não é compartimento estanque, lago de águas paralisadas. É condição da existência da sociedade. As leis não são instrumentos de opressão e de injustiças. Não são escritas nas pedras como os mandamentos, a fim de que possam seguir as modificações e as alterações produzidas pela evolução. Não são feitas para reger colégios de fadas. São expressões de fenômenos sociais, devendo por isso ser postas de conformidade com o bem individual e coletivo. Para o equilíbrio das forças vivas da nação, para se obter a solução de todos os seus problemas econômicos e sociais, indispensável é realizar-se obra de socialização do Direito, como vem acontecendo no Brasil. O

“apelação-crime n.º 3.200, publicadas, respectivamente, no “*Jornal do Comércio* da Capital da República, de 2 e 15 de “dezembrô daquele ano, e, ainda, o acórdão de 6 de agôsto de “1942, na apelação-crime n.º 3.344 (*Direito*, vol. XVIII, pá- “gina 430), todos do Tribunal de Apelação do Distrito Fe- “deral. Atraído pelo assunto que, inegavelmente, é um dos “mais interessantes de quantos se têm discutido e, ao mesmo “tempo, o mais relevante do nosso Código Penal, escolhemo- “lo para esta ocasião e, depois de um estudo demorado sôbre “a matéria, pudemos concluir que, de quanto se tem dito a “respeito da aplicação da pena pelo Código Penal de 1940, de- “manda à uniformidade da doutrina e da jurisprudência. Em “um cotejo desapassionado e leal de tão assinalados traba- “lhos, verificamos que, se de cada um fizermos um extrato “orientado no sentido de obtermos uma conciliação, conclui-

“juiz, órgão do poder estatal, não pode ser incondicionalista. Para “criar na Justiça mundos de incomparável beleza, terá de dissipar “a inteligência, a coragem e a bondade. O apêgo cego à letra da “lei, o fetichismo da forma sacramental, o misonismo jurispru- “dencial e a interpretação tradicionalista criam o império da ro- “tina, da petrificação, da imutabilização do universo jurídico. Muita “vez é necessário pôr à margem o elemento físico, material, da lei, “para se ater à sua substância incorpórea, intrínseca, atendendo, “dêsse modo, à evolução, à necessidade social, à realidade da vida “humana e à relatividade das coisas. Acima da justiça legal, a “justiça moral; o direito justo sôbre o direito legal. Os casos con- “cretos, destarte, não podem deixar de ser apreciados à luz da “realidade, com inspiração do bom-senso, na brandura, no direito “racional e científico, examinada a prova pelo critério da livre con- “vicção, com humanização do texto legal. A verdade formal deve “figurar abaixo da verdade verdadeira, da verdade material. As “ficções de direito, os princípios rígidos e injustos, as regras aprio- “rísticas, as presunções legais, tudo isto cede lugar, no campo do “Direito civil e criminal, à inteligência, ao entendimento, à percep- “ção e ao raciocínio do magistrado que, de pesquisa em pesquisa, “com elevado critério, lógica e bom-senso, busca a verdade, funda- “mento da justiça íntegra, que é a própria equidade. Só por êsse “meio é permitido ao juiz, examinando livremente o caso concreto “no seu conjunto em todos os seus múltiplos e variados aspectos, “proferir uma decisão justa.

“remos que as opiniões não se repelem, pelo contrário, toda a orientação doutrinária tende a uma harmonização capaz de conduzir-nos a jurisprudência uniforme. Ainda que não estejamos de acordo com aqueles que sustentam que a pena-base deve ser fixada, considerando o juiz, unicamente, as circunstâncias judiciais, achamos, entretanto, que, destas como são as circunstâncias judiciais das legais, umas e outras devem ser consideradas separadamente, para evitar qualquer falha na operação mental, do que pode resultar ficarem algumas circunstâncias esquecidas ou considerar-se a mesma duas vezes. Assim externou-se RAUL BARBOSA, ao declarar-se pela segunda corrente: “Não quer isto dizer, entretanto, que, ao fixar-se a pena fundamental, o juiz aprecie em conjunto os elementos indicados no artigo e as agravantes e atenuantes. Dois cálculos devem ser feitos con-

“II. O Código Penal não estabelece tipo fixo de criminoso. Deu, em virtude disso, certa liberdade ao juiz no modo de julgá-lo, e puni-lo. Não lhe conferiu arbítrio integral na maneira de o apenar. Não fixou somente o máximo da pena corpórea a ser aplicada. Estabeleceu um mínimo e um máximo, permitindo em certos casos a substituição da penalidade. Foi, todavia, um grande passo dado pelo novo estatuto penal. Dentro de um critério relativo e humano, pode o juiz individualizar a pena. Fica, conforme o caso, autorizado a perdoar, a proceder com brandura ou severidade. O critério estatuído no Código Penal de 1890 era diverso do atual. Havia graus nas penas: máximo, submáximo, médio, submédio e mínimo, consoante dispunham o art. 63 e seus parágrafos. Se existiam somente circunstâncias agravantes, a pena subia ao máximo; na preponderância destas sobre as atenuantes, tinha-se o submáximo; na ausência ou no concurso de umas e outras, estabelecendo a compensação, a penalidade era a do médio; o submédio verificava-se quando as atenuantes preponderavam sobre as agravantes; se o crime era acompanhado de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante, aplicava-se a pena no mínimo. Diante dessas regras, não havia dificuldade na aplicação da pena objetiva. Hoje cabe ao juiz concretizar a pena. Qual o critério que terá de adotar? O critério é o da individualização objetiva e subjetiva. Para isto terá de fixar, antes de tudo e primeiro que tudo, a *pena-base*. Que meio existe para o seu cálculo? É o art. 42 do Código Penal. Todos os seus elementos

“secutivamente, interferindo, em cada um, as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais, para que se encontre a pena definitiva, ou a pena-base quando concorrerem majorantes e minorantes”. ROBERTO LYRA, o mais entusiástico defensor da corrente que se orienta pela fixação da pena-base, atendendo-se tanto às circunstâncias judiciais como às legais, deixa compreender que, no cálculo a efetuar, deve o juiz computá-las separadamente. E o desembargador Nogueira Itagiba, que acompanha Nelson Hungria, apartando o desembargador Orlando de Aguiar, enquanto este defendia a orientação contrária, na Conferência dos Desembargadores do Rio de Janeiro, disse: “Entendo que deve haver uma pena objetiva que sirva de base, para, depois, estabelecer-se o máximo e o mínimo” (*Fôlha da Manhã*, 29 de agosto de 1943). A questão encerra-se em haver uma pena

“devem ser examinados. Deve o juiz ter em vista os antecedentes do réu, a intensidade do dolo, se o crime é doloso, ou grau da culpa, se é culposos, a personalidade do delinqüente, os motivos determinantes, as circunstâncias e as consequências do crime. É necessário que o juiz da instrução, cuja atividade no processo é ampla, faça esclarecer todos esses elementos nos autos, caso o inquérito policial seja deficiente. É de mister, pois, que as provas elucidem o fato e as suas circunstâncias, a vida pregressa individual, familiar e social do indiciado, sua condição econômica, sua atitude, seu estado de ânimo antes, durante e depois do crime, e todas as demais circunstâncias que sirvam de verificação do seu temperamento e caráter. Na apuração dos antecedentes do réu, cabe averiguar se são bons ou maus, sempre com o mais elevado critério. Os antecedentes compreendem não só os penais como os de natureza cível ou comercial. Os judiciais-penais, desde que importem reincidência, não devem ser considerados logo. Porque a reincidência é agravante, que só é tomada em conta depois da fixação da pena-base. O ambiente moral e social em que viveu o indiciado, o seu grau de inteligência, a sua educação, o seu meio de vida anterior, a sua vida na família e na sociedade, as suas faltas, o seu pendor para o crime, a sua correção depois de atos reprovados que tenha praticado, tudo isso deve constituir objeto de análise. O dolo pode ser mais ou menos intenso. No dolo de ímpeto, como no dolo premeditado, busca-se a maior ou menor perversidade. A premeditação pode conter, muita vez, a oposição

“*objetiva* que sirva de base, para daí fazer-se o aumento ou a
“diminuição em vista das circunstâncias legais, que se chame
“a essa pena, isto é, obtida considerando-se somente as cir-
“cunstâncias legais, de *pena individualizada*, uma vez que o
“art. 42 tem a finalidade precípua de individualizar a pena.
“*Pena individualizada* seria, então, aquela obtida atendendo
“o juiz aos antecedentes e à personalidade do agente, à in-
“tensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às cir-
“cunstâncias e conseqüências do crime, excluídas as cir-
“cunstâncias legais. E *pena-base* depois de atendidas as agra-
“vantes e atenuantes que ocorrerem, cujo cálculo será efe-
“tuado sobre a *pena individualizada*, mediante a regra do ar-
“tigo 49. Esta *pena-base*, assim conseguida, é que sofrerá o
“aumento ou a diminuição resultante das causas especiais,

“que o agente faz à idéia delituosa. O dolo de ímpeto revela em
“alguns casos enorme soma de maldade. A personalidade do réu,
“os motivos determinantes do ato doloso, como a cólera, a cobiça,
“a vingança, o egoísmo, ou a honra, a paixão nobre, o sentimento
“de gratidão, o domínio pleno da consciência e da vontade, a per-
“versidade com que atuou, são elementos que servem para a carac-
“terização da intensidade do dolo. A culpa, também, tem graus.
“É grave, leve ou levíssima. Atende-se na sua graduação à maior
“ou menor possibilidade do efeito, ou à previsibilidade mais ou
“menos intensa. O grau mais elevado é o da culpa grave, que se
“avizinha do dolo. Por personalidade do réu, entende-se o conjunto
“de suas qualidades morais. A índole, o sentimento, o senso, a ca-
“pacidade de agir e reagir, e o temperamento formam a persona-
“lidade que deve ser examinada em função do crime que cometeu.
“As circunstâncias, a que se refere a lei, dizem respeito à ação
“criminosa. Aludem aos meios usados, ao tempo, ao lugar, ao
“ânimo do réu, anterior, contemporâneo e posterior ao crime.

“As conseqüências do crime vêm a ser a gravidade do dano e o
“abalo social causado. Com esses elementos, o juiz fixa a pena-base
“com abstração total das circunstâncias agravantes, das atenuantes
“e das causas especialmente determinadoras do aumento ou da di-
“minuição. Essas circunstâncias e essas causas, se existirem, serão
“aplicada em seguida à determinação da pena-base. A pena-base
“poderá ser a mínima ou a máxima cominada ao crime, ou poderá
“aproximar-se do termo médio, do mínimo ou do máximo, quer se
“trate de pena privativa da liberdade, quer seja pecuniária. Nesta

“consoante a norma estabelecida pelo art. 50. Aqui, ainda
“uma vez, se verifica o arbítrio do juiz no concurso de causas
“de aumento ou diminuição previstas na Parte Especial,
“quando tem êle a faculdade de limitar-se a um só aumento
“ou a uma só diminuição, desde que considere a causa que
“mais aumente ou mais diminua. Quanto às causas especiais
“previstas na Parte Geral, não tem, no entanto, tal arbítrio,
“pois o parág. único do art. 50, referindo-se expressamente à
“Parte Especial, não deixa margem a outra interpretação”.

E, ainda do mesmo juiz, a sentença:

“Determinada a norma penal infringida pelo réu, cum-
“pre fixar a pena individualizada, na forma do art. 42 do Có-
“digo. Já verificamos que GÉRSON CAVALCANTI tem bons an-
“tecedentes, apresentando um caráter avesso ao crime. A in-
“tensidade do dolo pode ser medida pela sua conduta poste-

“fixação está o arbítrio criterioso do juiz. A pena-base, calculada
“na pena em abstrato, representa a pena concreta. Sobre esta
“procede-se em seguida ao aumento ou à diminuição. São atendidas
“então as circunstâncias agravantes e atenuantes constantes dos
“arts. 44, 45 e 48 do Código Penal. Seguem-se as causas especiais
“de obrigatório ou facultativo aumento ou diminuição da pena em
“quantidade fixa. É a regra do art. 50. O critério do aumento ou
“da diminuição, à vista de agravantes ou atenuantes, ou quando
“se dá o seu concurso, é o estabelecido no art. 42. Há casos de
“diminuição ou aumento fixo. Far-se-á, então, o desconto ou o
“acréscimo determinado na lei” (3.^a Câmara, Tribunal de Apelação
do Rio de Janeiro, 17-9-42).

“Para a fixação da pena deve o juiz considerar inicialmente as
“circunstâncias do art. 42 do Código Penal, para depois admitir as
“que sempre atenuam e agravam a pena e, por último, as causas
“especiais de aumento e diminuição” (Tribunal de Justiça de São
Paulo, 17-10-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 171, pág. 60).

“Sendo o apelante primário e menor de 21 anos, a pena-base
“tinha que ser fixada no mínimo legal e depois aumentada de um
“terço (art. 155, § 1.^o, do Código Penal). No sistema da lei penal
“vigente, não há compreensão de atenuante com agravante” (3.^a
Câmara, 31-1-42, *Diário da Justiça* de 19-5-49, pág. 1.330).

“Ponderando o fato e o processo, as circunstâncias e a pessoa
“do agente, incurso no art. 155, § 4.^o, I e IV, do Código Penal, fixa-
“mos em três anos de reclusão a pena, pesando nesta fixação o

“rior, da qual se verifica que êle não praticou o delito de livre consentimento; foi, antes, levado por um impulso momentâneo, contrário à sua índole. A circunstância de o crime haver sido cometido durante o repouso noturno já leva à exacerbação da pena pela ocorrência da causa especial: não é lícito apreciá-la duas vezes. A importância furtada devolveu-a intata ao seu legítimo possuidor. Trata-se, assim, de um caso em que deve ser dispensada ao réu maior benevolência. Deve a pena individualizada ser fixada no mínimo da cominação legal: um ano de reclusão e Cr\$ 500,00 de multa, atendendo, ainda, com referência à última, à pobreza extrema do réu (art. 43). Não constando do processo atenuantes ou agravantes e quando, na prática de um crime, não ocorrem circunstâncias legais, o aumento ou diminuição da pena, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, se opera a pena fixada na forma do art. 42 do Código Penal, que, nesse caso, serve de base. Esclareça-se, desde logo, que o aumento ou diminuição, decorrente da causa especial, pode transpor os limites cominados em lei (ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, vol. II). Adicionando-se à pena-base (12 meses) um terço da mesma pena, ou seja, quatro meses, e do total subtraindo-se dois terços (oito meses), temos oito meses como resultado da operação. Repetindo-se o mesmo processo com referência à mul-

“fato em sua natureza — destruição de um cofre no interior de uma igreja, a forma por que ocorreu, o concurso de duas outras pessoas, — mas também recebendo a primariedade do agente e a condição de ser empregado, trabalhando. E considerando a tentativa configurada, diminuimos de um terço e firmamos em dois anos sua pena restritiva de liberdade, reduzindo a multa aplicada para Cr\$ 2.000,00, com fundamento nas forças econômicas do requerente” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-10-44).

“O cálculo da pena para a tentativa de roubo qualificado deve tomar por base a pena fixada para o roubo qualificado consumado e não para o roubo simples consumado” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20-5-48, *Revista Forense*, vol. 121, página 562).

“ta, temos: Cr\$ 500,00 mais um terço (Cr\$ 166,70), igual a Cr\$ 666,70; menos Cr\$ 333,40 (dois terços da pena-base), “igual a Cr\$ 333,30”.

27. A periculosidade condiciona as medidas de segurança (arts. 76, II, e 77) e influi na qualidade e na quantidade das penas (art. 42), como eixo de toda justiça baseada na realidade humana, individual e social.

CARMIGNANI, ROSSI e ROMAGNOSI anteciparam os primeiros conceitos da periculosidade (*état de danger ou état dangereux, estado peligroso ou peligrosidad, pericolosità, dangerousness, gemeingefährlichkeit*).

GAROFALO foi, no entanto, o seu primeiro definidor, quando sustentou que a pena deve ser determinada pela *temibilidade*, isto é, pela perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto de sua parte.²¹⁴

Repelindo a teoria de ROMAGNOSI, assentou o mestre positivista que importa medir, não tanto a intensidade do impulso criminoso, mas a força de resistência a tal impulso, isto é, o senso moral, e propusera se adaptasse o meio defensivo à *temibilidade*. FERRI preferia falar em maior ou menor readaptabilidade à vida social. Mais tarde, GAROFALO chegou à conclusão de que o meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação, tanto vale dizer, pelo exame das condições de existência em que se possa presumir que o delinqüente deixará de ser temível.

FEUERBACH, reproduzido por STORCH, aludira à periculosidade como a aptidão da pessoa que faz presumir, fundamentamente, a violação do direito. VON LISZT situou tal fórmula aplicando-a ao delinqüente por natureza.

O próprio VON LISZT reconheceu, também, no Congresso de Bruxelas (1910), a periculosidade ainda dos jovens delin-

²¹⁴ FERRI demonstrou que a expressão *temibilidade* lembra mais uma impressão subjetiva do que uma realidade efetiva. Rocco, por sua vez, sustentou que a temibilidade é antes a consequência da periculosidade (*Princípios*, cit., pág. 275; *L'oggetto del reato*, Turim, 1913, pág. 315).

qüentes, dos vadios, dos alcoólatras, dos alienados ou deficitários mentais, dos reincidentes plurais. Referiu-se, então, à própria periculosidade pré-delitual em relação aos menores abandonados, aos dementes perigosos, aos ébrios habituais, fixando o caráter anti-social do delinquente, do qual o delito é sintoma.

Procurou-se, por outro lado, confundir periculosidade e inadaptabilidade. Esta, de conceito relativo, é elemento relevante da primeira, podendo existir a inadaptação no momento do crime de indivíduo adaptável pelo tratamento, pela educação etc.

Sem embargo do pessimismo da maioria, que julga quase impossível definir o estado perigoso, registraram-se várias tentativas nesse sentido. Seria preciso, preliminarmente, apurar a natureza desse estado, tido ora como médico, ora como jurídico, ora como psicológico. Parece-nos, porém, que, como todo conceito legal, há de resultar de norma jurídico-social, pois, do contrário, não seria legal, nem serviria à sua finalidade social. Os critérios científicos puros poderão inspirar teorias perfeitas, mas alheias aos objetivos imediatos do Direito, a serviço de interesses e de pontos de vista eventuais. A idéia social de perigo varia, no tempo e no espaço, dependendo dos conflitos entre a estática e a dinâmica sociais, das condições de estabilidade do Estado, dos seus rumos, das suas necessidades, dos seus desequilíbrios.

Em última análise, várias correntes médicas, jurídicas e sociológicas concordam em que o estado perigoso consiste, de maneira geral, na probabilidade de o indivíduo cometer ou tornar a cometer crime.

De qualquer forma, a periculosidade está menos no indivíduo do que no meio, donde partem os motivos, as ocasiões, os elementos para delinquir. Por isso mesmo, fala-se no estado perigoso social. O crime é um fenômeno social, e a própria anormalidade, pelo menos originariamente, provém das condições de vida.

Atendendo às idéias de FERRI, GAROFALO, FLORIAN, GRISIGNI, SABATINI, organizou ASÚA os seguintes roteiros:

- a) personalidade do homem, sob o triplice aspecto antropológico, psíquico e moral;
- b) vida anterior;
- c) conduta posterior;
- d) qualidade dos motivos;
- e) o fato.

É, porém, o crime, convencionalmente definido, que provoca os movimentos da Justiça; é a sua repercussão, dependente até da publicidade e dos interesses prejudicados, que gradua as providências oficiais.

Reunindo os critérios de FEUERBACH, MITTERMAYER, GAROFALO, LISZT, STORCH, FERRI, ROCCO, FLORIAN etc., RANIERI incluiu, na fórmula da periculosidade, os seguintes requisitos:

- a) consumação ou tentativa de crime;
- b) capacidade para delinquir;
- c) tendência a reincidir;
- d) temibilidade;
- e) probabilidade de violação do direito;
- f) probabilidade de prática de novo crime;
- g) natureza intelectual especial que impeça os efeitos da ameaça e da execução da pena ordinária;
- h) probabilidade de um indivíduo cometer crimes graves.

A periculosidade é concebida como estado momentâneo e como estado duradouro, distinguindo-se em genérica e específica; em normal e anormal; em intensiva e extensiva; em iminente e não-iminente. Os autores ainda consideram diversamente a periculosidade, em relação às diferentes classes de delinquentes, de crimes e de elementos destes. A periculosidade é criminal, considerada subjetivamente, e social, considerada objetivamente, em relação ao temor que cria entre os co-associados. A primeira ocorre sempre *post delictum*, a segunda pode, também, verificar-se *ante delictum*.

A periculosidade pré-delitual não interessa à justiça penal, mas à política social. O médico, o jurista, o pedagogo não

abrangem os desdobramentos do fenômeno, ligado, essencialmente, à organização social. Só o sociólogo, a serviço da coletividade, totaliza a visão para perceber e estancar as fontes da patologia social.

Avulta, nesse tumulto doutrinário, o comando de FERRI, que indicava duas normas para disciplinar em concreto a periculosidade: a qualidade mais ou menos anti-social do *ato* e do *agente*. A primeira deriva de dois elementos: o do direito violado e o dos motivos determinantes; a segunda liga-se às diversas categorias de delinqüentes, segundo os dados da antropologia e da psicologia criminal.

No entender de FERRI, a periculosidade deve ser estudada segundo o grau, a propável duração e a tendência, resultando, na ordem ascendente de importância, da gravidade do crime, dos motivos determinantes e da personalidade.

GRISPIGNI e ASÚA referiram-se ao exame da vida anterior e do comportamento depois do crime, que figura no da personalidade, conforme a concepção de FERRI.

Segundo MANZINI, ao concretizar a pena, o juiz não deve considerar a *periculosidade*, mas a *criminosidade* atual, porque trata de reprimir e não de prevenir. Na maioria das vezes, *criminosidade* e *periculosidade* são equivalentes, porém tal equivalência — conclui — não pode ser admitida sempre.²¹⁵

Esqueceu MANZINI o fim da prevenção especial que ele mesmo reconhece na pena. Repressão e prevenção são momentos inseparáveis da mesma defesa social. No entanto, a pena dirige-se sempre ao futuro. O próprio Rocco, tão sóbrio em relação à periculosidade, nega que esta possa influir na cominação, mas a aceita na aplicação.²¹⁶

O Código cogita sobretudo da periculosidade criminal (art. 77). A periculosidade social previne-se através da política social. Perigosos são, mais ou menos, todos os criminosos. O crime, por si só, revela anormalidade, no sentido de violar as *normas* de conduta, o que, em última análise, cons-

²¹⁵ Ob. cit., 1934, vol. III, pág. 15.

²¹⁶ Ob. cit., ns. 139 e segs.

titui sempre anormalidade psíquica num sentido que transcende as classificações psiquiátricas e as definições unilaterais. O passional, p. ex., ainda integrado na personalidade ideal imaginada por FERRI, é perigoso, porque são poucos os que reagem pelo crime aos desenganos do amor e aos melindres da honra.

Para a defesa preventiva, o indivíduo pode ser ou não perigoso, genericamente, no sentido social; para a defesa repressiva, não há propriamente indagação da existência da periculosidade, mas de suas causas e de seus efeitos prováveis.

A periculosidade social indica o perigo maior ou menor, próximo ou remoto, de crime; a criminal revela o perigo maior ou menor, próximo ou remoto, de reincidência.

A iminência e a gravidade do perigo podem variar indefinidamente.

A doutrina não encontrou fórmula mais expressiva da periculosidade do que a probabilidade de vir a cometer (periculosidade pré-delitual) ou de tornar a cometer (periculosidade pós-delitual) crime. Ninguém sustentará, dentro dessa fórmula, que não é perigoso quem converteu a conjectura em fato.

O Código, no art. 42, acolheu, em essência, os índices da periculosidade de FERRI, na própria ordem de importância: personalidade ("motivos, antecedentes e personalidade do agente"); motivos e fato criminoso ("circunstâncias e consequências do crime").

Como veremos, os motivos são a melhor indicação da intensidade do dolo e são estimados na ponderação do grau da culpa. O fim, na concepção positiva do dolo, espelha-se no motivo.²¹⁷

O art. 77, que contém a própria definição de periculosidade, orienta-se, mais exatamente, e na mesma ordem, pelos

²¹⁷ O art. 133 do Código italiano, de função semelhante, porém não igual à do art. 42 do Código brasileiro, procede do projeto FERRI. O seu art. 20 esclarece que a periculosidade é determinada pela gravidade e modalidades do fato delituoso, pelos motivos determinantes e pela personalidade do delinqüente.

três índices de FERRI: personalidade, motivos e fato criminoso.

O Código italiano deu maior aprêço à importância sintomática do crime, devolvendo ao juiz a apreciação da natureza, da espécie, dos meios, do objeto, do tempo, do lugar e de todas as outras modalidades da ação, além da gravidade do dano ou do perigo e da intensidade do dolo ou do grau de culpa (art. 133, 1.º, 2.º e 3.º). O Código brasileiro destacou, em menção autônoma, a força do elemento subjetivo, e englobou, nas “circunstâncias e conseqüências do crime”, toda a materialidade e toda a repercussão do delito, fugindo às discriminações insuficientes. As referências à personalidade, aos antecedentes e aos motivos satisfazem, mais frisante e amplamente, o objetivo de orientar o juiz. Nos antecedentes, destacados da personalidade, para não deixar dúvida de que a conduta é a sua marca inconfundível e de indispensável penetração, compreendem-se todos os aspectos da vida individual, familiar e social, inclusive depois do fato.

A verificação da periculosidade, na fase da *aplicação da pena*, não se liga ao problema da responsabilidade, previamente resolvido. É feita para os fins da sanção.

O juiz encontrará na doutrina e na legislação comparadas subsídios sempre úteis para a caracterização da periculosidade, mas é no espírito do Código, nas suas bases, nos seus rumos, que nutrirá e orientará o julgamento.²¹⁸

Dessas bases e dêsses rumos diz a *Exposição de motivos*: “Ao prever as circunstâncias agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, o projeto apresenta um cunho nitidamente subjetivista. O crime em si mesmo, na sua materialidade, passa, aqui, para o segundo plano. O que importa, principalmente, é o crime em função do seu autor. Adquire culminante relevo o motivo, o *porquê* do crime. Na aplicação da pena, os motivos do crime figuram como um

²¹⁸ O projeto preliminar do Código sueco segue explicitamente o critério da periculosidade do delinqüente para a graduação das penas. Toda a teoria de THYRÉN baseia-se no perigo social, derivando a periculosidade, tanto do fato delituoso como da pessoa delinqüente.

“dos critérios centrais de orientação (art. 42). No concurso “de agravantes e atenuantes, as que preponderam são, entre “outras, as resultantes dos motivos determinantes (art. 49). “Os motivos determinantes orientam o reconhecimento dos “crimes da mesma natureza para o efeito da reincidência específica. Para a concessão da suspensão condicional da “pena, deve o juiz avaliar os motivos do crime”.^{219-219-a}

28. Segundo o roteiro do Código, o juiz deve atender, como primeiro índice de maior ou menor periculosidade, aos antecedentes e à personalidade do agente.²²⁰ Destacando, expressamente, os antecedentes, que poderiam ficar compreendidos, porém diluídos na personalidade, o legislador deixou bem claro, desde o início, a objetividade da pesquisa a fazer, para não desvirtuá-la através de generalizações arbitrárias e vagas. São dados reais, diretos, frisantes, compreensivos que empolgam e orientam a consciência do juiz, lastreando as induções. Tais antecedentes não se restringem no tempo e abrangem todos os aspectos da conduta.²²¹

Os antecedentes do réu auxiliam o prognóstico. Os precedentes penais caracterizam a reincidência (art. 46), mas os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, so-

²¹⁹ *Revista Forense*, 1941, vol. 85, pág. 452.

^{219 a} “É desarrazoado definir a periculosidade somente pelo instrumento do crime — uma barra de ferro” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4-10-44).

“A pena, em nosso sistema, não representa vindita ou castigo, “mas instrumento de defesa da sociedade. Deve, pois, ser dosada “de acordo com a periculosidade do criminoso e não em proporção “ao crime” (Tribunal Federal de Recursos, 26-8-49, *Revista Forense*, vol. 130, pág. 532).

²²⁰ O art. 49 dá valor preponderante à personalidade e o art. 77 menciona-a em primeiro lugar.

²²¹ “Privar a justiça penal das notícias sobre os precedentes do “réu seria impedir ao juiz aquilo que mais o interessa para tran- “qüilizar a própria consciência, isto é, o conhecimento da personalidade mais ou menos perigosa do acusado, não só para lhe “medir a condenação, mas também para avaliar os indícios sobre “a sua culpabilidade” (FERRI, *Princípios*, cit., pág. 314).

bretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicição veemente. Tõda a vida do réu — individual, familiar, militar, profissional, intelectual, social — deve ser dominada pelo juiz. Qualquer circunstância da conduta em exame será levada em conta, sem demasias, nem omissões.

O Código italiano menciona, em especial, os antecedentes penais e judiciais e, em geral, a conduta e a vida anteriores (art. 133, 2.^a parte, 2.^o) e, arrostando a redundância em benefício da clareza, alude, depois, às condições de vida individual, familiar e social (artigo cit., 4.^o). A fórmula brasileira, apesar de mais concisa, é mais extensa, pois, referindo-se aos *antecedentes* e à *personalidade*, inclui todos os elementos necessários a prover à identificação de um homem, desde as influências hereditárias remotas (atavismo).²²² Evidentemente, a maioria dos processos envolve casos simples, vulgares ou notórios que dispensam indagações mais complicadas e retrospectos meticulosos. A formação da culpa é um *sumário*. Desde que os dados de que dispõe bastem para o seu julgamento, não há de perder-se o magistrado na espessura inconsequente ou protelatória da alta indagação.

Nem é adequado às urgências clamorosas e às intervenções decisivas da justiça penal converter cada processo em objeto de cogitações transcendentes ou devassas ociosas.

A periculosidade já está objetivada no crime. Resta, tão-somente, estimá-la e neutralizá-la.

O juiz não dispõe, mesmo, de meios nem de tempo, para dedicar-se a meditações ou conjeturas desnecessárias à aplicação da lei penal.

A apreciação da personalidade do homem, para bem afeiçoar-lhe a sanção, está ao alcance da experiência comum e obedece aos critérios habituais.²²³

²²² Não se deve esquecer que a parte hereditária sobreleva a parte adquirida da personalidade, determinando hábitos e tendências, muitas vezes amesquinhadores das energias originárias.

²²³ “*Mientras la ley penal no se reforme en sus fundamentos, los nuevos criterios científicos son prácticamente inaplicables. Su*

Todos aprendem a bem distinguir os padrões de honestidade e de bondade, que nenhum homem consegue sonegar às solicitações constantes da vida, cada vez menos hipócrita e fechada. Por outro lado, o crime, pela própria natureza, provoca, no círculo de atuação mais intensa do réu, manifestações especiais.

Não é preciso consultar bibliografias para fixar em que medida o agente se afastou das normas condicionadoras do equilíbrio da sociedade ou dos sentimentos e das idéias fundamentais à sua vida. Em última análise, impõe-se indagar daquela semelhança social de TARDE, num sentido mais concreto. É a própria sociedade que cria e transmite o sistema métrico moral. Este não está nos livros, mas na realidade da vida de que o juiz participa, recebendo, no entanto, uma visão mais geral das fraudes e das violências.²²¹

Para conhecer uma personalidade, não se limita o magistrado a encarar o indivíduo isolado (*selbstwesen*), e, sobretudo, o considera ser vivo em sociedade (*gliedwesen*).

MENDELSSOHN preconizou um método para o estudo da personalidade do criminoso, fixando, sobretudo, a herança, o temperamento, os acidentes, o meio, e discriminando: 1.º, família do acusado (ascendentes até o décimo grau, colaterais até o quarto grau, sob o aspecto sociológico, psicopatológico, antropológico, criminológico e médico-legal); 2.º, vida do criminoso até a época da acusação (generalidade); 3.º, regime educativo no lar (relação entre os pais, entre o criminoso e seus irmãos e o tratamento dado ao criminoso em comparação com o dos outros filhos); 4.º, estado físico, estado psíquico, relações sociais, relações do criminoso com sua mu-

²²¹ Vide *La valorisation sociale*, em PIERRE JANET, *L'Evolution Psychologique de la Personnalité*, Paris, 1929, pág. 339.

aplicación es nociva" (INGENIEROS, *Criminologia*, Buenos Aires, página 59). "La biologie est, et pour longtemps encore sans doute, au stade analytique. Il serait vain de s'imaginer qu'elle peut brûler les étapes" (LERICHE, *Encyclopédie Française*, vol. VI, *L'Etre humain*, Paris, 1936).

ther, relações do criminoso com seus filhos e pais, atos anti-sociais; 5.º, sexualidade (evolução psicopatológica sexual infantil — puberdade, adolescência e maturidade; senilidade etc.).²²⁵

Os chamados fatores endógenos provêm, em última análise, dos fatores exógenos, que os produzem originariamente, e condicionam as suas manifestações atuais.

Decidida que foi a responsabilidade, não tem razão de ser perícia psiquiátrica, para os fins do art. 42.²²⁶ Mais do que os subsídios médicos (saúde e higiene em geral), são úteis os pedagógicos (aproveitamento, conduta e necessidades de instrução e educação), administrativos e profissionais (vida profissional e funcional), militares (reação à disciplina da caserna), cívicos, morais, que, todos, colaboram para integrar o conjunto da participação na vida, a síntese da atividade. É a conduta como cidadão, filho, pai, espôso, companheiro, amigo, profissional, como sócio de centros culturais, beneficentes, recreativos, esportivos, mundanos etc. A conduta, durante e depois do crime, entrará sempre na revelação da personalidade.

Sob o aspecto psicológico, que não é o único, nem o mais importante, não se faz psicostática, mas psicodinâmica.

Não se intenta uma psicografia, no sentido de STERN, e sim uma biografia total, porém golpeante e dominadora.

²²⁵ *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, agosto e setembro, 1937, pág. 877.

²²⁶ Para os fins do art. 133, correspondente no Código Italiano do nosso art. 42, que atende exclusivamente à dosimetria da pena, ou seja, ao modo de medir a pena em relação ao caso concreto, e não à imputabilidade, não é admissível a perícia psiquiátrica, pois a aplicação do art. 133 sucede à afirmação da imputabilidade do culpado (SALTELLI e DI FALCO, ob. cit., pág. 649). Na sua *Exposição de motivos*, Rocco afirma que a avaliação direta da personalidade do réu independe de qualquer pesquisa ambígua de dados antropológicos relativos a particularidades somáticas — objeto de estudos ainda incompletos.

cuja minúcia e diretrizes dependem das necessidades da causa e das possibilidades da colheita processual.²²⁷

O juiz não poderá delegar o julgamento a qualquer assessor, mais ou menos unilateral, pois o que a lei quer é o seu próprio juízo, baseado nas informações e não nas opiniões ou impressões, por ele julgadas necessárias, e interpretadas por quem dispõe das prerrogativas e aceita os deveres da magistratura. Do contrário, delegaria a função de julgar, sacrificando-a por incompreensão ou comodismo. O conjunto tem mais realidade do que as partes.²²⁸

Não há uma psicologia criminal, no pressuposto de que o criminoso apresenta um caráter (*die verbrecherische Gesinnung*), um tipo ou uma constituição, que predispõe ou determina à prática de crimes, isto é, de atos até de futura caracterização legal, extensivos a homens da maior pureza biológica.

Na antropologia criminal integral (SALDAÑA) ou nova, como quer MENDES CORREIA,²²⁹ aparece, como objeto de estudo, o homem, normal ou anormal, que comete crime ou se acha na fronteira movediça traçada, convencionalmente, pela lei penal, segundo o mecanismo dos interesses, diverso no tempo e no espaço.

De qualquer forma, na *aplicação da pena*, não tem mais cabimento qualquer consideração sobre a questão prévia da responsabilidade.²³⁰

²²⁷ "A biografia do indivíduo, a história de sua vida que cada um deve trazer em si mesmo..." (PIERRE JANET, ob. cit., pág. 506).

²²⁸ O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade de sua *mens rea* ou da sua maior ou menor *desatenção* à disciplina social (*Exposição*, de FRANCISCO CAMPOS, *Revista Forense*, cit., pág. 452).

²²⁹ ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 1.º, pág. 42.

²³⁰ Aliás, os dados antropológicos não podem, por si sós, agir sobre a vontade humana, influenciando apenas quando agem sobre o caráter do réu ou sobre os motivos determinantes. O mesmo se pode dizer das doenças (SALTELLI e DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, Turim, 1931, vol. 1.º, pág. 648).

Mesmo em caso de responsabilidade²³¹ atenuada, a redução, de que trata o parágrafo único do art. 22, a fixação da pena é feita, como não existisse causa de aumento ou diminuição (art. 50).

O juiz atua, então, livremente, sem as peias de prenoções unilaterais ou facciosas. A palavra *personalidade* está empregada, no art. 42, no sentido mais amplo, mais denso e mais profundo, de modo que o seu conhecimento atinja o máximo de realidade com a maior liberdade de exame e de crítica.

Justamente por exigência da tarefa individualizadora, não é possível reduzir os caracteres e os temperamentos a esquemas e fórmulas que não permitem responder à única pergunta pertinente. Não se estudam os homens considerados em geral ou em classes, mas o caráter²³² e o temperamento²³³ do réu e só do réu.

No caráter e no temperamento de cada homem apresentam-se complicações, multiplicidades, variações e até contradições que escapam à simplicidade dos classificadores das amplitudes e das profundezas, dos imprevistos, das complexidades, das sutilezas da personalidade humana.²³⁴

²³¹ FERRI explicou, na *Exposição de motivos* do projeto de 1921: "Para evitar todo e qualquer equívoco, a palavra *imputabilidade*, tradicionalmente ligada ao conceito de culpa moral, é substituída pela palavra *responsabilidade*, que exprime a idéia de que o autor "de um delito responde por ele perante a sociedade e o Estado" (*Revista Forense*, 1921, vol. 36, pág. 270).

²³² MANZINI conceitua-o, para o fim da aplicação da pena, como modo ordinário de sentir e agir (*Trattato*, cit., vol. III, pág. 15).

²³³ FERRI, *Temperamento e Criminalità*, em *Studi sulla criminalità*, Turim, 2.^a ed., 1926, pág. 450.

²³⁴ KRETSCHMER, cuja classificação é muito vulgarizada entre nós, afirmou que ela é um simples esquema justificado pelas necessidades didáticas e que as estruturas individuais são muito mais variadas e complicadas do que o tipo abstrato. E mais: as formas físicas classificadas acompanham, com a mesma frequência, os grandes tipos de temperamentos normais (*Psychologie Médicale*, páginas 268-269).

Acima de tudo, no entanto, o juiz terá presente que, se o julgamento se baseia no passado, a pena visa ao futuro! ^{234-a}

29. A aplicação da pena supõe a caracterização do dolo, ou da culpa (art. 15, I e II).

Mas, a intensidade da primeira ou o grau da segunda forma do elemento subjetivo do crime constitui um dos índices da periculosidade, oferecidos ao ativo, prudente, rela-

^{234-a} "Atende-se na aplicação da pena a ser o réu chefe e arrimo de grande família" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 24-4-44).

"Não constitui índice de mau caráter a negativa da autoria, que é ato instintivo de defesa" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15-4-43).

"O estado de penúria e de moléstia, embora não possa atuar como causa de isenção, concorre, entretanto, para atenuar a pena" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 12-5-42).

"A ausência de condenação anterior não torna certa a existência do exemplar comportamento, pois o homem, embora não condenado, pode ter um comportamento muito censurável na sociedade" (Tribunal de Apelação de São Paulo, 28-3-44).

"O Código Penal deu ao juiz certo arbítrio na aplicação da pena. Estabeleceu tratamento penal diverso para determinados delinquentes, deixando ao magistrado o critério relativo de individualizar a pena. Acima do crime está a pessoa do criminoso, que o julgador deve examinar detida e pormenorizadamente. Não classificou os criminosos. Referiu-se aos primários e aos reincidentes. Na fixação da pena, ao juiz cumpre apurar os antecedentes do réu, atender à sua personalidade, considerar a intensidade do dolo ou o grau da culpa, perquirir os motivos determinantes, e atentar nas circunstâncias do delito. No caso em debate, o réu não manifestou nenhum sintoma grave de periculosidade. O caráter anti-social do ato, que praticou, não se reveste de cunho de temibilidade. É criminoso primário. Sempre desfrutou de bom conceito no seu meio. Seus antecedentes familiares, sociais e funcionais são dos melhores. Sua família goza de ilibada reputação na sociedade. Telegrafista do Departamento dos Correios e Telégrafos de Niterói, subtraiu o requerente do cofre de sua repartição a importância de Cr\$ 21.610,00. Apreendida quase toda a quantia, imediatamente a família do indiciado repôs o restante. Assim, a União Federal não sofre o mínimo prejuízo material. Pela ilicitude moral do ato do

tivo arbítrio do juiz para individualizar a sanção. Na pesquisa, na discriminação e no reconhecimento de qualquer excesso ou deficiência daquele elemento, não está o juiz adstrito a qualquer opção técnica.

O dolo e a culpa são conceituados em fórmulas bastante amplas para abranger tôdas as suas modalidades, desde o dolo direto e determinado às fronteiras do caso fortuito. Mas, justamente porque têm ali acesso as mais diversas posições

“requerente, dadas as suas circunstâncias pessoais, e em virtude de “nenhum dano ter causado, não se lhe deve infligir tratamento “penal severo” (Câmaras Reunidas, Tribunal de Apelação do Estado do Rio, 30-5-43).

“O juiz aplicou pena excessiva. Tratava-se de um pobre homem “enfêrmo, inapto para o trabalho e que, na sua fôlha de antecedentes, registra apenas uma condenação de 10 dias pela mesma infração. A lei manda aplicar ao reincidente pena acima da metade da “soma do mínimo com o máximo. Mas aplicar no caso pena no limite máximo da lei é verdadeira iniquidade” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4-5-44).

“Os informes sôbre a vida pregressa e condições pessoais do apelante revelam que êle necessita mais de assistência do que de cadeia. É um desprotegido da sociedade, melo imbecilizado, vivendo “ao Deus dará”. Conserva, entretanto, bons sentimentos. Seu único antecedente judiciário é uma condenação por ferimentos leves. “Fixada a pena-base em 18 meses de reclusão e feita a razoável diminuição de dois terços, por tratar-se de crime apenas tentado, “resta o *quantum* de seis meses” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 9-10-44).

“Na espécie, trata-se de agricultores, homens que não demonstraram qualquer grau de periculosidade e que, durante mais de seis anos, estiveram residindo no Município vizinho de Viçosa sem que houvessem cometido qualquer outro crime. Um dêles era menor ao tempo do crime e outro tem atualmente 74 anos. O motivo determinante do crime foi uma agressão injusta (ferimento a bala) feito “ao filho e irmão dos apelados. Trata-se de homens retardatários, “sem instrução ou educação, anulados e esmagados por melo hostil, “onde as moléstias concorrem com a miséria” (voto vencido, Tribunal de Apelação de Alagoas, 3-2-42).

“Para tachar de ladrão um homem de bem é necessário fazer prova acima de qualquer suspeição” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 1-6-44).

da vontade, da consciência, da atenção, das mais complexas às mais imponderáveis, das mais densas às mais tênues, o Código confiou ao juiz a margem de liberdade necessária para, sem prejuízo da constituição do crime, discriminar as variantes e atender, na aplicação da pena, precisamente, à força psíquica do delito.

Os clássicos converteram a intensidade do dolo e o grau da culpa em problema ético, e os positivistas em problema social.

Para MAGGIORE, o dolo não é bom nem mau, nem social nem anti-social, nem altruístico nem egoístico. O bem e o mal não são realidades. Poder-se-ia proclamar o dolo moralmente indiferente como reação anormal da consciência à representação.

É o motivo determinante que lhe dá a qualificação ética ou social. O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta de crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (a consciência e a vontade de produzir morte).

Mas, a vontade, presidida pela consciência, por si só, não revela o conteúdo qualitativo e quantitativo do dolo.

É verdade que, implicando a consciência e a vontade do dano ou do perigo, o dolo revela, sem que isso influa na sua integração, por um lado, excesso de necessidades egoísticas (impulso criminal) e, por outro, uma deficiência do sentimento moral.²³⁵ O motivo, no entanto, é que encerra, quer o *deficit*, quer o transbordamento.

A representação do mal não é suficiente para impedir a produção do dano ou do perigo (defeito do contra-impulso).

²³⁵ Ver GRISPIGNI, *La pericolosità criminale ed il valore sintomatico del reato*, Milão, 1920.

As formas intermediárias do dolo eventual (dolo sem vontade e culpa com representação) manifestam, em função do motivo, um defeito, embora menor, quer do sentimento moral, quer da inteligência, segundo se tenha previsto como provável ou não o evento e se verifique este como esperado ou não.

A fórmula do dolo do art. 15, I, abrange desde a premeditação ao dolo eventual, nas suas flutuantes fronteiras com a culpa consciente, a culpa com previsão.

Na aplicação da pena, porém, o juiz atenderá à intensidade da atuação da vontade e da consciência — pesquisa, sem dúvida, difícil porque nem sempre transposta abertamente do mundo interior para o mundo exterior.

A teoria da vontade (CARRARA) e a da representação (FRANK e VON LISZT), que marcaram intransigências, tendem a acôrdo. Realmente, o dolo encerra sempre a vontade e a representação. Sem o concurso de ambas, sem a representação do evento querido e sem a vontade de produzir o evento representado, não há dolo. Não se pode querer o que não se vê. A nitidez da representação e da vontade influi apenas no grau e não na existência do dolo, refletindo-se, portanto, na aplicação da pena.

O resultado pode ser querido direta ou indiretamente, determinada ou indeterminadamente e, ainda, eventualmente. Em todos os casos, seja o evento de qualquer forma previsto como certo, provável ou possível, como determinado ou indeterminado, como direto ou indireto, há dolo.

A princípio, pretendeu-se negar a gradualidade do dolo.²³⁶

Essa questão perdeu o interesse prático para nós, pois o Código alude, expressamente, à intensidade do dolo.

A intensidade do dolo deve ser procurada sobretudo, nos motivos, que influem, tanto pela qualidade, como pela quantidade.

ANGIONE, tratando da premeditação e partindo do pressuposto de que a intensidade do dolo é diretamente propor-

²³⁶ IMPALOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Turim, 1900, página 348; LANZA, *Diritto penale*, Turim, 1908, pág. 177.

cional à gravidade do móvel, concluiu que, sendo a premeditação um grau do dolo, deve ter como elemento constitutivo um móvel perverso.²³⁷

Segundo ANGIONE, se é verdade que os motivos não são essenciais à noção do dolo, não é menos verdadeiro que são sempre essenciais para determinar a sua maior ou menor intensidade.²³⁸

Os arts. 44, II, *a*, e 48, IV, *a*, do Código, prevêem, como agravante, o motivo fútil ou torpe, e, como atenuante, o motivo de relevante valor social ou moral. Nos arts. 42 e 49 os motivos comandam a pesquisa da periculosidade.

Aquelas circunstâncias agravam ou atenuam a pena, precisamente porque revelam a posição da consciência e da vontade.

O Código italiano, consagrando as mesmas circunstâncias (arts. 61 e 62, 1.º), não lhes deixa, na classificação contida no art. 70, n.º 2, outra categoria que a da intensidade do dolo. O citado dispositivo estabelece que são circunstâncias subjetivas as que concernem à intensidade do dolo e ao grau da culpa ou às condições e qualidades pessoais do culpado ou as relações entre culpado e ofendido ou ainda às que são inerentes à pessoa do culpado. Ora, o motivo não pode ser considerado condição ou qualidade pessoal ou relação entre culpado e ofendido e, muito menos, circunstância inerente à pessoa do culpado.

O Código, separando os dois índices da periculosidade — intensidade do dolo ou grau da culpa e motivos — deixou bem claro que se trata de problemas independentes. Tanto vale dizer, o juiz atenderá à intensidade do dolo ou ao grau da culpa e aos motivos, como elementos autônomos de ins-

²³⁷ FERRI, *Difese penali*, Turim, 1925, II, págs. 67, 126 e 190; GAITAN, *Criterio positivo della premeditazione*, em *Scuola Positiva*, 1928; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Barcelona, 1926, 218; VIDAL e MAGNOL, *Droit Criminel etc.*, Paris, 1917, n.º 124; SABORDE LA COSTE, *Le but de l'agent élément constitutif de l'infraction*, em *Revue Trim. de droit pénal*, 1926, pág. 125.

²³⁸ La *premeditazione*, Nápoles, 1933, pág. 90.

piração e de equilíbrio. Assim determina o art. 42. Mas, na liberdade dos caminhos que o conduzirão ao aprêço de cada um deles, não poderá desprezar, e antes preferirá, os motivos como principal esclarecimento da intensidade da vontade e da representação.

Já ROMAGNOSI dizia que os motivos concorrem com o dolo para caracterizar a parte moral do delito.²³⁹

É verdade que, pelo art. 133 do Código italiano, a intensidade do dolo influi na gravidade do crime, enquanto a natureza dos móveis serve à determinação da capacidade para delinquir. O Código brasileiro, porém, não escravizou a consciência do juiz a esquemas incompatíveis com a incindibilidade do processo psicológico.

Também em relação à agravante e à atenuante, que contemplam os motivos, como se poderia sustentar a respeito dos arts. 61 e 62 do Código italiano, o caráter dos móveis não age através da capacidade para delinquir.

Outros dados cooperarão com a qualidade dos motivos para discriminação do dolo. A quantidade não serve a tal estimativa, como quer MAZZARINO.²⁴⁰

Afirma este que, em dois homicídios por cupidez, tal móvel pode ser mais intenso num deles.

Assim, o juiz levaria em conta a gradação.

Não creio que se consiga pesar essa quantidade no mesmo processo, como se faria necessário. A Escala de suas manifestações, e não de sua existência, dependeria do sexo, da idade, da educação, da cultura, dos hábitos, do tempo, do lugar, do estado anterior ou atual, são ou mórbido.²⁴¹

Nem a auto-introspecção conseguiria a façanha de balancear as cotas afetivas.

Também a maior ou menor consciência da antijuridicidade da ação não induz à fixação da entensidade, como queria,

²³⁹ *Genesi del diritto penale*, Florença, 1844, pág. 421.

²⁴⁰ *I moventi a delinquere, nel progetto Rocco e la intensità del dolo*, in *Scuola penale umanista*, 1927, pág. 114.

²⁴¹ SEVERI, *I sentimento nel meccanismo psicologico del delitto*, Gênova, 1903.

por exemplo, CRIVELLARI, partindo do pressuposto de que a consciência de violar a lei deve sempre acompanhar a vontade, para caracterizar o dolo. Assim, êste seria graduável na proporção da consciência da antijuricidade.²⁴² A matéria diz respeito à responsabilidade, questão vencida quando o juiz passa à aplicação da pena. Por outro lado, a consciência da antijuricidade não é elemento constitutivo do dolo.²⁴³

Mencionam-se ainda os vagos e inviáveis critérios de PESSINA, que entende possível a graduação do dolo nas relações do querer com o maior ou menor dever, com a maior ou menor liberdade de eleição, ou com a reflexão que pode acompanhar ou não os atos da volição, com a maior ou menor importância da norma jurídica que se transgride, ou com a forma, mais ou menos criminosa, em que se encarna o malefício.²⁴⁴

Não se deve desprezar, para verificar a intensidade do dolo, a conduta do agente, em relação à entidade do desígnio criminoso e depois do crime.

Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. Ser a prova do dolo, é claro não se pode cogitar de sua intensidade.

A prova da intensidade do dolo acompanha a forma por que se revela a intensidade no mundo exterior.

Nemo cogitationis poenam patitur. É êsse um princípio consagrado pelo direito penal. A *nuda cogitatio* não é juridicamente apreciável.

O juiz fundamentará, pois, a sua convicção na maior ou menor intensidade do dolo em elementos exteriores.

Segundo MAGGIORE,²⁴⁵ o intervalo de tempo, mais do que a nota específica da premeditação, denota a firmeza e a tenacidade do propósito, porque, se um processo volitivo dura além do normal, é lógico que sua perfeição é superior, também, ao normal. Não será difícil perscrutar a duração do processo psicológico.

²⁴² *Il codice penale illustrato*, Turim, 1892, vol. III, pág. 287.

²⁴³ ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 2.º vol., pág. 123.

²⁴⁴ *Elementi di diritto penale*, Nápoles, 1872, vol. 1.º, pág. 162.

²⁴⁵ *Principii*, cit., II, pág. 448.

O termo inicial ostentar-se-ia com o aparecimento da causa determinante do delito, a manifestação da idéia de cometê-lo etc.²⁴⁶

Por outro lado, no desenvolvimento das ações mais complexas, a execução requer diversos meios e intercala desdobramentos secundários, que traem os avanços e as energias do desígnio e a coordenação entre os meios e o fim. Quanto mais perfeito e acabado o desígnio, tanto mais perfeito e acabado o dolo, assim longamente entretido.

Depois da indagação psicológica, a duração do tempo, que excede ou desfalca a duração média da volição, indica um ciclo evolutivo, mais longo ou mais breve e, portanto, a maior ou menor intensidade da participação, no processo da vontade e da consciência.

No dolo, os autores, ora encontraram quatro graus: de paixão cega, de improviso, deliberado, premeditado (CARRARA e, recentemente, com variantes, ALTAVILLA); ora três: de ímpeto, normal e premeditado;²⁴⁷ ora dois: de ímpeto e de propósito (BUCELLATTI, MEYER-ALLFELD, MAGGIORE, FEUERBACH).

CARRARA, agrupando o dolo de paixão cega e o dolo de improviso no dolo de ímpeto, e o dolo deliberado e o premeditado no dolo deliberado, reduziu a dois os seus graus: de ímpeto e deliberado.²⁴⁸

PAOLI²⁴⁹ e, antes, BRUSA²⁵⁰ e CRIVELLARI²⁵¹ adotaram a graduação, simpática a ALTAVILLA, que concebe o dolo premeditado, o dolo preordenado, o dolo resultante de decisão de

²⁴⁶ A doutrina e a jurisprudência elaborada em torno da agravante da premeditação, prevista nos Códigos de 1830 (§ 8.º do art. 26) e de 1890 (art. 39, § 2.º), serão úteis nesse sentido.

²⁴⁷ Vide ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, Paris, 1875, pág. 168. Primitivamente, o dolo foi assim graduado: *Summus, medius, infimus*.

²⁴⁸ *Opusculi di diritto criminale*, Luca, 1870, vol. 1.º, pág. 292.

²⁴⁹ *Principi di diritto penale*, Bolonha, 1929, 3.º vol., pág. 144.

²⁵⁰ *Dottrina generale del reato*, Turim, 1884, pág. 86.

²⁵¹ Ob. cit., pág. 287.

improviso seguida de imediata execução e o dolo improvisado executado num ímpeto emotivo ou passional.²⁵²

ORTOLAN mostrou, no entanto, que os graus do dolo são infinitos. Por isso deveria caber ao juiz a apreciação das *nuances* e de sua influência penal.²⁵³

Não tem mais razão de ser essas graduações artificiais, pois a intensidade do dolo não mais se apura pela maior ou menor frieza de ânimo, como queriam CARMIGNANI e CARRARA.²⁵⁴

30. No número anterior, estudamos alguns aspectos da graduação da culpa.

A culpa revela, ou um defeito na associação das idéias, quando a representação do ato não se liga à do dano que se pode produzir (imprevidência ou imprudência), ou um defeito de atenção, quando a consciência não tem a extensão normal do número de representações capazes de superar, no mesmo tempo, o limiar e ocupar o campo da consciência, ou ainda um defeito da vontade, quando falha o impulso ordinário para prestar, no caso concreto, o grau de atenção devida (negligência), ou, enfim, falta de conhecimentos, juridicamente obrigatórios, para o exercício de uma arte ou profissão (imperícia).

MAGGIORE entende que, tanto nos delitos dolosos, como nos culposos, a vontade está sempre presente, com maior ou menor intensidade.²⁵⁵

A ação é sempre voluntária e consciente (veja-se o art. 42 do Código italiano, que julgou necessário enunciar um princípio incontestável e baseado na realidade).

É a direção da vontade que distingue a culpa do dolo.

No crime doloso, a vontade delibera ou aceita a produção do evento (art. 15, 1).

²⁵² *Lineamenti di diritto criminale*, Nápoles, 1932, pág. 202.

²⁵³ Ob. cit., pág. 163.

²⁵⁴ Sobre o dolo em geral, ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 2.º vol., pág. 231.

²⁵⁵ Ob. cit., vol. 1.º, págs. 233-234.

No crime culposos, a vontade, que não atua sem um fim, dirige-se a evento diverso do punido pela lei.

CARNELUTTI proclama que a vontade no crime é elemento constante, do ponto de vista qualitativo, mas, do ponto de vista quantitativo, oscila entre um máximo e um mínimo.²⁵⁶

Contudo, varia, a nosso ver, horizontalmente, *sub specie qualitatis* e não *sub specie quantitatis*.

SCIALOJA bem demonstrou que a diferença entre o dolo e a culpa não é de quantidade, mas de qualidade, de essência conceitual. Somente no dolo existe elemento intencional.²⁵⁷

Os partidários da suposta *distinção* quantitativa teriam de confundir dolo e culpa para a estimativa da intensidade ou da graduação, representando-as na mesma escala.

A questão, aliás, não tem interesse prático, pois, em espécie, o dolo não convive com a culpa, que é sempre excepcional (art. 15, parág. único). Mesmo no caso do art. 54, a aplicação da regra do concurso formal dissipa qualquer dúvida.

Conceitual e historicamente, a culpa obedeceu a um sentido unitário, mas, encarada sob o ponto de vista técnico, distingue-se ela, hoje, em graus, de acordo com a participação da consciência, segundo os processos de crítica e determinação.

Para determinar o grau da culpa não se podem estabelecer, *a priori*, regras gerais.

A distinção dos civilistas (*culpa lata*, *culpa leve* e *culpa levíssima*) pode fornecer um critério prático.²⁵⁸

O brocardo *culpa lata dolo aequiparatur* serviria de roteiro nos casos mais graves.

A medida em que se afasta da fronteira do dolo, a culpa pode ser presumida, sem previsão, com previsão ou consciente. A culpa lata ou concreta confina com o dolo eventual.

²⁵⁶ Ob. cit., pág. 801.

²⁵⁷ *Negozi giuridici*, Roma, 1933, pág. 345. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Pádua, 1930, pág. 85.

²⁵⁸ SALTELLI e DI FALCO, ob. cit., vol. I, parte I, pág. 421.

O Código não erigiu em agravante a previsão do evento, como fez o Código italiano e queria o anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO.

O homem, habitual e exageradamente prudente e refletido, depois de muito meditar, pode incidir no erro de julgar infundada a previsão do evento e, involuntariamente, com culpa consciente, realizá-lo. Mas, a culpa, então, não será mais grave do que a de quem, conduzindo um automóvel, em excessiva velocidade, investe contra uma multidão e faz vítimas entre os que não tiveram tempo de correr.

Sabe-se que o grau da culpa corresponde ao grau de probabilidade do evento; a espécie baseia-se na previsão ou não-previsão.

Em matéria penal, é inadmissível compensação de culpa; todavia, o juiz não pode deixar de considerar a coincidência de causas culposas para avaliar o grau da culpa do réu.

31. No sistema do Código, os motivos determinantes do crime constituem um dos fatores decisivos do julgamento (arts. 42, 44, II, *a*, 46, § 2.º, 48, IV, *a*, 57, II e 77).

No concurso de circunstâncias do crime, é mesmo o primeiro elemento de preponderância. Vimos o seu valor na aferição da intensidade do dolo.²⁵⁹

O fim, na concepção positivista do dolo, equivaleria, psicologicamente, aos motivos determinantes, como critério fundamental da maior ou menor periculosidade.

Motivo é a razão psicológica, a representação subjetiva que impele o agente ao crime, definindo-o sob os aspectos moral, social e jurídico.

A índole do motivo resume e exprime a significação do delito, do ponto de vista do dano e do perigo social, explicando-o e contribuindo para desvendar a personalidade e, portanto, estabelecer a temibilidade.

²⁵⁹ Uma grande voz estranhou a existência, na Itália, de professores universitários que consideravam os motivos estranhos à noção do dolo (IMPALLOMENTI).

Segundo o Código, a qualidade dos motivos não influi na responsabilidade do agente nem no elemento subjetivo do crime,²⁶⁰ mas tão-somente, na pena e na classificação. Os motivos não excluem o crime ou a pena, mas, embora o atenuem ou agravem, intervêm na opção em caso de cominação alternada.

Eles precedem e determinam a vontade, identificando-se, quase sempre, com o fim.

Além de fato intelectual, constituem fato sentimental.

DORADO MONTEIRO sustentou que mesmo os loucos agem motivadamente.²⁶¹

Para ALFREDO DE MARSICO, o motivo é o periscópio do crime. Assim como, sob as ondas, onde nada se pode distinguir, o piloto do submarino consegue, através duma pequena lente flutuante, observar tudo o que se passa na superfície, somente através da lente do motivo da complexa, confusa e, muitas vezes, tenebrosa trama do fato, pode, pelo menos em grande parte, observar-se tudo o que se agitou no espírito do agente: sentimentos e idéias, impulsos e fins, previsões e vontade. O motivo é o crime em embrião; o crime é o organismo ao qual o embrião dá vida.²⁶²

A penalidade é a matéria-prima; os motivos constituem a mão-de-obra, precisando o quilate moral e jurídico de todo ato humano. São o selo da periculosidade.

FERRI, no trabalho de mocidade *La teoria della imputabilità* (1879), teve a intuição dessa realidade, que depois empregou a doutrina e a justiça penal.

²⁶⁰ Para RANIERI, os graus de culpabilidade são reconhecidos através dos motivos determinantes (*Colpevolezza e personalità del reo*, Turim, pág. 75).

²⁶¹ *La antrop. crim. en Italia*, Madri, 1890, pág. 32.

²⁶² *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Nápoles, pág. 20.

BENTHAM entrevira a importância dos motivos na *culpabilidade*, sendo que ROMAGNOSI, LISZT, CONTI, BONNANO, THOMSEN, FRIEDRICK prosseguiram, mais nitidamente, nessa orientação.

MANZINI a considera utópica, sustentando que a avaliação dos móveis não tem qualquer influência sobre a essência do dolo, referindo-se à violação da norma e não ao grau de íntima moralidade do agente. O pior dos delinquentes poderia cometer ocasionalmente um crime inspirado em motivos não-imorais, e um indivíduo sem periculosidade, acidentalmente, delinquir por motivo imoralíssimo.

É bem diversa a periculosidade, se o crime provém de motivo moral ou imoral, social ou anti-social e, em muitos casos, jurídico e antijurídico.

Aliás, o Código alude sempre a motivos, como a reconhecer a concorrência, no mesmo crime, dos mais diferentes e remotos influxos.

É rara a unicidade do motivo. Em regra, operam vários motivos em contraste.

Esse fenômeno de ambivalência é comum. GUERRA JUNQUEIRO tinha ódio ao rei por *amor* à pátria. Trata-se de situação psicológica complexa.²⁶³

FIORETTI falou nos motivos inconscientes, que empolgam todo o mecanismo da psicologia profunda.

A força agravante ou atenuante dos motivos repousa em sua maior ou menor desconformidade com as normas de conduta social. Os critérios para determiná-la estão na: 1.º, baixeza do móvel; 2.º, desproporção entre o móvel, o fim e a lesão do direito; 3.º, maior resistibilidade; 4.º, espontaneidade; 5.º, periculosidade.²⁶⁴

²⁶³ Citação no fim deste número.

²⁶⁴ CUCURULLO, *I Moventi a Delinquere*, 3.ª ed., Nápoles, 1930, página 251.

Quanto mais um crime se harmoniza com a personalidade de seu autor, tanto maior a periculosidade. Por isso, deve considerar-se o fenômeno psicológico em sua realidade, procurando a natureza dos motivos, seu caráter moral, sua constância.

Indaga-se na natureza dos motivos pela origem, isto é, pelo caráter, pela conduta habitual do culpado, pelas condições de sua vida individual, familiar e social.

A indagação dos motivos aplica-se, também, aos crimes culposos. O excesso de velocidade, para fins recreativos ou esportivos, não pode ser equiparado ao mesmo abuso para prestar socorro. O Estado é o primeiro a dar exemplo nesse sentido, suspendendo o trânsito para acudir a um acidentado.

FLORIAN considera impossível classificar os móveis;²⁶⁵ a interpretação de cada motivo varia no tempo e no espaço, de acordo com a moral e o direito dominantes. Mesmo o ponto de vista e a condição do intérprete podem alterar a avaliação da qualidade social ou anti-social; moral ou imoral; jurídica ou antijurídica do motivo. O juiz há de situar-se, intransigentemente, no plano da defesa social, resistindo ao influxo das concepções egoísticas ou unilaterais, para surpreender, profunda e totalmente, a boa ou má essência dos motivos.

O exemplo de FERRI é significativo: a esmola a uma mendiga pode ser um ato de filantropia, de ostentação ou de corrupção.²⁶⁶

VON LISZT distinguia oito motivos ou propriedades psicológicas: 1.º) quando falta, total ou parcialmente, a consciência e a ação lesa bens jurídicos alheios (negligência, temeridade, inconsciência); 2.º) quando a inclinação, a simpatia, o afeto, o amor, a compaixão etc., induzem a cometer

²⁶⁵ *Trattato*, cit., 1.º vol., pág. 333.

²⁶⁶ Ver sobre os motivos a síntese das classificações de ROMAGNOSI, BENTHAM, PECORARO, STOOS, ANDREOTTI, GARÇON e remissões legislativas em FERRI, *Princípios*, cit., pág. 311.

crime no interesse alheio; 3.º) os casos opostos, isto é, a ação foi determinada pela defesa egoística de si mesmo, executada em momento de perigo, com a ofensa a outrem; 4.º) os crimes que têm raízes na sexualidade, não somente os verdadeiros delitos contra os costumes, como o estupro, o adultério, o incesto etc., mas, também, os crimes de espécies diversas cometidos para destruir os obstáculos opostos à conjunção sexual, como o homicídio do marido, o rapto etc.; 5.º) os delitos passionais; 6.º) o desejo de glória, a ambição, a vaidade, a inveja; 7.º) a fé, que pode chegar ao fanatismo, nas próprias convicções: a) jurídicas, morais, científicas, artísticas; b) religiosas; c) políticas, nacionais, sociais, anti-sociais (anárquicas); 8.º) a sede de ganho, a cupidez, a avariza, nos delitos contra o patrimônio, como no homicídio cometido com o fim de obter vantagem patrimonial (herança, seguro) ou de evitar dano patrimonial (a manutenção de parentes doentes).

Destaca-se o delito profissional, que tem técnica e organização peculiares.

Como características psicológicas militam a grande sede de gozo e a aversão à conduta regular e, em espécie, ao trabalho regular.²⁸⁷

A escola positiva assim orienta a doutrina: 1.º) a indagação sobre a qualidade moral, social, jurídica e, às vezes, também, política, dos motivos psicológicos do delito deve ser feita obrigatoriamente, se bem que nem sempre para o mesmo efeito; 2.º) a índole do móvel pode ascender a elemento constitutivo de peculiares figuras delituosas; nos demais casos, contribui, como elemento fundamental, para determinar ou medir a periculosidade do delinquente; 3.º) a qualidade do motivo atua, com predominante eficácia, quanto à opção do meio defensivo em relação aos diversos delinquentes, isto é, opera como critério ulterior para a escolha e a individualização da pena e dos institutos afins; 4.º) quando exclui qualquer traço de periculosidade, o motivo pode, se ou-

²⁸⁷ *Apud* FLORIAN, *Trattado*, cit., 1.º vol., págs. 573 e 574.

tros coeficientes não se opõem, dispensar provimento defensivo. 268-269-269-a

STOOS tentou a classificação dos motivos no projeto preliminar do Código Penal suíço, mas, nos projetos sucessivos, foi desprezado o plano.

268 FLORIAN, *Trattato*, cit., 1.º vol., págs. 570 e 571.

269 Leia-se: FIORETTI, *I motivi coscienti dell'azione come criterio assoluto della imputabilità*, em *Arch. psich. e antrop. crim.*, 1886, pág. 234; FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione*, Turim, 1893; FLORIAN, *I motivi determinanti e la legittima difesa*, em *Scuola Positiva*, IV, pág. 150; FLORIAN, *La funzione dei motivi proprii dell'esecutore nella responsabilità dell'istigatore*, em *Scuola Positiva*, V, página 54; FLORIAN, *La statistica dei motivi determinanti al reato*, em *Scuola Positiva*, V, pág. 107; FLORIAN, *I motivi psicologic del reato considerati nella legislazione penale comparata*, em *Archivi giuridici*, vol. LVII; RIGAUD, *De l'influence du motif en matière criminelle*, Paris, 1898; CAPOFERRO, *Dei motivi determinanti e il reato*, Messina, 1907; DURANDO, *Il movente del reato*, *Riv. Pen.*, janeiro, 1923; ANDREOTTI, *Dottrina e classificaz. dei moventi a delinquere*, *Scuola Positiva*, dezembro, 1923; GATTI, *I moventi a delinquere nella storia delle legislazioni*, *Diritto antico*, Turim, 1924, 1931; COCULULLO, *I moventi a delinquere*, Roma, 1927; GATTI, *I moventi del reato nella scienza del diritto penale*, Ferrara, 1927; GATTI, *Note sulla psicogenesi del reato*, Ferrara, 1927; GATTI, *Per una rassegna storica dei moventi*, em *Rivista penale*, vol. LIV, 1928; PEDRO VERGARA, *Dos motivos determinantes no Direito Penal*, Rio, 1937.

269-a "Age sob intensa emoção com dolo de ímpeto e por motivo social e nobre quem acaba de receber a notícia do defloramento da irmã, quando a vítima e outra pessoa o obrigam a abrir um portão "a fim de passarem" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 20-3-44).

"Os motivos são, sem dúvida, monstruosos. Para os possuidores de cultura e educação e de bons sentimentos e que estão aptos a melhor julgarem dos preceitos de higiene e medicina, não há per-
"dão. Há, porém, que serenamente meditar sobre a ignorância do
"agente. Trata-se de um rústico, de um analfabeto, indivíduo igual
"a milhares que vivem por instinto, animalmente, uma existência
"primitiva, ao léu das circunstâncias e da sua miséria orgânica e
"intelectual. O menino foi vítima, em última análise, do abandono,
"das precárias condições de assistência em que definha a popula-
"ção rural do país, esquecida e vegetativa" (Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 5-6-42).

32. Pelo Código, as circunstâncias e as conseqüências do crime influem na pena (art. 42).

As circunstâncias, e não as conseqüências, pesam tanto na fórmula negativa (art. 57, II) como na fórmula positiva (art. 77) da periculosidade. Quer dizer, na aplicação da pena, são atendidos tanto o valor causal como o valor sintomático do crime, mas, no prognóstico da periculosidade, somente se considera o valor sintomático. *Si duo faciunt idem, non est idem*.

Os fatos, que constituem o crime, também condicionam a caracterização da identidade de natureza, para integrar a reincidência específica (§ 2.º do art. 46).

GRISPIGNI considera o crime como elemento primário da periculosidade criminal, sustentando o seu valor sintomático.²⁷⁰

Não tem fundamento a acatada opinião, pois a materialidade é, e não pode deixar de ser, elemento secundário como *sintoma* (o Código dirige-se à etiologia) de uma personalidade estudada, diretamente, na sua mais remota e mais profunda formação e em tôdas as suas manifestações. Elemento primário é a própria personalidade que o crime — fotografia instantânea — e, em regra, extraída, com acentuação e exaltação da emotividade, tanto na parte do observador, como da parte do operador, não pode refletir como as poses permanentes e totais da vida. Cogita-se de *caracterizar* o sistema coerente de hábitos da vontade, a síntese das suas

²⁷⁰ Ob. cit. Os alemães vulgarizaram a noção de que o crime é o sintoma legal do caráter anti-social.

“Motivos de ordem psicológica influem na fixação da pena, mas de modo algum autorizam a absolvição. A retórica filantrópica não quadra com a necessidade de aplicação da Justiça penal” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 12-9-44).

“Atenua-se a pena se, além dos antecedentes e da personalidade, foi o ciúme que levou o réu, apaixonado, a agredir a namorada encontrada na companhia de outra pessoa” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 3-8-44).

resistências, a maneira de receber as impressões e reagir a estas.

O juiz não se orientará, decisivamente, pelo minuto da consumação que, às vezes, soluciona a continuidade de uma vida inteira de virtude e trabalho. O momento da consumação é essencial para a pesquisa da responsabilidade e da culpabilidade. A aplicação da pena supõe resolvidos tais problemas.

O fato, já contemplado na cominação, na medida de sua gravidade, somente interessa, e complementarmente, como mais um dado sobre o delinqüente. Do contrário, restaurar-se-ia disfarçadamente, a legenda clássica para ver crimes, e não criminosos, ou, como quer SALDAÑA, homens. Voltaríamos à entidade carrareana, traduzindo o crime em algarismos penais. É o criminoso que revela o crime e não o crime que revela o criminoso.

O Código refere-se, portanto, às circunstâncias e consequências associadas aos sinais de identificação da personalidade: repugnância à idéia, ao ato e seus efeitos, audácia, habilidade, perversidade, insensibilidade etc.

É o que resulta dos próprios fundamentos do Código, intransigente no seu programa de individualização da pena.²⁷¹

O conhecimento de um homem não se pode basear num pequeno número de atos e, muito menos, num único ato, dependendo do conjunto de suas condições e de sua atividade. É o que há de coordenado, de harmônico, de perseverante na conduta que marca a individualidade. O conjunto tem sempre mais realidade do que as partes. Portanto, o crime é, em última análise, um dos momentos da conduta, que o art. 42 manda abranger integralmente antes, (durante e depois da prática da infração.

A tese de que, no delito, está todo o delinqüente de que o crime é a revelação sumária e tumultuante, mas solene e verídica da personalidade, abrangendo o caráter, a inteli-

²⁷¹ "O crime em si mesmo, na sua materialidade, passa, aqui, para o segundo plano" (*Exposição de motivos, Revista Forense*, vol. 85, 1941, pág. 452).

gência, o senso moral, o *pathos* (DE SANCTIS), de que, “talvez, “o crime possa revelar, verdadeiramente, na sua síntese, tôda “a individualidade psíquica do autor, bastando, por si só, “para fazer conhecer o temperamento, e, também, o caráter” (GRISPIGNI) — nada tem a ver com a indicação do art. 42.²⁷²

Um delinqüente perigoso pode cometer um crime culposo ou uma contravenção, e a reiteração desta é, muitas vêzes, o dispêndio, a varejo, de um grande *stock* de improbidade.^{272-a}

²⁷² ALTAVILLA, reproduzindo e combatendo tal pensamento, mostra que a função do criminalista é indagar até onde o crime exprime uma personalidade, desenvolvendo a graduação do orgânico ao ocasional (*Lineamenti di diritto penale*, Nápoles, 1931, pág. 235).

^{272-a} Elementos que devem influir na fixação da pena:

“Os motivos se avaliam em relação ao delinqüente e no momento do crime. Trata-se de indivíduo de baixo povo, analfabeto, sem convívio social disciplinado. O estado de alcoolizado, embora *culposamente*, é preciso encará-lo de certo modo no exágere de provocadas “representações e portanto como um *fato*.”

“Em suma, o dolo de impeto foi que presidiu à ação criminosa.

“Se ao réu não se lhe conhece antecedentes judiciais, se o crime foi um episódio, resultante de improviso, se o motivo se relaciona com a média de moralidade social, a feição criminal com o “cunho repressivo que importa, apresenta o aspecto de hipótese “franca de readaptação” (Tribunal de Apelação de Pernambuco, 28-7-42).

“A gravidade das lesões em crime culposo entra na ponderação Distrito Federal, 31-7-44).

“É de considerar sem intensidade o grau de culpa na receptação, “dos elementos do art. 42” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do “desde que não se verifica pudesse o acusado prever, ao dar fácil “crédito, o acontecimento lesivo, de modo a se lhe atribuir culpa com “previsão” (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 25-11-42).

“A menoridade do requerente, ao tempo do crime, e a ausência “de antecedentes propriamente criminais desautorizam maior quantidade da pena. Dois anos de reclusão por furto qualificado, inferior a Cr\$ 1.000,00, é escarmento suficiente, tratando-se de réu “que, na data do crime, ainda não atingiu a sua plenitude psíquica” (Câmaras Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29-11-42).

“Entre os elementos influentes na fixação da pena, inclui-se o local em que o crime é praticado” (unânime, 1.ª Câmara, Tribunal

**Crítério
especial
na fixa-
ção da
multa**

Art. 43. Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

Parág. único. A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considera que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

DIREITO ANTERIOR — Art. 58 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código suíço*: “1. Salvo disposição expressa e contrária do presente Código, o máximo da multa será de vinte mil francos. Se o delinqüente agiu por cupidez, o juiz não estará adstrito a êsse máximo. 2. O juiz fixará o montante da multa segundo a situação do condenado, de maneira que a pena a ser sofrida pelo mesmo constitua pena correspondente à sua culpabilidade. Para apreciar a situação do condenado, o juiz terá em conta notadamente os elementos seguintes: renda e capital, estado civil e encargos de família, profissão e ganho profissional, idade e estado de saúde. 3. A multa extingue-se pela morte do condenado” (artigo 48). *Código italiano*: “A pena de multa consiste no pagamento ao Estado de uma soma não-inferior a cinquenta liras, nem superior a cinquenta mil liras. Para os delitos determinados por motivos de lucro, se a lei estabelece somente a pena de reclusão, o juiz pode acrescentar a multa de cinquenta liras a vinte mil liras. Quando, pelas condições econômicas do réu, a multa estabelecida pela lei possa presumir-se ineficaz, embora aplicada no máximo, o juiz tem a faculdade de aumentá-la até o triplo” (art. 24). *Código peruano*: “Quando a lei não disponha especialmente outra coisa, a pena de multa não será inferior à renda provável do condenado, em dois dias, nem maior que a de três meses. Considerar-se-á como renda o que o condenado obtiver, cada dia, de bens, emprêgo, indústria ou trabalho. Quando o condenado sem bens, emprêgo ou indústria, não ganhe também salário, considerar-se-á como renda o salário nor-

de Justiça do Distrito Federal, 6-10-47, *Revista Forense*, vol. 116, página 238).

“Um dos elementos da individualização da pena se constitui das “consequências do crime. Se êste não teve consequências, a pena “deve ser reduzida” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 8-9-49, *Revista Forense*, vol. 131, pág. 546).

mal" (art. 20). *Código argentino*: "A multa obrigará o réu a pagar a quantidade de dinheiro que determinar a sentença, tendo em conta, além das causas gerais do art. 40, a situação econômica do condenado" (art. 21). *Código polonês*: "Fixando a multa, o tribunal tem em conta a situação material do condenado" (art. 56).

COMENTARIO

SUMÁRIO: 33. Situação econômica do réu. 34. Sua pesquisa e reconhecimento. 35. Problemas principais.

33. Como pena atípica, a multa exige critérios especiais de aplicação. São estes os constantes do art. 43, que não exclui a norma geral do art. 42, nem as circunstâncias discriminadas nos arts. 44 a 48, todas dominadas por uma consideração principal — a situação econômica do réu.

Aliás, o juiz também atende a essa situação, incluída no conjunto da personalidade, a respeito das penas privativas de liberdade. O Código argentino manda, mesmo, atender, especialmente, em todos os casos, à "miséria, ou dificuldade para o sustento próprio necessário e o dos "seus (art. 41, 2.º).

Não é possível, porém, atingir o ideal da igualdade, tanto em relação à multa, como a qualquer outra pena, todas mais ou menos sentidas, segundo as condições individuais.

A multa não constituiria uma pena se deixasse de atingir o patrimônio, ao qual se dirige, exclusivamente. Não teria razão de ser a sua presença no Código, como sanção inoperante e decorativa. Para ser efetivamente uma pena, a multa há de manter proporcionalidade com o patrimônio do réu, o que, ao mesmo tempo, atende a razões de eficácia e de equidade.²⁷³

Todos sabem a história do romano NERÁCIO, que passeava pelas ruas de Roma acompanhado de um escravo encarregado de pagar a taxa legal pelas bofetadas que se divertia em vibrar nos transeuntes. Durante a guerra peninsular, um ofi-

²⁷³ Sem proporcionalidade, constituiria taxa de impunidade e incentivo ao crime. Mas, o Código, de qualquer forma, somente comina a multa alternativa ou cumulativamente.

cial do exército inglês costumava penetrar a cavalo numa feira de Coimbra, quebrando com o chicote os objetos de barro em exposição e ganhando a impunidade pela indenização.

O antigo direito e os práticos formularam preceitos para adaptar a multa às condições do delinquente.²⁷⁴

A proporcionalidade entre a fortuna do réu e a pena pecuniária — condição de sua eficácia para os positivistas — conquistou os próprios clássicos. STOPATTO concordou em que “as penas patrimoniais se disciplinassem em relação mais estreita com a índole do crime e as condições econômicas do delinquente”.²⁷⁵

SALTELLI e DI FALCO aplaudiram o legislador italiano, porque não subordinou a concretização da pena pecuniária à situação econômica do réu, sob o fundamento de que a multa tem, sobretudo, função de prevenção geral e de intimidação. Por isso, deveria corresponder à gravidade do fato (esta é prevista no art. 42 e na cominação do Código brasileiro) e não, subjetivamente, à situação pessoal do condenado.

Reincidem aquêles comentadores em caturrices clássicas, quando o próprio Código italiano as repudiou. Eles mesmos exaltam o monumento de Rocco, porque estabelecendo um mínimo bastante baixo e um máximo bastante alto, permite atender à entidade do crime e... *ao estado econômico do réu...*²⁷⁶

Há mais. O Código italiano, proporcionando elevar o máximo, quando este parecer ineficaz, até o triplo, atende, textualmente, às condições econômicas do réu (art. 24, II).

²⁷⁴ Veja-se a isenção dos pobres: *potest remitti ex causa pauperatis*. Segundo FARINÁCIO, o juiz podia diminuir a importância da multa, e até perdôá-la: *judex mulctam vel minuere, vel etiam remittere valet*. As multas não deviam ser excessivas: *mulcta immoderata et excessiva, ipso jure nulla est*. A pena pecuniária não era infamante: *non mulcta sed causa, infamiam irrogat*. Leia-se CHAUVÉAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, I, Paris, 1872, pág. 202.

²⁷⁵ *La Scuola Giuridica*, Roma, s. d., pág. 54.

²⁷⁶ *Commento*, cit., vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 183.

Por outro lado, nos arts. 502 e 503, referentes aos delitos contra a economia pública, comina aos patrões multa não-inferior a 10.000 libras e, aos operários, multa até 1.000 libras. No Código brasileiro, a multa é adaptada na Parte Especial à gravidade do delito e, na aplicação, à condição econômica, como queria FERRI:

“Esta fórmula pode não ter precisão técnica, mas corresponde, sem dúvida, à realidade dos fatos sociais”.²⁷⁷

Na prática, são grandes, mas vencíveis, as dificuldades, não só para conhecer, como para contemplar, a situação econômica do réu. O processo do dia-multa (*dagsbot*), do projeto sueco,²⁷⁸ de THYRÉN, é muito enaltecido. Trata-se de uma unidade artificial, de uma cota a ser fixada pelo juiz, atendendo àquela situação.

A pena concretizada corresponderia a um certo múltiplo de cota, de 1 a 200. Assim, para dois réus de diversas cotas, embora o múltiplo seja igual, o montante da pena resultaria diverso, segundo a condição econômica de cada um.²⁷⁹

SÁ PEREIRA, adotando, no seu projeto, a solução de THYRÉN, exaltou a sua “simplicidade *elementar*, porque, “realmente, não exige do juiz senão duas operações *elementares* de aritmética — *dividir e multiplicar*, coisas que êle “aprendeu, não na academia, mas na escola primária. Tem o “juiz diante de si certo indivíduo ao qual vai aplicar a multa; “vê qual é a sua renda líquida, por mês, ou por ano, e divide “a soma encontrada por 30 ou 365 dias e o quociente será o “dia-multa. Aí temos a unidade artificial de que necessita-

²⁷⁷ *Exposição de motivos*, cit.

²⁷⁸ “*Lorsqu’une amende sera prononcée, le juge fixera une somme d’argent qui sera regardée, pour ce condamné, comme l’unité d’amende (jour-amende), fixée en considération du patrimoine, du revenu net, du devoir d’alimentation du condamné ainsi que des autres circonstances modifiant ses pouvoirs économiques. L’amende sera prononcée par multiples de ces unités, jusqu’au depuis une cents, selon la gravité de l’infraction*” (art. 20).

²⁷⁹ THYRÉN, *Remarques sur l’avant-projet de Code Pénal Suédois*, Lund, 1916, págs. 4 e segs.

“mos para fixar a multa. Tomamos então em linha de conta a gravidade objetiva da infração e, para medi-la, estabelecemos uma escala de 1 a 200. Essa gravidade o juiz a estimou, digamos, em cinco, e para o dia-multa ele achou a cifra Cr\$ 20,00; que lhe resta fazer? Multiplicar um número pelo outro e terá — 100. Fixará então a multa em “Cr\$ 100,00”.²⁸⁰

THYRÉN partiu da possibilidade de precisar, em todos os processos, cujo número cresce sempre pela generalização do emprego da multa, os rendimentos líquidos do réu. Mas, entre o arbítrio de uma taxa imaginária e a completa devassa, aliás inexecutável, na vida do réu, para esmiuçar recibos de fornecedores, há o meio-térmo, de que cogita o Código, para a fundada na avaliação por alto, e em termos gerais, da situação *econômica*, e não *financeira* e, muito menos, *orçamentária* do réu.

Aliás, raro é o indivíduo que ainda não fez, sobretudo em instituição de previdência social, ou para efeitos fiscais, a sua declaração de rendimento e de família.

Nem seria praticável uma individualização absoluta, dentro da cominação.

Pela fórmula de THYRÉN, o juiz usurpa as funções do contador e, o que é pior, na angústia da exatidão, viola intimidades defesas ao fisco e à polícia política.

Em essência, ela corresponde à solução do Código de 1830 (art. 54), reproduzido no de 1890 (art. 58). Sabe-se que a impossibilidade de verificação direta da diária de rendimento *bruto* importou a delegação do júízo ao arbítrio dos peritos que, *pró-fórmula*, iludiam a dificuldade à distância e sumariíssimamente.

O sistema do *dia-multa*, acolhido no projeto nazista (*tagesbusse*), é, mesmo, considerado brasileiro. Além de

²⁸⁰ Projeto de Código Penal Brasileiro — Exposição de motivos, Rio, 1930, pág. 98.

RANH e WACHTEL, atribuiu-lhe essa filiação SALDAÑA, que o apresentou com a designação de *dieta penal*.²⁸¹

34. Como apurar, praticamente, as condições econômicas do réu?

Vimos, no número anterior, que o Código alude à situação *econômica* e não à situação *financeira* e, muito menos, à situação orçamentária do réu.

Leiam-se os esclarecimentos, a respeito, no n.º 19.

A pesquisa deve obedecer aos estritos limites da necessidade de convicção do juiz, da importância decisiva da indagação, do aparelhamento e da presteza da máquina oficial.

O juiz dispõe, como vimos, de toda liberdade para dirigir-se a autoridades administrativas, empregadores, sindicatos, associações profissionais etc., requisitando as informações indispensáveis. Pelos dados da qualificação (profissão, resistência, estado civil), pela observação do réu, pelas referências das testemunhas e outros elementos pode o magistrado formular, desde logo, o seu fundamentado juízo sobre a situação econômica do acusado.

Os dados constantes dos arquivos da Diretoria do Imposto de Renda podem ser utilizados com extrema cautela.²⁸²

Há quem combata tomar esse imposto como ponto de partida para regular a multa (ASCHROTT).

NINO LEVI aconselha a consideração, não só do patrimônio, e dos rendimentos, mas, também, do estado, do número e das condições econômicas das pessoas a cargo do condenado.²⁸³ O Código suíço refere-se à renda e ao capital, ao esta-

²⁸¹ Ob. cit., pág. 211. Ver SÁ PEREIRA, *Exposição de motivos*, cit., pág. 98.

²⁸² O art. 160 do Regulamento do Imposto de Renda prescreve: "Nenhuma informação poderá ser dada sobre os rendimentos constantes das declarações, sem que fique registrada, em processo regular, que se trata de requisição feita por magistrado no interesse da Justiça".

²⁸³ *Il Codice Penale* etc., cit., Milão, s. d., pág. 153.

do civil, aos encargos de família, à profissão, ao ganho profissional, à idade e ao estado de saúde (art. 48).

Não há dúvida de que se deve ter em conta a situação econômica do réu, no momento do julgamento.²⁸⁴ Se aquela sofre modificação, num ou noutro sentido, depois do crime, a eficácia, por um lado, e a equidade da pena, por outro, exigem o deslocamento no tempo da indagação.

O Congresso Penitenciário de Budapeste (1905) pronunciou-se favoravelmente à determinação do montante da fortuna do acusado, durante o processo, e à proporção entre esta e a multa.

O projeto alemão de 1930 baseia a aplicação da pena de multa nas forças econômicas do réu (art. 67).

Alguns Códigos (italiano, suíço, polonês, iugoslavo, peruano) e projetos (alemão, francês, tcheco-eslovaco, SÁ PEREIRA, Comissão Legislativa, ALCÂNTARA MACHADO) mandam aplicar a pena de multa, mesmo estranha à cominação, se o crime resulta de cobiça, avareza, ganância, cupidez (ver n.º 6).

Seria concessão, ao arrepio do sistema adotado, à indeterminação absoluta da pena e, além de tudo, desnecessária. Os motivos são considerados em função do art. 42 e, se caracterizam a torpeza, do art. 44, II, *a*.

Atribui-se a ROMAGNOLI sugestão dessa particularização da pena de multa.

35. O parág. único do art. 43, que abre uma exceção ao limite máximo da cominação, não constitui uma circunstância agravante especial, como em relação a idêntico dispositivo do Código italiano pretende MANZINI.

O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, como o Código italiano, deslocara a matéria do parág. único do art. 43 para a disciplina da multa, quando diz respeito à aplicação da pena.

²⁸⁴ *Idem*.

Provendo a eficácia da pena pecuniária, o juiz está adstrito ao limite do art. 55, o qual, *em caso algum*, admite multa superior a Cr\$ 100.000,00.^{285-285-a}

As penas pecuniárias, em caso de concurso de crimes, são aplicadas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concernentes (art. 52), inclusive em relação aos arts. 53 e 54, quando obtido, também, o resultado pretendido. Apesar da posição do art. 52, situado antes dos dispositivos sobre erro na execução, impõe-se a sua aplicação, desde que, obtido o resultado pretendido, o réu fica sujeito ao mesmo tratamento previsto para o concurso formal.

Participando, indefectivelmente, de cominação alternativa, a exequibilidade da multa pode ser considerada por ocasião da sentença.

Se o réu, por exemplo, sofreu prisão provisória ou preventiva (art. 34) — que não é computável para os efeitos originários da multa, como no Código italiano (art. 137), o juiz poderá impor a pena privativa de liberdade, que comporta o cômputo do encarceramento anterior em virtude do mesmo processo.

É claro que não desvirtuará a finalidade da lei, optando pela pena privativa de liberdade, em face da insolvência absoluta, a qual, aliás, pode vir a sofrer modificação (art. 39).

Basta considerar que, mesmo convertida a multa, por culpa do sentenciado e nunca pelo simples fato de não poder pagá-la, a conseqüente detenção não excede o tempo mínimo da pena privativa de liberdade constante da alternância.²⁸⁶

O juiz deve advertir-se, na fixação da multa, do disposto no parág. único do art. 36, o qual somente permite o pagamento parcelado de importância superior a Cr\$ 500,00.

²⁸⁵ Ver a *Exposição de motivos* de Rocco, no mesmo sentido.

^{285-a} "O aumento previsto pelo art. 43, parág. único, do Código Penal, só se justifica quando se possa presumir que, sem ele, a pena "é ineficaz" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 30-10-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 58).

²⁸⁶ Pelo projeto suíço de 1908, o juiz não pode impor multa que o condenado não esteja em condições de pagar (art. 36, alínea 1).

Vimos que não há solidariedade no pagamento da multa.
Não há solidariedade *in debendo*, nem *in executivis*.

Circunstâncias agravantes

Art. 44. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

- I, a reincidência;*
- II, ter o agente cometido o crime:*
 - a) por motivo fútil ou torpe;*
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;*
 - c) depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo;*
 - d) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;*
 - e) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;*
 - f) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;*
 - g) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;*
 - h) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;*
 - i) contra criança, velho ou enfêrmo;*
 - j) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;*

k) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido.

DIREITO ANTERIOR — Arts. 39 e 41 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — Código italiano: "Agravam o crime, quando não são elementos constitutivos do mesmo ou circunstâncias agravantes especiais, as seguintes circunstâncias: 1.º ter agido por motivos abjetos ou fúteis; 2.º ter cometido o crime para executar ou ocultar outro ou para conseguir ou assegurar, para si ou para outrem, o produto ou o proveito ou o preço ou ainda a impunidade de outro crime; 3.º ter agido, nos delitos culposos, não obstante a previsão do evento; 4.º ter empregado sevícias ou ter agido com crueldade para com as pessoas; 5.º ter aproveitado circunstâncias de tempo, de lugar ou de pessoa, de forma a dificultar a defesa pública ou privada; 6.º ter o culpado cometido o crime durante o tempo em que se subtraiu voluntariamente ao cumprimento de um mandato ou de uma ordem de prisão ou de captura ou de encarceramento, expedido em consequência de crime precedente; 7.º ter, nos delitos contra o patrimônio, ou que, de qualquer forma, ofendam ao patrimônio, ou ainda nos delitos determinados por motivos de lucro, ocasionado à pessoa ofendida pelo crime dano patrimonial de relevante gravidade; 8.º ter agravado ou tentado agravar as consequências do delito cometido; 9.º ter praticado o fato com abuso de poderes, ou violação de deveres inerentes à função pública ou a serviço público ou ainda na qualidade de ministro de um culto; 10) ter praticado o fato contra oficial público ou pessoa encarregada de serviço público, ou investida da qualidade de ministro do culto católico ou de culto admitido pelo Estado, ou ainda contra agente diplomático ou consular de Estado estrangeiro, no ato ou em consequência do desempenho das funções ou do serviço; 11) ter praticado o fato com abuso de autoridade ou de relações domésticas ou ainda com abuso de relações de profissão, de prestação de serviço, de coabitação ou de hospitalidade" (art. 61). *Código uruguaio*: "agravam o delito, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes especiais do mesmo, as circunstâncias seguintes: 1.º (aleivosia) — Entende-se que existe aleivosia quando a vítima se acha em condições inadequadas, qualquer que seja a sua natureza, para prevenir o ataque ou defender-se da agressão. 2.º (móvel de interesse) — Cometê-lo mediante preço, recompensa ou promessa remuneratória. 3.º (causa de estrago) — Executar o delito por meio

de inundação, incêndio, veneno, explosão, encalhe de navios ou avarias causadas de propósito, descarrilamento de trem, ou outro artifício que possa ocasionar grandes estragos ou causar dano a outras pessoas. 4.º (causação de males desnecessários) — Aumentar deliberadamente o mal do delito, causando outros males desnecessários para sua execução. 5.º (premeditação e engano) — Agir com premeditação conhecida ou empregar astúcia, fraude ou disfarce. 6.º (abuso de força) — Abusar da superioridade de sexo, de forças ou de armas, de modo que o ofendido não possa defender-se com probabilidade de repelir a ofensa. 7.º (abuso de confiança) — Cometer o delito com o abuso de confiança. 8.º (caráter público do agente) — Prevaler-se do caráter público que tenha o culpado. 9.º (móvel de ignomínia) — Empregar meios ou fazer com que concorram circunstâncias que acrescentem a ignomínia aos efeitos próprios do fato. 10. (diminuição de defesa) — Cometer o delito por ocasião de incêndio, naufrágio, sedição, tumulto ou comoção popular ou outra calamidade ou desgraça. 11. (subtração às consequências naturais ou legais do delito) — Executá-lo com auxílio de gente armada ou de pessoas que assegurem ou proporcionem a impunidade. 12. (facilidades de ordem natural) — Executá-lo à noite ou em lugar êrmo. 13. (menosprezo da autoridade) — Executá-lo com desprezo ou com ofensa à autoridade pública ou em lugar em que se ache exercendo suas funções. 14. (abuso de autoridade, de relações domésticas etc.) — Ter cometido o fato com abuso de autoridade, ou de relações domésticas ou de coabitação, ou com violação de deveres inerentes a estado, cargo, ofício ou profissão. 15. (das coisas públicas ou expostas à fé pública) — Ter praticado o fato sobre coisas existentes em estabelecimentos públicos ou que se se acharem sob sequestro, ou expostas por necessidade ou pelo costume à fé pública, ou destinadas ao serviço público, ou de utilidade, defesa ou reverência pública" (art. 47). *Código espanhol*: "1.º Executar o fato com aleivosia. Há aleivosia, quando o culpado comete qualquer dos delitos contra a vida e a integridade das pessoas, empregando meios, modos ou formas na execução que tendam, direta e especialmente, a assegurá-la sem risco para sua pessoa, procedentes da defesa que puder fazer o ofendido. 2.º Cometer o delito, mediante preço, recompensa ou promessa. 3.º Executá-lo, por meio de inundação, incêndio, veneno, explosão, encalhe de navio ou avaria causada de propósito, descarrilamento de locomotiva ou do uso de outro artifício, que ocasione grandes danos. 4.º Aumentar deliberadamente o mal do delito, causando outros males desnecessários à sua execução. 5.º Agir com premeditação conhecida. 6.º Empregar astúcia, fraude ou disfarce. 7.º Abusar de superioridade ou empregar meio que debilite a defesa. 8.º Agir com abuso de confiança.

9.º Prevaler-se do caráter público que tenha o culpado. 10. Cometer o delito por ocasião de incêndio, naufrágio ou outra calamidade ou desgraça. 11. Executá-lo, com auxílio de gente armada ou de pessoas que assegurem ou proporcionem a impunidade. 12. Executá-lo à noite, em lugar êrmo ou em quadrilha. Há quadrilha, quando concorrem para um roubo mais de três malfetores armados. 13. Ter sido o culpado castigado anteriormente por delito a que a lei comine igual ou maior pena, ou por dois ou mais a que aquela comine pena menor. 14. Ser reincidente. Há reincidência quando, ao ser julgado um culpado por um delito, estiver definitivamente condenado por outro compreendido no mesmo título dêste Código. 15. Executar o fato com ofensa ou desprezo do respeito que mereça o ofendido pela dignidade, idade ou sexo, ou em sua moradia, quando não haja provocação" (art. 10); o art. 11 prevê ainda estas circunstâncias: 1) ser o ofendido cônjuge, ascendente, descendente, irmão legítimo, natural, adotivo ou afim do ofensor nos mesmos graus; 2) realizar o delito, por meio de imprensa, litografia, fotografia ou outro meio que facilite a publicidade. *Código cubano*; "Art. 39. São circunstâncias agravantes pessoais: a) A reincidência. Há reincidência quando o agente foi definitivamente condenado por outro delito da mesma espécie; b) A reiteração. Há reiteração quando o agente foi definitivamente condenado por dois ou mais delitos de diferente espécie do cometido. Em ambos os casos os tribunais da República levarão em conta as sentenças proferidas pelos tribunais estrangeiros, de acôrdo com o disposto nos convênios e tratados internacionais assinados por Cuba; c) Delinqüir, durante o cumprimento de sanção imposta por delito anterior, ou durante o período de suspensão da mesma; d) Cometer o delito mediante preço, dádiva, recompensa, oferecimento ou promessa; e) O abuso de autoridade ou de confiança pública, ou abuso de faculdades inerentes ao cargo que desempenhe o agente; f) O parentesco até quarto grau civil de consangüinidade, nos delitos contra as pessoas; g) A amizade íntima ou o afeto íntimo entre o ofensor e ofendido; h) A embriaguez alcoólica, habitual ou preordenada; i) A ingestão, absorção ou injeção de substâncias heróicas, estimulantes, estupefacientes ou excitantes, habitual ou preordenada. Art. 40. São circunstâncias agravantes de maior periculosidade: a) A habitualidade genérica ou específica. Há habitualidade genérica quando o agente foi definitivamente condenado quatro ou mais vêzes por delitos de espécie diferente. Há habitualidade específica quando o agente foi definitivamente condenado três ou mais vêzes por delitos compreendidos dentro do mesmo título; b) A vadiagem e o desordeirismo; c) A dedicação habitual aos jogos de azar ou ao tráfico conhecido por tráfico de brancas; d) A filiação do agente a sociedades ilícitas; e) A prá-

tica de cultos, ritos ou crenças em que se faça o sacrifício humano ou de animais, atos de feitiçaria, magia negra ou qualquer outra superstição contrária à moral ou à ordem social; f) Os móveis vis; g) Os motivos fúteis; h) O impulso de perversidade brutal. Art. 41. São circunstâncias agravantes provenientes do fato: a) a aleivosia. Há aleivosia: 1) Quando o agente cometa qualquer dos delitos contra a vida ou a integridade corporal, utilizando meios, modos ou formas na execução que tenham direta e especialmente a assegurar-las sem risco para a pessoa do ofensor que proceda da defesa que pudera empregar o ofendido; 2) Quando a vítima do delito, nos atentados contra a vida ou a integridade corporal, seja ancião de mais de 60 anos, ou mulher em estado de gestação ou menor de 16 anos, ou inválido ou indivíduo notoriamente enfermo e em geral todo aquele que, por suas condições pessoais ou pelas circunstâncias em que se encontra, não seja capaz de defender-se adequadamente; b) Executar o fato, empregando automóveis, navios ou aeronaves ou qualquer outro meio análogo de efetividade suficiente para assegurar a rápida fuga do agente; c) Executar o fato, empregando astúcia, fraude, disfarce ou qualquer outro engano suficiente para facilitar a execução do delito ou ocultar a identidade do agente; d) Aumentar deliberadamente ou de propósito o mal do delito, causando outros males desnecessários à sua execução; e) Agir com premeditação conhecida. Há premeditação conhecida quando, pelos atos externos do agente, se demonstre que a idéia do delito surgiu em sua mente com anterioridade suficiente ao fato realizado para organizá-lo, deliberá-lo ou planejá-lo e que no tempo que medeou entre o propósito e sua realização se preparou esta, prevendo dificuldades que podiam surgir e persistindo-se na execução; f) Executar o delito em lugar onde a autoridade pública esteja exercendo suas funções ou na moradia da vítima, se não há provocação, da autoridade no primeiro caso, ou da vítima no segundo; g) A escalada. Há escalada quando se entra ou se sai do lugar em que se comete o delito por um caminho não-destinado a esse fim; h) Executar o fato com gazua, chave falsa ou verdadeira subtraída ou com o emprêgo de qualquer outro meio análogo, adequado para vencer a resistência que ofereçam os meios de proteção ou garantia empregados pela vítima; i) Executar o fato por meio de explosivos, gases prejudiciais, incêndio, veneno, narcótico ou por qualquer outro meio idôneo para ocasionar danos de caráter geral; j) Aproveitar, para a execução do delito, o momento em que tem lugar ciclone, terremoto, inundaçào, naufrágio, incêndio, descarrilamento de trens, acidente automobilístico, explosão ou qualquer outro dano ou calamidade pública; k) Executar o fato contra objetos de utilidade coletiva ou expostos à confiança pública em museus, bibliotecas, teatros, parques ou lugares de diversão; l) Empregar, para

a prática do delito, armas proibidas pelos regulamentos. Entende-se por armas proibidas tôdas aquelas que se usem sem a correspondente licença; *m*) Prevaler-se o ofensor do respeito que inspire; *n*) Agir com desprezo da autoridade pública, da ancianidade ou da infância, do sexo, da enfermidade ou da condição de miséria orgânica ou penúria econômica da vítima; *o*) Empregar, na prática do delito, menores de 18 anos ou sujeitos de mente enfebrada ou debilitada ou indivíduos subordinados ao agente por qualquer título; *p*) Cometer o delito em quadrilha. Há quadrilha quando concorrem para a prática do delito três ou mais pessoas armadas; *q*) Ter projetado o delito ou dirigido sua execução ajustando vários delinquentes; *r*) Executar o fato, tendo previamente interrompido os meios de comunicação ou depois de ter cortado ou interrompido a luz elétrica ou o serviço de iluminação ou de elevadores, quer do lugar em que o fato se realize, quer dos outros em que o agente há de passar ou fugir; *s*) Executar o fato à noite ou em lugar êrmo, quer se eleja esta circunstância ou simplesmente se aproveite para a execução do delito; *t*) Executar o fato com o arrombamento de porta ou janela, rompimento de teto, paredes ou solo, ou arrombamento ou abertura violenta de móveis, cofres, caixas ou objetos, ou qualquer outro meio de custódia; *u*) Agir com abuso de confiança; *v*) Executar o fato por meio da imprensa, gravura, quadros expostos ao público, cinematógrafo, projeções luminosas, radiotelegrafia, telefone, radiotelefonía, televisão ou qualquer outro meio de alta difusão; *w*) Executar o fato fazendo uso do Correio, expresso ou de qualquer sistema destinado ao transporte de objetos; ou de estrada-de-ferro, navio, aeronave, ônibus ou qualquer outro meio mecânico de locomoção destinado ao transporte de pessoas; *x*) Executar o fato para preparar, facilitar, consumir ou ocultar um delito ou para impedir a descoberta de outro já realizado; *y*) Executar o fato durante a celebração de assembleia ou reunião a que concorram numerosas pessoas”.

COMENTARIO

SUMÁRIO: 36. Traços históricos. 37. Considerações gerais. 38. Diretrizes do Código e principais problemas. 39. Motivo fútil e torpe. 40. Concurso de crimes. 41. Embriaguez preordenada. 42. Impedimento ou dificuldade da defesa. 43. Meios insidiosos, cruéis e de perigo extensivo. 44. Relações e abusos. 45. Idade e enfermidade. Outras agravantes.

36. O sistema das circunstâncias foi o embrião da individualização.²⁸⁷

²⁸⁷ VIDAL, ob. cit., pág. 555.

No direito romano mais antigo, a regra era a rigidez das penas.

Na época imperial, porém, os julgamentos reservados ao príncipe e ao Senado, *secundum leges*, não excluíam o poder de *mitigare leges et intendere*. O *ordo judiciorum publicorum* foi, pouco a pouco, substituído pela *extraordinaria cognitio*, proveniente de delegação imperial, e, assim, surgiu o costume de agravar ou atenuar as penas, segundo o tempo, o lugar, a pessoa do criminoso e da vítima.

Fixou-se o princípio, depois desenvolvido pelo direito canônico, em virtude do qual os delitos "*consideranda sunt... causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu*".

Deve-se, principalmente, a SANTO TOMÁS DE AQUINO a fórmula "*quis, quid, quibus, auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod*". É conhecida, também a afirmação de ALEXANDRE III: "*in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti sed aetas, scientia, et seus atque conditio delinquentis sunt attendenda; et non solum praedicta, sed secundum locum et tempus, quo delictum committitur, unicuique paenitentia debet indici, quim... idem excessus magis sit in uno quam in alio puniendus*".

Nas instruções para os confessores encontram-se em germe os elencos adotados até a nossa época.

Do direito canônico é a distinção entre circunstâncias agravantes (*augentes liberum arbitrium et peccatum*) e atenuantes (*minuentes peccatum*). Entre as últimas avultavam a confissão e a restituição. "*Circumstantiae sunt accidentalium humanarum actuum*" (SANTO TOMÁS).

Os criminalistas práticos procuraram quebrar a rigidez das provas legais, atribuindo a circunstâncias gerais relativas ao modo, lugar, pessoa etc., função agravante ou atenuante (FARINÁCIO, MENOCHIVS e, sobretudo, TIRAQUELLUS, que enumerou 44 atenuantes; FRANCESCO MARADEI arrolou 41 atenuantes). ²⁸⁸

²⁸⁸ O chamado fenômeno circunstancial teve entrada regular no direito positivo, no século XVI, com o Código Teresiano (arts. 11 e

Antes do período humanitário do Direito Penal, o arbítrio judicial, a serviço do absolutismo, não comportava limitações. O excesso oposto, na proteção do indivíduo contra os abusos do juiz, foi consagrado pelo Código francês de 1791, cuja estrita legalidade se manifesta pelas normas fixas. Os Códigos, de tipo alemão, como o de José II, mantiveram-se fiéis à tradição anterior. Mesmo na França, o Código de 1810 estabeleceu variações da pena, entre um máximo e um mínimo. A lei de 1832 temperou a excessiva severidade do Código napoleônico, tornando possível a avaliação de certas condições de fato e de certos pormenores de culpabilidade não-previstos.

Entendia o legislador que estas não deviam ser desprezadas na apreciação moral da ação para que a pena fôsse justa e correspondesse à imoralidade do crime.

Na Itália, o projeto de 1876 ensaiou o casuísmo repellido pelo Código de 1889 e, mais ou menos, restaurado pelo de 1930.

No Brasil, os Códigos de 1830²⁸⁹ e 1890 filiaram-se à discriminação das circunstâncias. O de 1940 condescendeu, equilibradamente, com o arbítrio judicial — postulado elementar da nova criminologia.

37. Chegou-se a falar em filosofia penal, em metafísica especial das circunstâncias. A sua filosofia penal estaria em

²⁸⁹ É interessante notar que, pelo Código de 1830, influiu na agravção ou atenuação do crime a sensibilidade do ofendido (artigo 19).

12). Os italianos citam os *Estatutos de Luca* (1539) e de Trieste (1550) e o Código de São Marinho (1865). Mas, desde 1830, o Código brasileiro arrolara circunstâncias na Parte Geral. O Código de 1870 na Espanha, mencionado por FERRI (*Princípios*, cit., pág. 299), imitou o brasileiro de 1830, como já fizera o de 1848 (ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 1.º, pág. 399). Equivocou-se FERRI, quando indicou o nosso Código de 1830 como imitador do espanhol de 1870 e quando arrolou o de São Marinho como precedente. O da Áustria (1787), sim, com mais timidez, antecedeu o nosso.

germe nas diversidades de classe, de espécie dentro da mesma classe, de fato dentro da mesma espécie, em função da pessoa, tempo, lugar etc.²⁹⁰

A etimologia da palavra *circunstância* gerou a metafísica especial. Tratando-se, a princípio, de circunstâncias do crime, estas guardaram relação com o conceito do crime, pressuposto racional e abstrato.

Dai a suposta necessidade de procurar, no crime, ente de fato, o material penalmente apreciável. O juízo de valor, na sua função lógica, dependeria dos preceitos penais.

E os filósofos, os metafísicos voltaram à planície da lei. Depois, vieram os *enocomistas* e os *guerreiros*.

ROMAGNOSI transferia ao juiz a tarefa. As circunstâncias objetivas, de que fêz depender a pena justa, não seriam, nem poderiam ser, taxativamente especificadas. Tratar-se-ia de “circunstâncias imperiosas da natureza, do tempo ou mesmo da fortuna” — que exorbitam o critério de relatividade indispensável aos limites de qualquer construção teórica. “A economia penal” — escreveu — “pode ser comparada a uma guerra defensiva da autoridade pública contra os delinquentes, na qual convém conhecer toda a natureza da ofensa, como a da defesa”. E acrescentou: “O meio para escolher, a sanção adequada reside só no critério do impulso, que, de fato, constitui a verdadeira norma para estabelecer a espécie e o grau da pena”.²⁹¹

Mas ROMAGNOSI não deu a conhecer as energias flutuantes do impulso criminal, certamente suscetível, nos casos práticos, de aumento ou diminuição.

Chegaram os *políticos*.

²⁹⁰ FARANDA, *Il titolo del reato*, Catânia, 1885, págs. 15 e 17; FARANDA caracteriza a existência lógica das circunstâncias objetivas como a materialidade extrínseca, que foge das condições pessoais e constitui realidade concreta, tornando mais fácil a consumação do malefício (pág. 43). Ver GIGNA, *Le Circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Nápoles, 1916, pág. 9.

²⁹¹ *Genesis del diritto penale*, Milão, 1837, vide §§ 468, 1.241, 1.247, 1.446, 1.447, 1.452, 1.458, 1.533 e 1.552.

TOMASO NATALE falou de circunstâncias *políticas*, segundo as quais oscila a própria lei.²⁹² Sustentou que a *proporção penal* de D'ALEMBERT e MONTESQUIEU não podia ser adotada em tese, pois as penas deviam guardar proporção com a pessoa, o tempo, o dano, a obstinação do delinqüente. Mas, os enciclopedistas, no seu protesto político e social e não-jurídico, contra os privilégios de castas, não excluíam, antes admitiam, a penalidade específica, segundo os acidentes do crime.

FILANGIERI e BENTHAM encaravam o problema do ponto de vista jurídico, descendo aos pormenores técnicos. FILANGIERI considerava circunstâncias do crime aquelas que, sem lhe alterar a qualidade e a espécie, o tornam mais ou menos grave, mais ou menos punível. Quer dizer, as circunstâncias não têm valor próprio.²⁹³

CARRARA enunciou duas séries de causas modificadoras: *extrínsecas* ou políticas (causas propriamente extintas ou minorativas), subdivididas em indetermináveis (direito de graça) e determináveis (a remissão, a confissão do réu, a prescrição da pena), e *intrínsecas* ou jurídicas, que podem nascer, ou da accidentalidade individual ou da accidentalidade legislativa. Na accidentalidade individual seriam causas minorativas o estado senil, o sexo, a loucura sobrevinda, a enfermidade, o cárcere preventivo, o concurso de penas e a pobreza do delinqüente; seriam causa de aumento, não as circunstâncias que agravam o título do crime, mas somente a reincidência. Na accidentalidade legislativa compreender-se-iam as modificações da lei derivadas do progresso humani-

²⁹² *Dell'efficacia e necessità delle pene*, Palermo, 1895.

²⁹³ *Scienza della legislazione*, Dierley, 1853, I, III, cap. 38, página 224. BENTHAM, tratando da classificação dos crimes e da descrição das causas que o aumentam ou diminuem, distinguiu as circunstâncias de atenuação (ausência de má-fé, conservação própria, provocação, conservação de pessoa afeiçoada, excesso de defesa, submissão a ameaça, tolerância a autoridade, embriaguez e infância) e de justificação (consentimento, repulsa a um mal mais grave, prática médica, defesa própria, poder político e poder doméstico) (*Trattato*, Nápoles, 1849, vol. II, cap. VII, pág. 191).

tário, e não do progresso do direito, porque este seria absoluto e imutável.²⁹⁴

Os que mais trataram da matéria, não o fizeram sistematicamente, como GIULIANI, CARMIGNANI, ROESI, CIVOLI, BERNER, CHAUVEAU ET HÉLIE, IMPALLOMENI, HARRIS, MAJNO, PESSINA, MANZINI, LUCCHINI, ANGIOLINI, ALTAVILLA, LONGHI, ALIMENA, ROCCO, sendo que este repetindo ALIMENA,²⁹⁵ FERRINI, TUOZZI.

PESSINA, p. ex., proclamou que as circunstâncias, sejam as previstas na legislação, sejam as de criação do juiz, não podem ser enumeradas pela doutrina da penalidade, nem reduzidas as regras gerais de agravação ou de atenuação, para todos os crimes.²⁹⁶

LISZT repeliu a denominação de *modificativos da pena*, que serviu de título ao livro de ALIMENA,²⁹⁷ pela razão de que é o legislador e não o juiz que agrava ou diminui a pena.²⁹⁸

Se no crime há um homem que se move, não se pode, fisicamente, mas apenas logicamente, cindir o homem do movimento para fixar a chamada estrutura qualitativa do crime. Separaram-se, assim, idealmente, a parte subjetiva e a parte objetiva, considerando, isoladamente, o modo de ser do homem e o modo de ser do movimento.

CARNELUTTI, estabelecendo mais um esquema lógico, a este filia, em última análise, o profundo e fecundo contraste entre as duas concepções políticas do direito penal — uma tendendo a fazer prevalecer, no tratamento jurídico do crime, o peso dos elementos objetivos; outra reconhecendo a preponderância dos elementos subjetivos.²⁹⁹

²⁹⁴ *Programma, parte generale*, vol. II, págs. 495 e 745, ed. 1897.

²⁹⁵ ALIMENA, *Principii*, Pierro, 1910, vol. 1.º, pág. 651, e vol. 2.º, pág. 302; ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*, Turim, 1913, págs. 507 e 508.

²⁹⁶ *Elementi*, Nápoles, 1891, vol. 1, pág. 285.

²⁹⁷ *Il limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Turim, 1894.

²⁹⁸ *Traité*, trad. de GARÇON, Paris, 1915, pág. X. Há a tradução brasileira de JOSÉ HIGINO, não-revista por VON LISZT.

²⁹⁹ *Teoria Generale del Reato*, Pádua, 1933, pág. 71.

Partindo dessa dissociação, CARNELUTTI considera o homem e o seu movimento sob vários aspectos, em particular, o homem, sob o aspecto de sua qualidade ou de sua posição, e o movimento sob o aspecto do interesse que o estimula, da vontade que o determina, da ação em que se manifesta ou do evento que daí deriva, tudo correspondendo aos *elementos do crime*. O crime seria um poliedro, e os seus elementos faces e não partes.

Os pressupostos do crime, isto é, o que deve existir *antes* do crime, seriam partes do poliedro, lógica e fisicamente separáveis. Os elementos representariam modos de ser dos pressupostos. O estudo daqueles compreenderia em si, também, a observação dos pressupostos.

Confessa, no entanto, o professor de Pádua que a noção dos pressupostos do crime e de sua distinção dos elementos constitui um ponto obscuro. DELITALA já o demonstrara, quando tratou do *fato* na teoria geral do crime.

Além dos pressupostos e dos elementos essenciais do crime (elementos constitutivos ou impeditivos), CARNELUTTI situa os elementos *modificadores*, que outros chamam *acidentais*, "*elementi influiscono non tanto sul se quanto sul come del reato*",³⁰⁰ pois de sua presença não depende a existência, mas a gravidade. Tais elementos *modificariam* as consequências jurídicas dos outros elementos. São os *requisitos agravantes e atenuantes*, segundo operam o exarcebamento ou a atenuação dos efeitos penais. Mas, ainda distingue entre os elementos modificadores em sentido lato (agravantes e atenuantes) e elementos modificadores típicos ou em sentido estrito, quando alteram o *nomen* do crime.

Examinemos, em nossos dias, através de um de seus autorizados enunciadores, a doutrina mais vulgarizada, por um fenômeno de repetição mais instintiva do que intelectual.

MANZINI, depois de distinguir os pressupostos do crime e do fato e as condições de punibilidade de um e outro, fixa os elementos constitutivos do crime (elementos materiais e

³⁰⁰ Ob. cit., pág. 85.

elementos psíquicos), que poderiam ser essenciais ou eventuais; os últimos, embora dispensáveis à noção de um crime, concorreriam para integrá-la. Para o tratadista italiano, circunstâncias, em sentido próprio, são somente as que deixam subsistir o crime no seu título próprio, o que não acontece com as causas excludentes da capacidade de direito penal, da imputabilidade ou da responsabilidade (pena).

E isso porque as circunstâncias seriam elementos de caráter secundário e extraordinário (pessoais, materiais ou psíquicos) estranhos aos elementos constitutivos, de caráter principal e ordinário.

Para MANZINI, as circunstâncias são intrínsecas, se se referem à execução e à consumação do fato incriminado, caracterizando-o como mais grave ou mais leve e, portanto, anteriores ao momento consumativo ou à cessação da permanência; e extrínsecas, se agravam ou diminuem a responsabilidade por causa sem nexos com a execução ou com a consumação e consistentes em relação, fatos ou eventos sucessivos ao esgotamento do crime ou, de outro modo, a êsse estranhos (arrependimento ativo, reincidência etc.). Seriam circunstâncias do crime tanto as que importam aumento ou diminuição da pena estabelecida para o crime, quanto as que implicam pena de espécie diversa, ou de medida determinada de modo independente.

Tôda circunstância pressupõe, necessariamente, o fato que constitui o crime simples, em todos os seus elementos. A falta de elemento constitutivo não pode ser suprida pela subsistência de circunstância agravante. Nenhuma circunstância atenuante se pode aplicar a fato carecedor de elemento requerido para caracterizá-la como um determinado crime. Se a lei, em certo caso, declarasse não-necessário um elemento constitutivo essencial, tratar-se-ia de circunstância imprópria, que modificaria o título do crime. Nenhuma circunstância pode mais modificar o título do crime, que resulta da objetividade da incriminação, dos eventuais pressupostos e condições de punibilidade, dos elementos constitutivos e da sanção particular do crime.

O título difere do *nomen iuris* constante das rubricas, e que, se bem excluído da noção do crime, tem notável relêvo exegético.

Mas, como reconhece, as circunstâncias exercem os seus efeitos por vontade da lei, independentemente de relação com o psiquismo do agente.³⁰¹

Se uma circunstância produzisse o efeito de modificar o título do crime, assumiria, evidentemente, o caráter de elemento constitutivo e perderia o de circunstância.³⁰²

A doutrina condenou o problema às sutilezas inconseqüentes e às abstrações impraticáveis.

Vimos o próprio MANZINI confessar, em parte, que pressupostos, condições, elementos, circunstâncias etc., etc., desempenham êste ou aquêlo papel, por fôrça da lei, independentemente de qualquer outra consideração estranha ao preceito.

A função das circunstâncias está ligada, em última análise, ao elemento *político* da delinqüência (FLORIAN).

E, por isso, o próprio MANZINI, em 1908, considerava impossível qualquer teorização de tantas tentativas que, antes de substituir a confusão pela clareza, tornam aquela maior.³⁰³

38. Não há mais cabimento, entre nós, para a distinção entre crime simples e crime circunstanciado.³⁰⁴ Grande foi o seu prestígio, sob a vigência dos Códigos de 1830 e 1890, com o apêlo ao delito em si, na sua quantidade, prévia, rígida e abstratamente estimada. As circunstâncias, também estritamente definidas e taxativamente enumeradas, tinham influência imutável e automática na concretização da pena, distanciando-se das realidades humanas e sociais refletidas, de modo diverso, em cada infração. Todo crime é circunstancia-

³⁰¹ *Trattato*, cit., 1.º vol., págs. 320 e segs. Vejam-se os subsídios históricos à pág. 528.

³⁰² MANZINI, ob. cit., págs. 288 e 518.

³⁰³ *Trattato*, cit., vol. II, pág. 29.

³⁰⁴ Em face do art. 42, todos os crimes são circunstanciados.

do, guardando a marca da personalidade de seu autor, apreciada complexamente, através de qualquer manifestação.³⁰⁵

Em relação às circunstâncias, que acompanhariam o crime, avultam dois sistemas: 1.º) o de confiar ao poder discricionário do juiz a tarefa de identificá-las, fornecendo a lei, para tanto, alguns critérios diretivos; 2.º) o de estabelecer, taxativamente, uma série de circunstâncias, em regra as mais comuns.

Ainda é o mais vulgarizado o segundo sistema. É impossível, porém, elenco completo e, ainda que possível, nem tôdas as circunstâncias seriam, realmente, comuns a todos os crimes.³⁰⁶

O Código configurou os dois sistemas, fornecendo ao juiz, no art. 42, os roteiros fundamentais — *antecedentes e personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime*, e discriminando, nos arts. 44 e 48, as circunstâncias que *sempre* (no art. 45 a lei não repetiu o advérbio) atenuam ou agravam a pena. A lista dessas circunstâncias encerra a sua riqueza, não em casuismo difuso e arbitrário, mas em fórmulas harmônicas e flexíveis, aptas a abranger, na sua sistemática, os principais índices de maior ou menor periculosidade. O elenco legal não pode, certamente, compreender a vida, na sua complexa, múltipla, imprevista capacidade de criar e transformar sempre as realidades naturais, humanas, sociais, embora proporcione ao juiz modelos que, orientando a inter-

³⁰⁵ “Ao prever as circunstâncias agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, o projeto apresenta um cunho nitidamente “subjetivista. O crime em si mesmo, na sua materialidade, passa, “aqui, para o segundo plano. O que importa, principalmente, é o “crime em função do seu autor” (*Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS, *Revista Forense*, Rio, vol. 85, 1941, pág. 452).

³⁰⁶ Códigos italiano, espanhol, urugualo, austríaco, norueguês, português, peruano e latino-americanos em geral. Sem especificação: Códigos suíço, polonês, dinamarquês, holandês.

As *eximentes* incompletas operam como atenuantes nos Códigos da Espanha e do Peru. Assim os nossos de 1830 e 1890.

pretação do art. 42, trazem a necessária elasticidade e a suficiente sensibilidade.

Servem, assim, eficazmente, para determinar a quantidade da pena e para bascar a opção da qualidade, quando há cominação alternativa.

O Código não emprega a palavra *circunstância* (de *circum stare* — estar em redor) no sentido tradicional (artigos 20, 26, 36, 42, 44, 48 etc.).³⁰⁷

O Código refere-se a circunstâncias agravantes (art. 44) e atenuantes (art. 48), constitutivas ou elementares (“quando não *constituem*... o crime”, arts. 44 e 26), e qualificativas (“quando *qualificam* o crime”, art. 44), de caráter pessoal (art. 26); “condições ou qualidades da vítima” (art. 17, § 3.º); “condição ou qualidade pessoal” (art. 45, III).

No trecho anteriormente citado, a *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS alude a circunstâncias *genéricas* (as dos arts. 44 e 48) e *especiais* (as previstas, na Parte Especial, em relação a determinado crime ou a certo grupo de crimes).

Quem quisesse considerá-las, em relação ao Código, elementos acidentais do crime, e não causas gerais de agravação ou atenuação da pena, teria de acrescentar ao sentido restrito ou próprio um sentido restritíssimo ligado à quantidade punitiva do crime.

ESMERALDINO BANDEIRA escreveu que os elementos constitutivos apresentam o delito despido, e as circunstâncias o mostram vestido...³⁰⁸

³⁰⁷ É artificial a distinção técnica entre circunstâncias próprias ou impróprias. Vimos que a técnica não se acomodou a respeito, chegando uns a considerar circunstâncias tôdas as causas que influem na pena, inclusive tentativa, imputabilidade (art. 70 do Código italiano), concurso, reincidência. Por outro lado, não há, a rigor, circunstâncias comuns, mesmo em princípio, a todos os crimes. Ainda: entre elas figuram condições e qualidade inerentes ao agente ou à vítima (art. 70 do Código italiano).

³⁰⁸ *Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro*, Rio, 1925, página 396.

A aplicar-se a imagem ao Código de 1940, teríamos de ressaltar: antes as circunstâncias eram roupas feitas, mas, agora, o crime usa roupas pelas medidas do criminoso.

No crime, não há elementos *acidentais*. Esta expressão é, mesmo, privilegiadamente, infeliz, pela confusão de conceitos que origina. Há *acidentes* na execução. Há crimes *acidentais*. Há criminosos *acidentais*. A infelicidade é ainda maior quando se contrapõem elementos *acidentais* a elementos *especiais* (constitutivos).

Entre os elementos *acidentais* incluíram-se as circunstâncias *comuns*... Faz-se o legislador prever e numerar os elementos *acidentais*, entre os quais condições e qualidades *inerentes*.

Como abranger, não uma realidade futura, porém múltiplas realidades, com as mesmas fórmulas, além de tudo ressaltadas, arbitrárias, superficiais, afinando e acorrendo a visão?

Muitas das circunstâncias enumeradas nos Códigos como elementos *acidentais* do crime não têm tal natureza jurídica, mesmo aceita a concepção nos seus precisos termos.³⁰⁹

A reincidência, como a tentativa e a responsabilidade diminuída, não é circunstância do crime no sentido técnico, mas, somente, para determinados efeitos no cômputo da pena.³¹⁰

³⁰⁹ Estes termos podem ser assim resumidos: no crime juridicamente considerado, distinguir-se-iam elementos essenciais ou principais e elementos *acidentais* ou *acessórios*; aqueles condicionariam a existência do crime e, por isso, são também chamados elementos constitutivos. Os elementos *acidentais* seriam as circunstâncias que agravam ou atenuam o crime (*sic*), influenciando sobre a sua gravidade, e não sobre a sua existência. Tais circunstâncias pressupõem um crime integrado em todos os seus elementos vitais. Os elementos essenciais imprimiriam ao crime a sua peculiar configuração, a sua qualidade, o seu título; os elementos *acidentais* reunir-se-iam aos elementos essenciais para modificar a entidade do crime.

³¹⁰ MEZGER inclui a tentativa entre as circunstâncias atenuantes, ou melhor, entre as causas que fazem diminuir a pena (ob. cit., pág. 495).

Encarando os chamados elementos acidentais (as circunstâncias), num sentido que transcende o etimológico, com a função de agravantes e atenuantes da *pena*, como fez o Código — e só para os fins da pena, em primeira e última análise, são elas previstas e enumeradas, — desaparece até o absurdo de incluir a reincidência e a idade, como elementos acidentais *do crime*.

Trata-se, pura e simplesmente, de circunstâncias de maior ou menor periculosidade *do criminoso*, e uma destas circunstâncias de maior ou menor periculosidade — e não a mais importante — é a própria conduta em causa.

Assim, não incidiu o Código no erro atribuído por PANNAIN e VANNINI ao italiano: o de haver ampliado, imprópriamente, o emprêgo de circunstâncias.³¹¹

Durante a elaboração do Código italiano, a Universidade de Pavia (relatório de BATTAGLINI) entendeu que as agravantes do projeto eram de tão larga compreensão que nenhum crime escaparia à sua influência. A Corte de Apelação de Aquila propôs a limitação do elenco às circunstâncias de caráter geral, que pudessem compreender a esfera de todos os crimes, qualquer que fôsse o seu conteúdo, evitando, porém, estendê-las àqueles que pressupõem elementos específicos e particulares repetidos na Parte Especial.³¹²

A Comissão Real de Florença (relatório SAROSSÌ) observou que o sistema italiano e, com maioria de razões, o brasileiro, concederia ao juiz enorme latitude de arbítrio, o qual conduziria a chocante contraste entre casos e fatos jurídicos substancialmente diversos, avizinhandose do princípio da

³¹¹ PANNAIN, *Gli Elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936, pág. 160.

³¹² MARCIANO, *Il Nuovo Codice Penale*, Nápoles, 1932, pág. 111. Apresentadas as circunstâncias como de maior ou menor periculosidade, que agravam ou atenuam a *pena*, a amplitude e a profundidade do seu domínio, em relação ao maior número de crimes, servem à individualização, principalmente pelo diverso papel de cada uma delas na concretização da sanção.

pena indeterminada, já que o juiz poderia, praticamente, anular o valor das agravantes e das atenuantes nos limites do máximo e do mínimo.³¹³

A censura importa elogio, pelo expresse reconhecimento de que a conquista aproxima a lei da indeterminação da pena, e, portanto, foge da dosimetria incompatível com os próprios fundamentos das sanções. A função das circunstâncias não se dilui na fixação da pena, porque o juiz é obrigado a fundamentar a sentença e, assim, a revelar e especificar a tramitação subjetiva do julgamento.

A Comissão Real de Roma (relatório PERGOLA) preferia, a secionar, fracionar e isolar simplesmente as circunstâncias para fazer de cada uma delas uma causa isolada de aumento ou diminuição, que se confiasse, pura e simplesmente, ao juiz a faculdade de aplicar a pena em concreto nos limites da lei e segundo os seus critérios diretivos. Entre nós, estes se acham no art. 42.

Mas, a perplexidade do juiz seria maior, perdendo-se no vago, no obscuro, no flutuante da doutrina.

MANZINI, lamentando a inevitável deficiência do casuismo, pleiteava um elenco sintético, incluindo as circunstâncias comuns a todos os crimes, contentando-se com a referência excessivamente simples a “motivos, meios e ocasiões”, para, a seu ver, tudo exprimir.³¹⁴

Seria preferível, pensa êle, uma indicação menos minuciosa das circunstâncias agravantes e atenuantes, estabelecendo a razão de cada caso de agravação ou de atenuação e prescindindo das modalidades dos fatos. A previsão de fatos, além de muito complicada, não poderia ser completa, uma vez que a prática apresenta casos que, envolvendo a mesma razão dos outros, escapam ao elenco. Vimos que, no Código brasileiro, o elenco não exclui o reconhecimento de outras circunstâncias.

³¹³ MARCIANO, ob. cit., pág. 111.

³¹⁴ MARCIANO, ob. cit., pág. 112.

Na comissão ministerial, encarregada de opinar sobre o projeto, quase todos, BIANCHI, SANTORO, CAVAGLIA, MARCONI, CARINCI, MANZINI, foram contra o casuismo das circunstâncias.

LONGHI dizia tremer, ao pensar nas intermináveis análises psicológicas a que obrigariam as mais leves contravenções, dividindo e perturbando acusadores, defensores, juizes, com repercussões nas instâncias superiores e desastres processuais.³¹⁵

MARONGIM acusou o legislador de remeter à jurisprudência o fardo das questões a decidir.³¹⁶

No Código brasileiro, o dinamismo das circunstâncias agravantes e atenuantes não diz respeito à responsabilidade nem mesmo ao título do crime, mas, pura e exclusivamente, à pena. Funciona como um *plus* ou um *minus* desta, no estilo carrareano.³¹⁷

Elas não modificam a quantidade do crime, nem, a rigor, excluídas as qualificativas, a da pena, como as causas de aumento ou diminuição, mas elevam ou baixam a visão do juiz diante da escala penal, manejada autônomoamente. Não se filiam as circunstâncias à imputação propriamente dita.

Em princípio, militam em função de responsabilidade objetiva.

Por outro lado, a capacidade penal é credencial adquirida por todos aos 18 anos, pois os loucos incorrem em medidas de segurança, de mínimo determinado *de acôrdo com a gravidade do crime*. Queira ou não o apêgo às fórmulas, aí repousa uma inconfundível concessão ao princípio da responsabilidade legal.

³¹⁵ *Idem*, pág. 10.

³¹⁶ *Idem*.

³¹⁷ A larga visão de TOBIAS BARRETO percebera que as circunstâncias agravantes e atenuantes denunciavam em grau superior ou inferior a criminalidade, correspondendo à necessidade prática e ao sentimento de justiça. O criminoso é uma realidade, imprimindo ao seu ato, mais ou menos, a feição de sua personalidade (ob. cit., pág. 109).

As circunstâncias não influem nos pressupostos dos crimes: a relação de causalidade física (autoria), a relação de causalidade psíquica (dolo ou culpa), a responsabilidade.

Somente podem atingir-las as causas de aumento ou diminuição da pena, sobretudo as previstas na Parte Geral. Não afetam, também, o título do crime. Estão, sempre, em função da periculosidade, que não pode ser degradada a elemento accidental do crime, cujo valor sintomático constitui uma das suas revelações, e não das mais importantes.

São elementos, sim, ou melhor, índices da periculosidade que transcende o aspecto anatômico do delito.

Por isso mesmo, o Código cogita de circunstâncias elementares (art. 26) ou constitutivas (art. 44) *do crime*, aquelas que entram em sua *definição* (arts. 1.º e 12), sem cuja perfeita coincidência com o fato não existe, mesmo, ilícito penal.³¹⁸

Da mesma forma, menciona as circunstâncias qualificativas (art. 44) *do crime*, que, também, afetam a sua definição, sendo indiferente o nome criado ou inventado para apresentá-las.

Completada a definição do crime, com a respectiva cominação, está integrada e viva a norma, em todos os requisitos de sua legitimidade jurídica e de sua eficiência social.

As circunstâncias não tocam o nome legal da infração, nem esta mesmo, nem a natureza da pena cominada, salvo a hipótese do art. 47, II.

Se mudam a definição e a cominação, então poderemos ter outro *crime*, no sentido de que se reúne a um preceito uma sanção, autônoma ou não, privativa ou não, com esta topografia ou aquela disposição material, mas — e é tudo — outro crime.

O próprio delito circunstanciado, da velha e superada concepção, existe com sua individualidade própria e sua natureza distintiva, fora mesmo da causa de agravação, que

³¹⁸ Se é elementar, se entra na constituição do crime, a circunstância não agrava, nem atenua, não aumenta, nem diminui.

eleva a taxa de penalidade, sem lesar a sua natureza intrínseca nem torná-lo infração nova.

Os doutrinadores discutirão toda a vida se há um título, *nomen iuris*, um subtítulo, uma figura menor, uma condição de maior punibilidade, uma forma qualificada,³¹⁹ um crime qualificado pelo evento.

Pois se entendem que, para isto, se converteram em ciência os métodos de defesa social contra o crime!... Fundarão escolas, escreverão livros, criarão teorias, inventarão terminologias, e até... cometerão crimes para impô-los como únicos depositários da verdade.

O pior é que, muitas vezes, a omissão de uma rubrica, a troca de uma alínea por um parágrafo, um equívoco na disposição material ou na topografia de um dispositivo, convocam o estado-maior para transformar os descuidos de um dactilógrafo ou de um compositor em alta indagação científica. Também aquele comandante da anedota mobilizou a oficialidade do navio para procurar a ilha atirada por uma mósca ao mapa de bordo.

O Código distingue as circunstâncias que agravam ou atenuam a pena das causas de aumento ou diminuição da pena.

Há atenuantes ou agravantes implícitas e facultativas (art. 42) e explícitas e obrigatórias (arts. 44 a 48). As causas de aumento ou diminuição são sempre explícitas.

As agravantes ou atenuantes, captadas pelo juiz, no art. 42 são, por assim dizer, *judiciais*, e as dos arts. 44 a 48 são *legais*.

³¹⁹ Segundo a jurisprudência francesa, o delito qualificado ou, como prefere, o delito especial, tira sua individualidade própria, sua natureza distintiva, duma causa de agravação de outro delito, causa de agravação que, em vez de constituir uma circunstância simplesmente agravante desse outro delito, opera como elemento constitutivo da infração nova — uma condição necessária de sua própria existência. A ação das circunstâncias tenderia simplesmente a modificar a qualificação positiva originária (BERNARD PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, Paris, 1926, pág. 246).

Pelo mecanismo da aplicação da pena, o qual extrai a sanção-base do exame global da realidade (arts. 42 a 48), desapareceram as circunstâncias gradativas (arts. 39 a 42 do Código de 1890). Enunciam-se, analiticamente, circunstâncias agravantes e atenuantes comuns, em princípio, a todos os crimes e especiais ou qualificativas, distintas das causas de aumento ou diminuição da pena.

Foi ductilizado, em gênero, sobretudo em função do artigo 42, o método que regula a influência exercida sobre a pena pelas circunstâncias agravantes e atenuantes, pelas causas de aumento e diminuição e pelo concurso de umas e de outras (arts. 49 e 50).

Admitida a distinção entre circunstâncias *gerais* e *especiais*, as primeiras seriam as dos arts. 44 e 48, pois as do art. 45 têm caráter especial. A do parág. único do art. 48, pela própria rubrica, é especial.

O Código apresenta a tentativa como "*crime tentado*" (art. 12). O art. 12 contém uma cominação autônoma e geral.

O Código, incluindo o elenco das circunstâncias no capítulo sobre a aplicação da pena, não incidiu na censura feita ao legislador italiano.³²⁰

O núcleo circunstancial dos arts. 44 a 48 envolve dados mais característicos, mais freqüentes e mais importantes, e sobre as condições do agente e da vítima, as modalidades da execução e a conduta posterior, como índices selecionados da maior ou menor periculosidade.

O art. 42 orienta e adverte o juiz; os arts. 44 a 48 obrigam à consideração de certos aspectos em que o legislador frisa e concentra, de acordo com a política criminal adotada, a

³²⁰ *Studi comparato*, pág. 33. PANNAIN, tratando dos chamados *elementos acidentais do crime*, assinalou no Código italiano o "injustificado desprezo pela construção teórica" (pág. 153).

Devolve-se, pois, ao legislador italiano a crítica de ALTAVILLA ao brasileiro (*Revista Forense*, Rio, novembro, 1939, pág. 264).

revelação genérica do estado perigoso.³²¹ Mas, na apreciação da prova dessas circunstâncias peremptórias, intervém a livre convicção do juiz.

Desta depende, em última análise, a identificação dos elementos, de que se constituem as circunstâncias.³²²

Na aplicação da pena, o juiz pode atribuir importância e influência diferentes à mesma circunstância — do contrário não faria individualização, — mas não lhe é lícito omitir, no processo psicológico e na formação técnica do julgamento, qualquer das situações expressamente previstas.

O papel de cada circunstância assume a fisionomia e o valor que o criminoso e o crime lhe conferem, segundo o meio e a época.³²³

Trata-se de pesquisa complexa — ampla, profunda e minuciosa, — conforme a necessidade, que nada tem de semelhante à dosimetria avara e superficial do Código de 1890. O juiz, que tinha a visão circunscrita a fórmulas abstratas e angustiosas, dilata-a irrestritamente para todos os panoramas da vida.

As circunstâncias dos arts. 44 e 47 operam *sempre*. Quer dizer, o juiz não pode deixar de considerá-las.

Não impede, no entanto, o Código que atenda a outras de sua fundamentada, mas livre criação. Ao contrário do

³²¹ IRURETA GOYENA, autor do Código uruguaio, estima a enumeração legislativa, sobretudo quando admite a interpretação extensiva; as circunstâncias registradas atuam como exemplo e um bom exemplo sugere, induz e ensina talvez melhor que a mais impecável das definições (*Revista Forense*, Rio, novembro, 1939, pág. 273).

³²² BERNARD PERREAU entende que só em relação às circunstâncias taxativas é o juiz obrigado à declaração especial de graduar a penalidade nos limites autorizados (ob. cit., pág. 246). A doutrina e a jurisprudência estabeleceram que o juiz não tem o dever de motivar a concessão das atenuantes, mas os novos métodos afastaram essa orientação.

³²³ A Corte de Cassação da Itália louvou um juiz, porque, como causa de severidade na aplicação da pena considerou as condições em que se achava o país (ver MANZINI, *Trattato* etc., Turim, 1926, 2.^a ed., pág. 12).

Código italiano, o brasileiro admite a analogia e extensão nesta matéria.³²⁴

No caso concreto, o juiz apurará se a circunstância já funciona como elemento constitutivo;³²⁵ se duas circunstâncias, uma comum e outro especial, não são, substancialmente, a mesma, com outras palavras; se uma circunstância não compreende outra; se não há incompatibilidade³²⁶ entre circunstâncias etc. O Código, por sua própria natureza, mas, sobretudo, pela orientação adotada, não podia reincidir no apriorismo das normas abstratas.

Em cada espécie, diante do criminoso e mediante as provas, a adaptação da pena resolverá quaisquer dúvidas pelos princípios gerais e pela lógica das coisas. A estes princípios e a esta lógica FLORIAN estimou especialmente, como resulta do seu *Tratado*, aqui várias vezes citado.

O Código encara tanto o aspecto sintomático, como o aspecto causal da circunstância de maior ou menor periculosidade.

De acôrdo com a orientação geral do Código, as circunstâncias são, em geral, de caráter subjetivo (ver o fim do n.º 17). Assim acontecia com o projeto SÁ PEREIRA, conforme mencionou o seu autor em *Exposição de motivos*.³²⁷

³²⁴ Improcede, portanto, a opinião do juiz ABREU E SILVA: o juiz não pode reconhecer circunstâncias não-previstas. O que ele não pode é deixar de reconhecer a prevista (*Revista Forense*, Rio, junho, 1941, pág. 528).

³²⁵ O fato agravante torna-se elemento constitutivo ou agravante especial, não só quando a lei o indica expressamente, como também quando está nêle compreendido (MANZINI, cit., 2.º, pág. 150).

³²⁶ O Código não pressupõe qualquer incompatibilidade que, só em espécie, pode ser apreciada. O Código italiano, nos seus arts. 578 e 592 (infanticídio e abandono de recém-nascido *honoris causa*), declara não-aplicáveis as agravantes do art. 61.

³²⁷ Na *Exposição de motivos* do Código italiano, afirmou Rocco que o princípio da voluntariedade se refere aos elementos constitutivos do crime, não havendo razão para estendê-lo às circunstâncias agravantes. O Código italiano, no art. 59, dispõe que, salvo disposição em contrário, as circunstâncias agravantes ou atenuantes são computadas, mesmo que desconhecidas do agente ou supostas, er-

As classificações das circunstâncias, que dependem do seu sentido amplo ou restrito, não têm efeitos práticos de *jure conditio*. Em regra, cada uma delas acompanha o modelo legislativo a que serve. Vimos a divisão de MANZINI em circunstâncias *intrínsecas* e *extrínsecas*. São conhecidas ainda as divisões em *próprias* e *impróprias*, em *comuns*, se se aplicam a todos os crimes, e *especiais*, se a determinado crime ou a um grupo de crimes.

Quanto à força: seriam *obrigatórias* e *facultativas*; quanto à eficácia: *agravantes* e *atenuantes*; quanto à natureza: *reais* ou *pessoais*, *subjetivas*, *objetivas* e *inerentes* à pessoa do agente, da vítima ou *resultantes* das suas relações.³²⁸

Nem todas as condições e qualidades pessoais podem ser tecnicamente consideradas circunstâncias do crime, mas qualificações jurídicas subjetivas. De qualquer forma, são incommunicáveis (art. 26) ou, como dizia TOBIAS, intransferíveis, intransmissíveis.

Segundo TOBIAS BARRETO, a divisão das circunstâncias em *objetivas* e *subjetivas* não é de tal natureza que umas e outras se excluam reciprocamente; não é uma questão de exclusivo domínio, mas de simples preponderância do elemento subjetivo ou objetivo.³²⁹

³²⁸ Na *Exposição de motivos* do Código italiano, salientou Rocco que, se o princípio da voluntariedade fosse sempre teoricamente aplicável em matéria de circunstâncias agravantes, sua derrogação seria suficientemente justificada pelas exigências de uma repressão eficaz.

³²⁹ *Estudos de Direito*, 1.º, ed. do Estado de Sergipe, 1926, página 111. Em regra, as agravantes operam a título de responsabilidade objetiva, embora, em relação a algumas delas, o elemento psicológico conserve valor (MANZINI, ob. cit., 1933, 1.º, pág. 596, com referência, em nota, à *Exposição de motivos* de Rocco).

rôneamente, inexistentes. Mas, se o agente supõe, por erro, a sua existência, as circunstâncias não são computadas. O Código suíço, no entanto, somente as considera se o autor conhecia ou devia conhecer as circunstâncias (art. 15, § 1.º). MAGGIORE opina: "o dolo é também inerente às circunstâncias. Quem mata voluntariamente um homem, ignorando que seja seu pai, responderá por homicídio e não por parricídio" (ob. cit., pág. 237).

O Código italiano, *para os efeitos da lei penal*, considera: circunstâncias objetivas as que concernem à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a todas as outras modalidades da ação, à gravidade do dano ou do perigo, bem como às condições e às qualidades pessoais do ofendido; circunstâncias subjetivas, as que se relacionam com a intensidade do dolo ou ao grau da culpa, às condições e às qualidades pessoais do culpado ou às relações entre o culpado e o ofendido, bem como as inerentes à pessoa do culpado. As circunstâncias inerentes à pessoa do culpado referem-se à imputabilidade e à reincidência.

A necessidade de convencionar uma classificação no próprio texto da lei indica a inconseqüência da doutrina, à qual pertence a construção teórica.

Aquela sistematização autêntica, que dispensa a exegese, resultou da necessidade prática de suprir a doutrina na aplicação dos arts. 118 e 119 do Código italiano.

Para estudo mais detido do problema das circunstâncias, além dos citados: SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933; *Tre anni di giurisprudenza sul Codice Penale*, ano IV, 1935, pág. 1; ALTAVILLA, *Le Aggravanti e le qualifiche del furto*, Cavotta, 1912; PAOLI, *Per le circostanze attenuanti generiche*, in *Scuola*, 1932, n.º 12; *Il concetto delle circostanze del reato*, in *Studi in onore di M. CONTI*, cidade de Castelo, 1932; SANTORO, *Le circostanze del reato aggravanti e attenuanti comuni nel prog. prel.*, Cagliari, 1928.

39. Tratamos, no n.º 31, dos motivos em geral. Vejamos, agora, a particular agravação da pena, de que cogita o art. 44, II a: “ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou torpe”.

No direito anterior, figurava, entre as circunstâncias agravantes do crime, o “motivo reprovado ou frívolo” (Código de 1830, art. 16, § 4.º; Código de 1890, art. 39, § 4.º).

No novo Código, o motivo fútil ou torpe, ao contrário do que acontecida nos precedentes, em relação ao motivo re-

provado ou frívolo, qualifica o crime de homicídio (art. 12, § 2.º, I e II).

Como vimos no n.º 5, o homicídio por motivo fútil é um dos casos de pena de morte previstos na Constituição de 1937, (art. 122, n.º 13).

O motivo fútil (do latim *futilis*, de *fundere*) e o torpe (do latim *turpis*) indicam sempre maior periculosidade, sobretudo quando convivem,³³⁰ trate-se ou não de caso patológico (arts. 57, II, e 77).

Sendo o motivo, precisamente, a causa de determinação da vontade, a qual pode dizer respeito tanto ao evento, quanto à conduta, a agravante é aplicável, em relação ao delito doloso, inclusive a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º), ao delito culposo e à contravenção.³³¹

MANZINI³³² sustenta que não é maior a agravação, quando contemporâneas a futilidade e a abjeção (o Código italiano nomeia, em primeiro lugar, a abjeção e usa o plural — motivos abjetos ou fúteis, art. 61, 1.º).

Não me parece procedente tal opinião. O Código italiano, como o brasileiro, distingue abjeção ou torpeza e futilidade, aliás, inconfundíveis, sendo que o Código brasileiro, no artigo 121, § 2.º, as destaca por alíneas.

A questão, no entanto, não assume a mesma importância em face do Código brasileiro, que desprezou a medida fixa de agravação do Código italiano (art. 64).

A palavra *fútil* (*frívolo*, no Código de 1890) exprime, no art. 44, a idéia de uma determinação devida a estímulo insuficiente para impelir o tipo médio de delinqüente ao crime cometido.³³³

³³⁰ O *Correio da Manhã* de 9-8-941 refere-se a um crime ocorrido em Pernambuco: uma mulher matou dois homens por causa de um débito de Cr\$ 1,00.

³³¹ Vide MANZINI, *Trattato*, cit., 2.º vol., pág. 151.

³³² *Idem*.

³³³ Na sua *Exposição de motivos*, Rocco afirma que o conceito de motivo fútil e abjeto é bem preciso: o motivo abjeto indica um grau particular de perversidade; o motivo fútil contém a idéia de

Fútil é o pretexto gratuito, inadequado, despropositado, desproporcionado, nas circunstâncias dadas, de acordo com o meio e a época, à extrema reação que é o crime.³³⁴

A vigorosa e fiel expressão popular, mais significativa e mais importante do que a dos doutores para traduzir a sensibilidade coletiva, assim condena, por exemplo, o homicídio fútil: *matou estúpida*mente...

É o predomínio do impulso perverso, e até brutal, dos instintos maus que assim se identifica.³³⁵

A insignificância do objeto do furto não constitui motivo fútil. O Código admite, até, tratamento mais benévolo (art. 155, § 2.º), quando se tratar de coisa de pequeno valor.

O motivo torpe³³⁶ corresponde ao motivo reprovado do Código de 1890, indicando, de forma menos vaga, a personalidade anti-social.

É o motivo repugnante o senso ético da coletividade e indicativo de imoralidade profunda: exs. — o parricídio para antecipar o gozo da herança; difamação de mulher que resistiu à sedução.³³⁷

³³⁴ MARCIANO sustenta que a desproporção entre o motivo e o evento algumas vezes deve atenuar e não-agravar (ob. cit., pág. 114). Será assim em psicologia anormal apreciada superficialmente, para os fins de curiosidade literária, artística ou científica, nunca para os fins práticos da Justiça penal, que examina, direta e profundamente, a personalidade do delinquente, segundo as idéias, os sentimentos e os interesses sociais, para exata incidência da sanção defensiva.

³³⁵ ALIMENA assinala que quem mata em certas circunstâncias não quer matar um homem determinado, mas um homem qualquer (*Princípios*, 1.º, II, págs. 373 e segs.).

³³⁶ O projeto preliminar italiano referia-se a "motivos abjetos, perversos ou fúteis". Foi omitida a palavra *perversos*, por muito genérica.

³³⁷ FERRI criticou a opinião de PEREGO, que procurava o fim ignóbil na maior parte dos crimes, considerando inteiramente pleonástica a indagação sob o fundamento de que a ignobilidade está implícita no ilícito (*Princípios*, cit., pág. 335).

desproporção entre o móvel e a ação criminosa, podendo atingir a malvez brutal.

O motivo pode ser torpe em si mesmo ou quando associado a outros elementos psicológicos.

No art. 121, § 2.º, I, o Código exemplifica o motivo torpe: a paga ou promessa de recompensa.

A torpeza bilateral não exclui o agravante.

Quando o motivo torpe é elemento constitutivo do crime ou causa de aumento da pena, não opera como circunstância agravante. O fim de lucro nos crimes contra a propriedade não tem, no entanto, correlação necessária com o motivo torpe.³³⁸

Não é possível cumular a agravante da letra *a* do art. 44 (motivo fútil ou torpe) com a da letra *b*, pois, na primeira, o fim é genericamente considerado na sua índole, na outra, é encarado em particular.³³⁹ As demais circunstâncias não são incompatíveis com a futilidade, ou a torpeza, do motivo. Poder-se-ia ver aparente absorção da agravante do motivo fútil ou torpe na agravante do meio insidioso ou cruel, talvez a explicação prática da futilidade e, sobretudo, da torpeza. Mas, a lei considera, separadamente, os móveis e a ação e, portanto, convivem as duas circunstâncias.³⁴⁰

A agravante é incompatível com os crimes que pressupõem um motivo lícito em si (p. ex., art. 136, última parte), ou móvel de "reconhecida nobreza" (art. 242, parág. único), ou outro de relevante valor social ou moral (art. 48, IV, *a*).

A semi-responsabilidade (art. 22, parág. único) afasta a agravante do motivo fútil ou torpe.

A circunstância é, pela própria natureza, subjetiva.

MANZINI considera-a incomunicável,³⁴¹ mas, sem dúvida, podem coincidir a torpeza e a futilidade do motivo nas pessoas concorrentes. O art. 26 refere-se à incomunicabilidade das circunstâncias de *caráter pessoal*.

³³⁸ Opinam em sentido contrário GENARO MARCIANO, CARINCI, CAVAGLIA, MORUNGIU, MIRABILE, PERGOLA etc. (MARCIANO, ob. cit., pág. 114).

³³⁹ Ver FLORIAN, *Trattato*, cit., pág. 888.

³⁴⁰ *Idem*.

³⁴¹ Ob. cit., 2.º vol., pág. 152.

A cota dos fatores endógenos no crime é um dos critérios para estimar a periculosidade, porque revela a marca, o coeficiente pessoal.

Se ignorado o motivo do crime, não se pode computar a agravante e, muito menos, a causa de aumento de pena. Mas, o réu é o culpado do desconhecimento do móvel, sobretudo no crime de homicídio, no qual a revelação somente dele poderia partir. De qualquer forma, o juiz apurará a veracidade do motivo alegado.

Na avaliação dos móveis, desprendendo-se do espírito de sua função de intérprete dos sentimentos gerais, cada juiz pode ter, como MARCIANO,³⁴² um critério pessoal. O que é fútil, para um, não será para outro. Mas, isso acontecerá se o juiz *individualizar* o julgamento, no sentido de projetar na sentença o seu coeficiente personalíssimo.

O que orienta e obriga o julgador não é o particular, mas o geral; não é a parte, mas o todo; não é o indivíduo, mas a sociedade. O magistrado deve habituar-se a olhar, golpeantemente, do alto para a frente.

É preciso ter em vista a fonte de onde o agente tirou o impulso para agir, embora somente a consequência ulterior ao crime a indique, ou a realidade a esconda.

O móvel faz parte do processo intelectual e volitivo.³⁴³⁻³⁴³⁻²

³⁴² Ob. cit., pág. 114.

³⁴³ Para orientação sobre a doutrina e a jurisprudência elaboradas em torno da circunstância do "motivo reprovado ou frívolo" (Código de 1890), o único livro especializado é o de OSMÂ LOUREIRO, *Modificativos da pena no direito brasileiro*, Rio, 1927. Vejam-se ainda BENTO DE FARIA, *Anotações teórico-práticas ao Código Penal do Brasil*, 1.º vol., 4.ª ed., Rio, 1929; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, 2.ª ed., Rio, 1932; COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 2.º vol., São Paulo, 1938.

^{343-a} "O motivo torpe é elementar, e não agravante, do crime de rufianismo" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 15-3-43).

"O motivo do crime tem como base a necessidade de manter o prestígio da autoridade, o que evidentemente não é fútil" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 11-9-44).

40. Agrava a pena a circunstância de “ter o agente cometido o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime” (artigo 44, II, b).

É uma agravante proveniente da conexão. Em substância, trata-se de hipótese de concurso de delitos, se, pelo menos, tentado o crime-fim.

De comum, essa circunstância converte-se em qualificativa do homicídio, mas, para tanto, é preciso que o crime-meio seja praticado para *assegurar*, e não só para facilitar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem do crime-fim (art. 121, § 2.º, V).

O Código italiano de 1930 define tal agravante de modo diverso: “haver cometido o crime para executar ou ocultar outro, ou para conseguir ou assegurar, para si ou para ou-

“O júri reconheceu a agravante do motivo reprovado, mas essa “causa de agravação não se menciona na nova legislação. Existe, agora, o motivo torpe, que, pela equivalência, se aproximou do “motivo abjeto, do Código italiano. É um motivo que persuade a “existência de um elevado grau de perversidade e corrupção. A con- “ceituação, porém, não se assemelha à de motivo reprovado. Releva “notar que, nos autos, não há prova sobeja para se aquilatar, com “segurança, do motivo. O motivo determinante é a causa pela qual “a vontade se determina a cometer a ação ou a omissão. O motivo “que não é, como no caso, considerado condição de punibilidade, “ago, apenas, como agravante ou atenuante” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19-1-42).

“Na ausência de prova do motivo, não há agravante do motivo fútil” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12-10-42).

“A prática de crime por despeito da imoralidade contrariada constitui motivo torpe, mas não fútil” (1.ª Câmara Criminal, Tribunal de Apelação de São Paulo, 25-10-43).

“O motivo do jogo, sem dúvida reprovável, não pode qualificar- “-se como fútil nem é necessariamente torpe, considerando que o “acusado de apropriação ocupa há vários anos o seu cargo a con- “tento dos chefes” (2.ª Câmara Criminal, Tribunal de Apelação de São Paulo, 5-8-43).

trem, o produto, o proveito, o preço ou a impunidade de outro crime" (art. 61, 2.º).³⁴⁴

O texto brasileiro, mais conciso e mais elegante, é, também, mais amplo e mais feliz. Mais amplo, porque abrange os que, com o crime-meio, *facilitam* a execução e a ocultação do crime-fim; mais feliz, porque, na realidade, não se executa um crime para executar outro, como se um e outro mantivessem objetivamente entre si uma exclusiva relação de causa e efeito.

Não se extraem da execução do crime-meio os elementos de execução do crime-fim, que independe, materialmente, do outro.

Trata-se de executá-lo em condições especialmente favoráveis. É, portanto, de *facilitar* que se cogita. A condição, *para si ou para outrem*, do Código italiano, seria redundante, depois de simplificada a redação, como fez o legislador brasileiro. Sua supressão tem ainda a vantagem de afastar qualquer dúvida quanto ao cabimento da agravante contra quem facilita ou assegura a execução ou a ocultação de crime alheio.

O crime-meio pode suceder ao crime-fim.

Não é preciso que se tente, sequer, o crime-fim, bastando, para caracterizar a agravante, que este esteja no motivo determinante.³⁴⁵ Se o agente põe fogo numa casa para aproveitar-se da confusão e furtar, ainda que não furtar, subsistirá a agravante.

Não é o furto que agrava, mas a intenção de furtar.

Pode parecer que, quando o Código alude a *ocultação*, supõe consumado o crime-fim, como no caso do agente que, depois de haver furtado, incendeia a casa para fazer desaparecer qualquer vestígio. Em regra, nessa modalidade, o crime-fim precede o crime-meio, mas a agravante será sempre

³⁴⁴ O Código italiano de 1889 somente previa circunstância semelhante em relação ao homicídio. A agravante do art. 39, § 12, da Consolidação das Leis Penais tem o mesmo espírito da em estudo.

³⁴⁵ ALTAVILLA, *Manuale di Diritto Penale*, Nápoles, 1934, pág. 120.

cabível. Imagine-se que alguém vibra uma punhalada num cadáver, supondo que a faz em homem vivo, e incendeia depois a casa para ocultar o que crê um crime; dada a razão psicológica, não se exclui a agravante.

No caso de anterioridade do crime-fim, milita a agravante, seja qual fôr o tempo decorrido.

A pena a agravar é sempre a do crime-meio.

No incêndio, para ocultar a falsidade, p. ex., a pena a agravar é a do incêndio.

O Código não exige que a resolução do crime-meio preceda a resolução do crime-fim. Se o réu quis matar e, para tanto, recorreu a um incêndio, não é necessario que o propósito de servir-se do incêndio tenha surgido antes do propósito de matar.

É indiferente que o crime-fim tenha sido ou venha a ser praticado por terceiro. Em caso de receptação ou favorecimento, não há a agravação, porque elementar a circunstância.

Não cabe a agravação se o crime é cometido por ocasião da consumação de outro.

Nessa hipótese, não existe uma relação de meio e fim, mas conexão ocasional entre dois ou mais crimes.

Em relação a quem facilita ou assegura vantagem de outro crime (a expressão *vantagem* abrange *produto*, *proveito* e *preço*), ou impunidade,³⁴⁶ é indiferente que se cuide de crime próprio ou alheio, ou de vantagem, ou impunidade, própria ou alheia.

Não se deve confundir ocultação e impunidade; no primeiro caso, o legislador tem em vista o fato criminoso, no segundo, o agente. Se se ameaça uma testemunha para fazê-la dizer que um crime não foi cometido, visa-se ao crime; se se obriga a afirmação de que o crime foi cometido em estado de legítima defesa, pretende-se conseguir a impunidade.

³⁴⁶ Facilita ou assegura a impunidade quem se subtrai, ou concorre para que outrem se subtraia, aos efeitos processuais e penais do crime.

A vantagem, a que se refere o Código, não é apenas a patrimonial (art. 74, II, b). Impõe-se, assim, a agravante se, por exemplo, o crime foi praticado para assegurar a liberdade obtida com a evasão.

A agravante subsiste, não só quando se trata de duas ações distintas, mas também quando, com uma só, são violadas duas disposições de lei.

Quando um crime é elemento constitutivo, circunstância agravante especial ou causa de aumento da pena do outro, não se cogita da agravação, em face da primeira parte do art. 44. Assim, por exemplo, o dano para o furto qualificado (art. 155, § 4.º, I).

É indiferente que um dos crimes ou todos sejam consumados ou tentados ou previstos por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso (art. 10).

Se um dos crimes é de ação privada, exige-se o conhecimento judicial para aplicar-se a agravante.

Não se exige a idoneidade do meio; basta o fim, devidamente esclarecido e apurado, para caracterizar a agravante que concerne ao elemento moral e não ao elemento material do crime.

A agravante pode concorrer com todas as outras, porque o escopo do crime-fim não restringe as modalidades nem o objeto do crime-meio.

A agravante é subjetiva e comunicável.

É indiferente, em todos os casos, a identidade de sujeito passivo. A concorrência dos fins autoriza o desdobramento da agravante.

Impõe-se sempre a indagação da idoneidade do crime-meio para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem do crime-fim.

41. A agravante ³⁴⁷ da letra c do n.º II do art. 44 não era prevista no Código de 1890, nem do de 1830. Este se li-

³⁴⁷ Alguns textos romanos cogitavam da embriaguez como atenuante, porém, na prática, aquele estado foi sempre apreciado como

mitara a excluir a atenuante do § 9.º do art. 18 — ter o delinqüente cometido o crime no estado de embriaguez — quando “o delinqüente tivesse antes dela formado o projeto do crime” ou a procurasse “como meio de o animar à perpetração do crime”. O Código de 1890 conservou, *mutatis mutandis*, o dispositivo (art. 42, § 10).

No regime da Consolidação das Leis Penais, permitime³⁴⁸ duvidar da subsistência da atenuante da embriaguez incompleta, depois que a lei qualificou como contravenção o estado de embriaguez pública, causadora de escândalo, desordem ou risco à segurança própria ou alheia, e a habitualidade que acarrete nocividade a si próprio e perigo a outrem, ou à ordem pública (arts. 395 e 396 da Consolidação). Aliás, o art. 238 previa o crime de embriaguez repetida, de incontinência pública e escandalosa. O Código Penal Militar, no artigo 33, § 15, considera agravante a prática de crime em estado de embriaguez.³⁴⁹

O projeto SÁ PEREIRA agravava a embriaguez preordenada, pelos seguintes motivos constantes da exposição de seu autor: “Se o delinqüente procurou embriagar-se para se colocar em situação mais favorável à prática do crime, ou para eximir-se por êste meio à responsabilidade penal, evidente é

³⁴⁸ ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 2.º vol., pág. 490.

³⁴⁹ A maioria das legislações manteve-se perplexa diante da doutrina favorável à agravação da pena, quando procurada a embriaguez, para animar-se o agente à prática do crime e escapar à responsabilidade. Em regra, essa circunstância não influi para aumentar ou diminuir a pena. Alguns autores, porém, chegaram a equipará-la à premeditação.

agravante. O direito canônico a princípio consagrou a atenuação para, afinal, punir o ébrio por culpa.

ARISTÓTELES e QUINTILIANO foram precursores de um programa rigoroso de repressão, justificando a responsabilidade mais grave do autor do crime, sob a ação do álcool. *Ebrius puniatur propter ebrietatem*.

Pela agravação: BLACKSTONE, BENTHAM, MERLIN, FILANGIERI, LE SELLYER, GAROFALO.

“que, seja qual fôr o seu grau, não lhe poderá a embriaguez influir sobre a imputabilidade, ao contrário, deverá pesar-lhe sobre a responsabilidade porque a resolução criminosa se esboçou, constituiu e consolidou quando o álcool, porque ainda não ingerido, nenhuma influência poderia exercer sobre a sua vontade” (o art. 104, III, manda agravar a pena, nesse caso).

O Código de 1940 suprimiu a atenuante da embriaguez incompleta, mas quando proveniente essa de caso fortuito ou força maior, e, somente nessa hipótese, admite “diminuição da pena” (art. 24, § 2.º).

No art. 24, II, como no dispositivo em aprêço, identificam-se as chamadas *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae*.

Actio é a ação ou omissão; o adjetivo *libera* abrange o elemento subjetivo; *in causa*, o comportamento determinante das condições para a produção do evento. Os dois termos juntos, *libera in causa* — entendendo-se por *actio* a execução e o resultado, — afirmam a existência de um *prius*, consistente em comportamento dominado pela vontade livre e consciente, em face de um *posterius*, não mais regido pela mesma. *Sive ad libertatem relatae* — esclarece o conceito da derivação subjetiva da *actio* da vontade antecedente livre e consciente.

Trata-se de criação dos criminalistas práticos para abranger os atos praticados em estado de inconsciência pela embriaguez procurada com o fim de executar mais facilmente um crime ou preparar uma escusa. A razão jurídica da punibilidade dos atos, conscientemente resolvidos e inconscientemente realizados, resulta da máxima de BARTOLO, enunciada há seis séculos: “*Danti operam rei illicitae imputantur omnia quae sequuntur contra voluntatem suam*”.³⁵⁰⁻³⁵¹

³⁵⁰ O Código (art. 44, II, c) compreende a embriaguez em geral (arts. 24, II, e 78, III).

³⁵¹ “*Ebriosus non punitur si deliquit, nisi dolose inebriaverit*” (VITALINIS). FARINÁCIO desenvolveu essa concepção relativa à embriaguez. Quanto ao *domiens delinques*, CARÉRIO completou o enunciado de BARTOLO, ainda aperfeiçoado por FARINÁCIO.

Procurou-se, depois, estendê-la a outras modalidades de inconsciência durante a execução do crime (sono comum, sonambulismo, sugestão hipnótica, intoxicação em geral), sempre que, com o estado anormal, vise o agente a um efeito de preordenação criminosa.

Nos séculos XVII e XVIII, os teóricos repetiram os práticos; no século XIX, a elaboração doutrinária trai uma certa margem criadora, embora predomine a concepção tradicional. Justificou-se, assim, a sua adoção: o fato executado em estado de inconsciência resulta de fato doloso; não se imputa o que fez o embriagado, mas o que quis e fez o homem de mente sã, ao qual, como causa única, é atribuível o delito (CARRARA, CARMIGNANI, BINDING e LISZT também aludem ao conceito de causa eficiente imputável).

Contemporaneamente, admitem alemães e italianos a aplicação da fórmula aos processos evolutivos, de que participa a vontade consciente, embora coata, resultando a alteração psíquica de conduta voluntária anterior, mesmo sem a preordenação criminosa. Em última análise, desde que a causa é livre e o efeito determinado, debitam-se os resultados ao agente.

Vozes autorizadas, desde SAVIGNY, repeliram a punibilidade por dolo ou culpa das *actiones liberae in causa* que o Código consagra, restritamente, por imperativo de política criminal ou, melhor, de política social.

No art. 24, II, somente se cogita da embriaguez resultante de álcool ou substância de efeitos análogos e não se exige a relação finalística entre causa livre e evento.

A relação finalística figura apenas no art. 44, II, c.

Fundaram-se alguns opositores no pressuposto da indispensável concomitância entre o momento consumativo e o dolo (TISSOT, GARRAUD, ORTOLAN, BERNARD); outros, na consideração da impossibilidade material de realizar o propósito anterior, em estado de embriaguez plena, pois o delito, eventualmente cometido, seria atribuível ao acaso ou à pura combinação psicológica e não a uma causa imputável (BRUSA, PESSINA, TEMME, BERNER; o último veio a mudar de

opinião); outros ainda na ponderação de que, não sendo punível, mesmo a título de tentativa, o simples propósito não poderia integrar o elemento subjetivo do fato objetivamente delituoso cometido em estado de inimizabilidade (KLEINSCHROD, KATZEMSTEIN).

Surgiram teorias intermediárias, entre as quais a que sustenta a impunibilidade da *actio libera in causa* procedente de conduta culposa e a punibilidade, a título de dolo, se resultante do propósito doloso (RUDOLF); outras preconizam a punição a título de culpa, quer seja atribuível a dolo, quer a culpa, o estado em que se coloca o agente (IRZIG CSHNITZER: em essência é a teoria de CARPZOVIO, inspirado nos criminalistas práticos).

Se nenhuma preordenação criminosa preside ao ato voluntário, em que o sujeito perturba o ritmo de sua vida psíquica, faltaria o requisito da relação finalística indispensável à caracterização da *actio libera in causa*. No entanto, MASSARI acredita que tal rigor de sistematização deveria ceder a concepção mais ampla. Assim, bastaria um elemento — ato voluntário — ao qual se possa reconduzir o evento, embora este, por via direta ou indireta, derive de processo causal não mais dominado pela vontade consciente e livre do agente.

Alarga-se o processo executivo do crime, compreendendo neste o próprio ato de embriaguez culposa.

Por maiores que sejam os esforços em contrário — e recentemente pretende-se até adotá-lo como critério geral e abstrato aplicável com toda extensão ³⁵² — a punibilidade das *actiones liberae in causa* deve reger-se pelos fundamentos políticos da periculosidade. DUPRÉ chamou-as de adágio, o que marca o seu pragmatismo.

Esta a formulação recente de MASSARI, tão autorizada como complicada: 1.º) uma conduta voluntária, antecedente ao processo de produção do crime, que, perturbando o ritmo dos poderes psíquicos do agente, determina o evento; 2.º)

³⁵² VANNINI, *Per una più vasta nozione delle actiones liberae in causa*, Riv. pen., XCIX, 1924, fascs. 3 e 4.

um processo conseqüente de produção do fato, que constitua a manifestação de um idealismo ideomotor, tornado incoerente por um ato de vontade do próprio agente; 3.º) uma relação finalística que, embora por intermédio da consciência crepuscular do agente, liga o evento à conduta voluntária inicial.³⁵³

DONDINA encontrou êstes elementos: a) uma vontade inicial livre e consciente; b) exteriorização de tal vontade mediante um comportamento, normalmente comissivo, que determina o estado de inconsciência ou subconsciência; c) produção do evento ilícito comissivo ou omissivo em estado de inconsciência ou subconsciência.

Define, por isso, a *actio libera in causa*: todo fato contrário ao Direito, produzido mediante comissão ou omissão, em estado de alteração fisiopsíquica transitória, derivado de um comportamento precedente voluntário do agente. Ajusta-se, assim, o conceito à noção alemã, que ampliou o primitivo sentido de alteração fisiopsíquica transitória, procurada dolosamente para facilitar ou escusar o crime.³⁵⁴

O dolo não acompanha todo o processo produtor do crime, mas superintende um instante qualquer da consumação.³⁵⁵

Assim, nos casos de autoria mediata em geral, como nos crimes de perigo comum. Se quem se vale de terceiro, reduzindo-lhe a vontade ou a consciência, ou de alguém não-punível em virtude de outra condição ou qualidade pessoal, é imputável, a título de dolo, tanto e até mais do que o executor material (art. 45, II e III), seria absurdo discutir a culpabilidade de quem, voluntária ou culposamente, inutiliza, em si mesmo, os freios morais e dissolve a síntese mental, de modo a não regular e dominar a atividade.

Por outro lado, o conceito de causalidade voluntária não requer a permanência da vontade durante todo o processo

³⁵³ *Il momento esecutivo del reato*, Nápoles, 1934, pag. 203.

³⁵⁴ *Scuola Positiva*, maio-junho, 1931.

³⁵⁵ MANZINI, *Trattato etc.*, 1.º vol., pag. 616.

consumativo. A consumação, muitas vezes, resulta de forças naturais ou de forças humanas inconscientes e involuntárias, mas postas em ação dolosamente. Por isso, quem desencadeou tais elementos criou a causa dolosa do evento, mesmo se, no momento da verificação dêste, achar-se inconsciente ou arrependido.

Não se trata de estado de embriaguez que permita o culpado dirigir a ação, na conformidade do plano criminoso preestabelecido, embora de modo anormal. O nexo subjetivo entre evento e vontade é o que ocorre entre evento e vontade preordenar o estado de embriaguez, e não entre evento e vontade anormal que dirige a ação do embriagado.

O nexo objetivo existe sempre que o evento se verificou devido ao estado de embriaguez procurado pelo agente para ocasioná-lo.

O que falta é a persistência de dolo *ad exitum*, mas o dolo de um evento não implica a permanência durante todo o processo executivo e sim o caráter doloso da causa direta ou indireta, mediata ou imediata.

O essencial é que o evento haja sido querido em estado de responsabilidade e produzido em estado de irresponsabilidade, determinado pela ação da embriaguez voluntária e diretamente procurada para obter energias, facilidades, disposições para o crime.³⁵⁶

O Código italiano manda aumentar a pena, em caso de embriaguez preordenada para o fim de cometer o crime ou de preparar uma escusa (art. 92, 2.^a parte). O Código brasileiro não leva tão longe a exigência da relação finalística, que se completa com o fato de embriagar-se o agente propositadamente para cometer o crime, tenha, ou não, pretendido preparar escusa. Aliás, o Código italiano somente considera inimputável o delinqüente que age em estado de embriaguez plena derivado de caso fortuito ou de força maior. A diminui-

³⁵⁶ SALTELLI e DI FALCO julgam “suficiente a conduta voluntária, ainda que somente culposa” (ob. cit., vol. 1.^o, 2.^a parte, pág. 499).

ção da pena, também, circunscreve-se ao crime cometido em estado de embriaguez accidental incompleta.³⁵⁷

Não há, portanto, escusa a preparar.

O Código brasileiro requintou o programa defensivo, pois limita a isenção ou diminuição de pena ao crime cometido, respectivamente, em estado de embriaguez completa ou incompleta, derivada de caso fortuito ou força maior e afetando capacidade de determinação ou entendimento. Com maioria de razões, não se podia cuidar de escusa inexistente.

No entanto, para caracterizar-se a agravante em estudo, deve existir perfeitamente a relação finalística entre o evento e a conduta voluntária inicial, isto é, deve anteceder a execução do crime a embriaguez propositadamente buscada para cometê-lo com desembaraço e eficiência.

É a maior periculosidade que assim revela o enderêço da agravante. Não importa, portanto, que a embriaguez seja, ou não, completa.

O grau da embriaguez preordenada não tem relevância, porque, tratando-se de uma das hipóteses típicas da *actio libera in causa*, o elemento subjetivo do crime está ligado ao ato de embriagar-se e não ao momento da execução.

É ainda indiferente que o agente acuse intolerância para o álcool ou se ache habituado a êste.

Não se aplica, porém, a agravante se o crime é estranho à preordenação. Por exemplo: se, depois de embriagar-se, propositadamente, para executar crime de homicídio, o agente comete crime de dano ou desacato, não cabe a agravção.

Não há que distinguir entre crimes comissivos, omissivos, ou comissivos por omissão.

³⁵⁷ O art. 95 refere-se ao alcoolismo crônico assimilado ao vício total ou parcial da mente. O art. 87 exclui a atuação do art. 85 em favor de quem se colocou em estado de entender e de querer para o fim de cometer o crime ou de preparar uma escusa. Ver art. 12 do Código suíço.

O Código italiano, no art. 93, ao contrário do brasileiro, no art. 44, estende a agravação ao fato cometido sob a ação de substâncias estupefacientes.

Tôdas as dificuldades e dúvidas relativas às *actiones liberae in causa* provêm de necessidade de conciliar as exigências da responsabilidade moral com os imperativos da defesa social no setor jurídico, ainda infestado pelo classicismo. Mais vale, portanto, situar o problema no campo da responsabilidade legal, cuja ascendência caminha para o primado.

O art. 24, afastando-se da regra do art. 22, constitui uma concessão virtual ao princípio da responsabilidade legal.

O terreno jurídico da embriaguez, já de si reduzido pela invasão psiquiátrica, foi de todo colonizado pela escola positiva, que nela hasteou, vitoriosamente, a bandeira da responsabilidade legal. Sômente esta evita a necessidade de artifícios, como o do livre-arbitrismo levado ao auge, em que o homem aparece a reger o futuro, a regular o destino próprio e alheio, a disciplinar a inconsciência, a dispor, previamente, dos elementos manejados, num transe de loucura por êle mesmo preparado, a dosar os efeitos dos tóxicos.

Os positivistas encerram na responsabilidade legal os atos inconscientes, como expressão da personalidade do réu e, com mais razão, quando existe dolo inicial em estado de consciência.

A política criminal, pragmática, simplificadora e urgente, despreza a tentativa impossível dessas indagações, a que se julgam habilitados certos mestres alemães e italianos, à cata de um *causa livre*. Nem a embriaguez, mesmo preordenada, é, a rigor, *causa*. O evento depende de um complexo irreduzível de condições, de uma cadeia inseparável de circunstâncias imprevisas e indomáveis. O art. 42, § 10, da Consolidação considerava-a *meio*. Não posso compreender o homem a mergulhar no homem em busca de uma certeza. Não posso compreender o homem a cavalgar a matéria, a afelçoar as forças naturais aos moldes de sua vontade exatamente predeterminada, sob medida, e conduzida por entre a cerração

tempestuosa da inconsciência. Prefiro, por isso, os remédios positivistas, que abstraem de premissas filosóficas e de nomenclaturas solenes e vazias.

Ao juiz impõe-se o máximo cuidado na angustiosa busca de roteiros e instrumentos para a *prova* da causa livre, que operou, subjetivamente, nos recessos do mundo interior, ou bruxuleou na incerteza das aparências. É verdade que MASARI pretendeu demonstrar o erro de falar-se de imputabilidade da simples cogitação, porque a *actio libera in causa* exprimiria, por definição, uma vontade exteriorizada, uma conduta, um comportamento produtor do crime, embora mediatamente. Mas, os perigos, os equívocos, as dúvidas não desaparecem, embora atenuados pelo princípio da concentração processual. Não se julgam as profundezas do psiquismo pelos sintomas e pelas aparências, máxime retrospectivamente.

Feita a distinção essencial entre o alcoolismo crônico e a embriaguez, esta exclui qualquer consideração médica, pois subsiste, em certa medida, a responsabilidade, apesar das taras constitucionais e das perturbações psíquicas.³⁵⁵

Dispensa-se, portanto, a alta indagação psiquiátrica, incerta, porque teórica, inútil, porque incerta. Não serão os especialistas, intoxicados pelas dúvidas doutrinárias e embriagados pela paixão científica, que fornecerão à Justiça uma palavra segura, como ela exige. Além disso, a embriaguez é fenômeno vulgar, que todos observam e identificam.

A circunstância é essencialmente subjetiva e incommunicável (art. 26), não se conciliando com a culpa.

42. O Código de 1890, no seu art. 39, arrolou várias circunstâncias (§§ 1.º, 5.º, 6.º, 7.º e 8.º) referentes ao que dificultam ou impossibilitam a defesa, mas somente ao em relação ao § 5.º tornou expresso, noutros termos, êsse requisito: "ter o delinqüente superioridade em sexo, fôrça ou armas, de

³⁵⁵ ROGER PRUDON, *Alcoolisme et les toxicomanies au point de vue pénal*, Paris, 1938, pág. 70.

“modo que o ofendido não pudesse defender-se com probabilidade de repelir a ofensa”.

O Código de 1940, porém, contempla todos os recursos entre os quais indica a traição, a emboscada, a dissimulação e não atribui maior periculosidade a condições elementares, como a força e o sexo, que, aliás, nem sempre importam superioridade, mesmo considerado apenas o aspecto físico.

A expressão *recurso* bem exprime a idéia de vantagem em cuja criação, provocação, preparo ou aproveitamento³⁵⁹ intervêm a vontade e a consciência com o fim de propiciar a execução.

Assim, a noite, o lugar êrmo, as armas, a fraude, o abuso de confiança, a surpresa, o disfarce (dissimulação), referidos no Código de 1890, desde que dificultem a defesa, são recursos caracterizadores da agravante em aprêço.

Quanto ao abuso de confiança, a letra *g* destaca algumas modalidades reveladoras, não de covardia, como as da letra *d*, porém, mais propriamente, de perfídia e deslealdade.

A traição correspondia, no *Fuero Real* e nas leis de Partido, à aleivosia.³⁶⁰

A doutrina e a jurisprudência já ilustram o conceito de traição nos Códigos anteriores.

A emboscada, que o Código de 1890 definiu como a espera do ofendido em um ou diversos lugares (art. 39, 8.º), foi reintegrada no sentido comum: “ato de esperar, às escondidas, o inimigo para o agredir; de esconder-se para assaltar”.

A dissimulação é o encobrimento dos próprios desígnios, o *disfarce* — conceituado no direito anterior — supondo a ocultação, e não a afetação, como na simulação, do sexo, da fisionomia, da côr, da voz, do estado de espírito etc.

³⁵⁹ O Código italiano refere-se ao aproveitamento de circunstâncias de tempo, lugar ou de pessoa, capazes de dificultar a defesa (art. 61, 5.º).

³⁶⁰ O Código espanhol (1932) define a aleivosia como o emprego de meios, modos ou formas na execução que tendam, direta e especialmente, a assegurá-la, sem risco procedente da defesa que pudera fazer o ofendido (art. 10, 1.º).

O agente faz a fraude preceder a violência, associando as formas características da criminalidade atávica e da criminalidade evolutiva.

A dissimulação, além de dificultar a defesa, desorienta, ilude ou mesmo impede a ação da Justiça.

Tanto na traição, como na emboscada e na dissimulação, o agente assegura-se, previamente, contra a reação oportuna e eficiente da vítima, colhendo-a, súbitamente, de forma inesperada, surpreendendo-a, quando desprevenida ou enganada. Assim, a agressão pelas costas, ou durante o sono, a aproximação rápida e inopinada para o acometimento, o pedido de uma indicação, de fogo para acender o cigarro, um falso grito de socorro ou alarma para atrair a vítima.

A dificuldade para a defesa há de originar-se do recurso empregado pelo agente e não da imprevidência ou outra incúria injustificável da vítima.

É preciso que o recurso, sempre relativo à atividade do agente e nunca às condições físicas ou psíquicas do ofendido, consideradas nas letras *i* e *k*, haja, efetivamente, dificultado a defesa. Não basta, portanto, a idoneidade do recurso, reclamando-se a sua atuação eficaz, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Os elementos característicos da agravante relacionam-se ao momento da prática do delito e aos meios, então empregados.

Não há a agravante, quando o risco para o agente provém de terceiro.³⁶¹

A agravante, de que se trata, é qualificativa do homicídio (art. 121, § 2.º, IV) e, em todos os casos, de cunho subjetivo. Não constituindo circunstância de caráter pessoal, é evidente sua comunicabilidade (art. 26).^{361-a}

³⁶¹ ASÚA e ONECA, *Derecho Penal*, Madrid, 1929, 1.º, pág. 380

^{361-a} "As agravantes da superioridade em armas e do motivo reprovado, definidas nos §§ 4.º e 5.º do art. 39 da Consolidação das Leis Penais, ambas reconhecidas pelo Tribunal do Júri, contra o requerente, ainda são consideradas pelo novo Código Penal. E

43. A agravante da letra *e* qualifica o homicídio (artigo 121, § 2.º, III).

Segundo a Constituição de 1937, podia autorizar a pena de morte “o homicídio cometido com extremos de perversidade” (art. 122, 13, *f*).

“assim que a superioridade em armas se acha implicitamente contida na segunda parte da letra *d*, n.º 2, do art. 44 do vigente Código Penal, quando se refere... “ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”. Em seus *Comentários ao Código Penal*, vol. 2.º, pág. 252, edição da *Revista Forense*, 1942, ROBERTO LYRA, de incontestável saber jurídico e insigne professor de Direito Penal, discorre: “A expressão *recurso* bem exprime a idéia de vantagem em cuja criação, provocação, preparo ou aproveitamento intervem a vontade e a consciência com o fim de propiciar a execução. Assim, a noite, o lugar êrmo, as armas, a fraude, o abuso de confiança, a surpresa, o disfarce (dissimulação), referidos no Código de 1890, desde que dificultem a defesa, são recursos caracterizadores da agravante em aprêço”. No caso em aprêço, o crime foi cometido às 6 horas de 5 de fevereiro de 1939, quando a ofendida Maria das Dores, descuidada e sem qualquer companhia, ainda estava deitada em seu quarto, consequentemente, não lhe seria fácil defender-se da violenta agressão que o requerente, armado de uma navalha, lhe fizera. E o motivo reprovado nada mais é que o motivo torpe, expresso na letra *a* do n.º 2 do art. 44 do citado Código Penal em vigor. O motivo reprovado e o motivo torpe se equivalem, pois ambos “repugnam à consciência ética da comunidade”. “Motivos reprovado e torpe são motivos repugnantes, desonestos, infames e ignóbeis”. O requerente, segundo atestam os autos do processo-crime em apenso, golpeou à navalha sua amante Maria das Dores, com intenção de matá-la, porque esta vivia na prostituição na rua Júlio do Carmo n.º 326 e não mais consentira em ser explorada por ele, que lhe tomava o dinheiro ganho no prostíbulo onde ele residia, sendo de notar que, anteriormente, o mesmo requerente já havia agredido fisicamente aquela mulher. Contrário à moral, portanto, foi o motivo que impeliu o requerente à prática do crime” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, relator JOÃO SEVERIANO CARNEIRO DA CUNHA, 24-3-43).

“A superioridade em arma, objetivamente considerada, tal como se entendia em face da Consolidação das Leis Penais, evidentemente não agrava nem qualifica o delito, segundo a sistemática do Código vigente. Subjetivamente encarada, porém, pode agravar ou

O Código de 1890, no art. 39, § 3.º, previa a circunstância de “ter o delinqüente cometido o crime por meio de veneno, substâncias anestésicas, incêndio, asfixia ou inundação”, e no art. 41, § 2.º, a do aumento da dor física por ato de crueldade.³⁶²

³⁶² Código italiano, art. 61, 4.º; uruguaio, cap. II, 3.º; espanhol, art. 10, 3.º.

“qualificar o crime” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 12-4-43).

“A agravante da superioridade em armas não deixou de existir em face do novo Código. De fato, ela não se encontra expressamente especificada entre as agravantes, mas deve ser considerada abrangida pela expressão genérica “outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”, contida no art. 44, n.º II, letra d” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 15-3-43).

“A agravante de superioridade em arma não foi suprimida pelo novo Código Penal e, se não está nêle especificada, acha-se, sem dúvida, incluída na expressão do art. 44, n.º II, letra d, parte final, como “recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 8-4-42).

“A circunstância da surpresa verifica-se de ordinário na execução das ações penais, e é elemento psicológico, quase constante e essencial; porque o dolo é, ordinariamente, repentino e imprevisto no homicídio; a surpresa deixou, pela vigência do novo Código, de ser qualificadora desse delito” (1.ª Câmara Criminal, Tribunal de Apelação de São Paulo, 26-1-42).

“Se, realmente, entre as agravantes obrigatórias do novo Código, previstas nos arts. 44 e 45, não figuram o lugar êrmo e a superioridade em arma, também é certo que, pelo mesmo Código, nos termos do seu art. 42, cumpre atender, na fixação da pena, a toda e qualquer circunstância através da qual se revele a intensidade do dolo, se caracteriza o crime em sua maior ou menor gravidade. O crime foi praticado em hora de semi-escurecimento e sem movimento no local, procurada intencionalmente pelo réu, que assim se assegurava o êxito do empreendimento. Quanto à arma, alega o requerente que o ferimento apresentaria outros característicos se feito por lima. A improcedência da alegação decorre das próprias declarações prestadas pelo requerente no inquérito, onde disse que “da lima fizera um punhal. Há ainda a notar que a ferida, por arma

O emprêgo de qualquer meio insidioso, cruel ou de que possa resultar perigo comum (capítulo I do Título VIII) implica a agravante da letra *e*. Quanto ao perigo extensivo, basta a potencialidade dêste para integrá-la. O Código exemplifica alguns dos meios caracterizados pela insídia, pela crueldade ou pelo risco coletivo: veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura.

O art. 296, parág. único, do Código de 1890 definiu veneno como “tôda substância mineral ou orgânica, que ingerida no organismo, ou aplicada ao seu exterior, sendo absorvida, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde”. As críticas a êsse dispositivo tornaram indiscutível a sua inexatidão.

O conceito de veneno oscila extremamente, indo “do alívio proporcionado pela morfina farmacêutica, até o assasínio consumado pela morfina tóxica”.

Passa-se, insensivelmente, do alimento ao veneno. Não há veneno, mas envenenamento.³⁶²

³⁶² BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, *Trattato di Medicina Legale*, Milão, 1924, vol. II, pág. 815.

“branca, embora não a houvesse interessado a incisão cirúrgica, foi (ilegível) no ato operatório (laparatomia); e que, se, em sua extremidade inferior, essa ferida é em ângulo agudo, a extremidade superior apresenta dois entalhes: não sendo portanto contrariar a prova dos autos o atribuir-se tal ferimento a uma lima prismática, de três faces, transformada em punhal” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-10-44).

“O novo Código não reproduz, de modo expresso, a agravante da superioridade em armas” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 26-3-42).

“A circunstância agravante da superioridade em força ou arma, da antiga Consolidação das Leis Penais, não se contém implicitamente no dispositivo do art. 44, letra *d*, in fine” (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça de São Paulo, 29-8-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 170, pág. 515).

É impraticável a distinção entre veneno e medicamento. O veneno pode servir de medicamento e éste atuar como veneno, tudo dependendo da dose.³⁶⁴

O juiz não precisará, porém, de perder-se na flutuação e na obscuridade dos elementos teóricos, uma vez que a perícia médico-legal, no caso concreto, mediante exame direto, apurará o fato de envenenamento e sua causa.³⁶⁵

A asfixia caracteriza-se pela subtração ou limitação do ar atmosférico.

Asfixia é termo antigo, de origem grega, mas a acepção moderna do vocábulo difere da etimológica. Nesta significa falta de pulso, tanto vale dizer síncope ou parada do coração. Hoje, designa uma modalidade de morte ligada à respiração. O coração continua a funcionar, quando as outras funções orgânicas, inclusive a respiração, já estão, mais ou menos, alteradas ou extintas.

Por isso mesmo, etimologicamente, seria mais próprio dizer-se sufocação, que, na técnica médico-legal, representa uma das formas da asfixia.

A asfixia mecânica, mais comum nos domínios médico-legais, provém de obstáculo que impede a respiração externa. Compreendem-se, no entanto, na agravante, as chamadas asfixias tóxicas, que suprimem a respiração interna, como os envenenamentos pelo gás, isto é, por óxido de carbono.

A asfixia tóxica é circunstância elementar no crime do art. 252, como o fogo no crime do art. 250 e o explosivo no crime do art. 251.

Para agravar-se a pena em virtude do meio cruel, como a tortura, basta seja usado recurso capaz de produzir desnecessário e extraordinário sofrimento físico ou moral à vítima (*vide* art. 148, § 2.º).

³⁶⁴ Ver PEDRO PINTO, *Noções de Farmácia Galênica*, 1932, Rio, pág. 10; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal*, Rio, 1914, 2.ª ed.

³⁶⁵ Sobre o envenenamento não apurado pela análise química, *vide* MÁRIO CARRARA, *Avvelenamenti senza veleno*, Milão, 1933.

Com o emprego de tal requinte o agente há de manifestar o fim de causar sofrimento e não somente o de matar ou ferir.

Os meios cruéis revelam sempre o extremo afastamento da média de piedade e, assim, evidenciam maior periculosidade.

Não se faz mister que opere a potencialidade da insídia, crueldade ou perigo. Na letra *d* são considerados, nomeadamente, meios intelectuais e, na letra *e*, meios materiais. Se concorrem vários desses meios, independentemente, impõe-se o desdobramento da agravante, que é comunicável, avultando o cunho subjetivo da insídia e da crueldade.

44. As circunstâncias agravantes das letras *f*, *g* e *h* não eram desconhecidas do nosso direito positivo, mas tinham esta formulação restrita no Código de 1890: “ter sido “o crime cometido contra ascendente, descendente, cônjuge, “irmão, mestre, discípulo, tutor, tutelado, amo, doméstico, “ou de qualquer maneira legítimo superior ou inferior do “agente”.

Englobavam-se aí situações diversas pela natureza e equiparadas segundo arbítrio puramente objetivo; na primeira parte, há uma enumeração falha e desordenada e, na segunda, pressupõe-se a alta indagação da superioridade ou inferioridade (*sic*) legítima, decorrente de uma hierarquização indefinida.

O Código de 1940 separa, seleciona e distingue as modalidades de relações entre agente e o ofendido, em cujo aproveitamento possam identificar-se manifestações negativas da personalidade.

A letra *f* refere-se às relações de parentesco, que se caracterizam incomunicavelmente pelo simples fato destas, somente distinguindo o legítimo do ilegítimo³³³ em relação ao

³³³ “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a “lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os “direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais” (artigo 126 da Constituição de 1937).

cônjuge, como resulta desta palavra (arts. 230, 231, 232 etc., do Código Civil).

Na letra *g* são abrangidos os abusos de autoridade pública ou particular não-especificados na letra *h* (cargos, ofício, ministério ou profissão). Na letra *h*, também, não há distinção entre poder público e poder particular (chefe, tutor, curador, mestre, confessor, médico, empregador etc.). Na letra *g*, não se cuida de agravar, por sua vez, a falta de obediência ou acatamento à autoridade, o que ou é elemento dos crimes definidos no capítulo II do Título XI ou estaciona na exclusiva esfera do ilícito moral, disciplinar, policial etc.

Quanto às relações domésticas, de coabitação e de hospitalidade, marca-se a especial subjetividade da agravante com a exigência do preavalecimento. Tais relações devem existir no momento do crime. Mas, o licenciamento do empregado, por exemplo, não importa, se não cessou, efetivamente, a relação de fato entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Se o crime foi cometido fora das horas ou do local do trabalho, ou da hospitalidade ou da coabitação, não afasta a agravante, se apurado o aproveitamento do fato das relações atuais.

As relações domésticas são constituídas, na comunhão no seio da família, pelos laços que ligam os seus componentes ou servidores internos por vínculos de parentesco ou de convivência.

Não se exige a existência da confiança de que se abusou, não excluindo a agravante a prova de que o sujeito passivo se tivesse precavido contra a eventual atividade delitosa do sujeito ativo.

As relações, de que se abusa, devem ser diretas. Não é, portanto, agravado, p. ex., o crime cometido pelo marido ou pelo filho da doméstica contra o patrão desta.

Não é necessário que o sujeito passivo sofra o dano. Assim, p. ex., subsiste a agravante se o dono da casa indeniza o hóspede furtado.

É preciso que o fato da coabitação seja conhecido dos coabitantes e lícito. Assim, se o delinquente viola a habitação alheia, entre ele e moradores ou hóspedes não existe re-

lação de coabitação e, muito menos, de hospitalidade. Se um vagabundo dorme num depósito e, durante o seu sono, chega um outro, também para dormir, entre os dois, apesar do fato material da coabitação, não há relação, se o primeiro não se apercebe do outro.

Não importa que a coabitação seja a *título oneroso* ou *gratuito*, ou que estabeleça ou não relação de subordinação ou dependência.

Impõe-se a agravante, quer no crime do empregado contra o patrão, como no do patrão contra o empregado.

A coabitação deve ser efetiva, não importando a sua natureza, mesmo imoral, como as mantidas nas casas de prostituição.

Não influi, também, que seja voluntária, casual ou forçada. Assim, a coabitação nos albergues, nos navios, nos hospitais, nos sanatórios, nos refúgios anti-aéreos, nos colégios, nos cárceres, nos carros-dormitórios, também é considerada. Mais indica a força da agravante, no entanto, como revelação de periculosidade, a coabitação involuntária.

A coabitação é, portanto, um estado de fato, pelo qual duas ou mais pessoas se acham reunidas para a vida em comum no mesmo lugar, por qualquer tempo.

Não são necessárias a convivência e a confiança. O lugar pode deixar de ser especialmente destinado a habitação. No caso concreto, o juiz apreciará a situação real. Os subinquilinos, os co-inquilinos, os hóspedes de um hotel, os moradores de um apartamento ou de uma casa de cômodos podem, ou não, viver juntos em condições características do fato da coabitação de que se prevaleça o agente como fator de facilidade e segurança.

A circunstância não se pode aplicar quando o sujeito ativo dos deveres particulares, ao cometer o crime, se tenha conduzido como um estranho (ex.: operário que penetra, à noite, mediante chave falsa, na casa em que trabalha).

Quanto à hospitalidade, não são diversos os pressupostos.³⁶⁷

As relações de hospitalidade são consideradas, de parte a parte, isto é, quanto ao sujeito ativo e ao sujeito passivo da hospitalidade.

O termo *hospitalidade* é empregado no sentido objetivo, independente da causa e das condições: a estada de uma pessoa, não-coabitante, na habitação alheia, com ou sem convite, gratuitamente ou mediante pagamento, por uma causa qualquer e por qualquer tempo, desde que insuficiente para determinar a coabitação.

Por isso, a relação de hospitalidade subsiste nos casos de convite para refeição, de simples visita de amizade ou de negócios etc., começando no momento em que o hóspede entra na habitação do hospedante com ou sem a presença deste (ex.: furto cometido na sala de espera ou no quarto cedido a um necessitado, na casa cedida a um amigo) e termina com a saída da habitação.

Para caracterizar-se a hospitalidade não é necessário que a recepção da pessoa tenha lugar na esfera doméstica.

A palavra *habitação* tem, na letra *g*, o sentido lato em que o Código a emprega no art. 150, § 4.º.

Pressupõe-se sempre o consentimento expresso ou implícito. Exclui-se, portanto, o ingresso clandestino ou violento na casa alheia.

A agravante da letra *g* é subjetiva e incommunicável.

Examinaremos, agora, a letra *h*.

O abuso é o uso fora dos limites correspondentes a todo poder ou autoridade, o seu exercício ilegítimo e excessivo.

³⁶⁷ Da *Exposição de motivos* do Código italiano consta o seguinte: "Previ, expressamente, a hipótese de hospitalidade, como complemento da de coabitação. A hospitalidade é, em regra, temporária ou momentânea. Ora, constituindo agravante o abuso de hospitalidade temporária ou momentânea, não se poderá mais duvidar que seja agravado o crime cometido com abuso de idênticas "relações de coabitação".

Todo cargo, ofício, ministério ou profissão pressupõe direitos e deveres, cujo abuso ou violação para a prática de crime denota maior periculosidade. Trata-se, sempre, de inobservância de obrigação moral ou jurídica.

Um poder, ou um dever, é inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, quando pertence à sua essência. É claro que o abuso e a violação dependem do exercício, pois não está em jogo a simples qualidade, mas a sua influência na prática do crime: o abuso real, a violação concreta.

Quando se abusa da qualidade, não se abusa, especificamente, da função ou missão. Sobre o cargo, emprêgo ou função pública, veja-se o art. 327.³⁶³

Reporta-se a agravante, sobretudo, ao ministério religioso, abrangidos todos os cultos (art. 122, 4, da Constituição de 1937), pois a nenhum deles é vedado, em princípio, o público e livre exercício. O art. 208 menciona, em geral, o culto religioso.

O abuso de poder e a violação de dever não se referem apenas às pessoas que professam o mesmo culto. Não caberia, assim, qualquer distinção.

O abuso de direito e a violação de dever supõem, logicamente, a existência desse direito e desse dever, e, portanto, do exercício do cargo, ofício, ministério ou profissão.

Cogita-se, porém, da atualidade do exercício e não da atualidade das relações.

É necessário, em suma, que entre o abuso ou a violação e o evento exista relação de meio e fim. A execução do crime deve ter sido, no todo ou em parte, até o momento consumativo, assistida e facilitada pelo abuso ou pela violação. Exclui-se, portanto, a agravante, quando o abuso, ou a viola-

³⁶³ O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União considera funcionário público a pessoa legalmente investida em cargo público, isto é, criado por lei, em número certo, com denominação própria e pago pelos cofres da União (arts. 2.º e 3.º do dec.-lei número 1.173, de 28 de outubro de 1938).

ção, serve apenas à ocultação, impunidade ou vantagem do crime, sem aquêlê nexô.

O *abuso* ou a *violação* deve ter por objeto poder ou dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão, consistindo na inversão de uso, no interesse próprio ou alheio, de faculdade ou meio de que sômente se dispõe, para fim ilícito, e, quanto a cargo público, no exclusivo benefício do Estado.

O vocábulo *ofício* é empregado tanto no sentido objetivo, isto é, o lugar em que se desenvolve a atividade do oficial, como no sentido subjetivo, isto é, o atributo de que deriva o seu exercício. Este comporta o aspecto exclusiva ou predominantemente intelectual, e não o puramente material.

No conceito de *ofício* entra, quer o ofício público, quer o privado. Ofício, em tal sentido, é tôda função reconhecida e disciplinada pela lei, tanto no campo do direito público, como no campo do direito privado.

O cargo e o ofício podem ser permanentes ou temporários, gratuitos ou remunerados.

Não são elementos da circunstância a confiança e a hierarquia.

A agravante da letra *h*, em regra subjetiva e sempre incommunicável, é uma só, mesmo quando o agente se enquadra, simultâneamente, em mais de uma das hipóteses previstas, por exemplo, quando o ministro de confissão religiosa desempenha o *cargo* de capelão ou o médico exerce o *cargo* de diretor do hospital etc.

As agravantes das letras *g*, 1.^a parte, e *h* convivem com a agravante do art. 45, III.

As agravantes das letras *f*, *g* e *h*, além da exacerbação da pena principal, determinam, em regra, a aplicação das penas acessórias (arts. 68 e 69).

Tôdas as relações consideradas tornam mais fácil, mais segura, mais eficiente a execução do crime e propiciam a impunidade. O crime resultante do seu aproveitamento, além de ferir, mais intensamente, a sensibilidade pública, exprime maior periculosidade, pois se dirige contra pessoas merecedo-

ras de especial proteção legal ou que tinham essa proteção confiada ao próprio agente.^{368-a}

368-a “A agravante de abuso de poder, cargo, ou ofício, constitui elemento da própria definição legal do crime do art. 322” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 11-9-44).

“A circunstância agravante da coabitação só deve ser tomada em conta se tiver influído na perpetração do crime” (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 30-3-43).

“A circunstância agravante de ter praticado crime contra irmã não pode prevalecer. Elas já haviam rompido os laços de solidariedade fraterna há muito, pois viviam em contínua rusga. Ora, em face do Código Penal, ninguém mais pode pôr em dúvida que dita circunstância agravante seja subjetiva. “Ao prover”, diz o eminente ministro FRANCISCO CAMPOS, na *Exposição de motivos*, “as circunstâncias agravantes e atenuantes, genéricas ou especiais, o projeto apresenta um cunho nitidamente subjetivista. O crime em si mesmo, na sua materialidade, passa aqui para o segundo plano. O que importa, principalmente, é o crime em função de seu autor. Adquire culminante relêvo o *motivo*, o *porquê* do crime” (voto vencido, 1.ª Câmara Criminal, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 25-3-42).

“Da agravante — crime contra irmã — se infere uma maior periculosidade, pois se não atendera à voz do sangue, ao vínculo “de parentesco” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19-1-42).

“Separado, de fato, o casal, subsiste a agravante de crime contra cônjuge. Redução de pena e concessão da suspensão condicional desta, uma vez que se trata de réu menor e primário” (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20-12-48, *Diário da Justiça* de 8-9-49, pág. 3.707).

“A agravante do art. 44, II, f, do Código Penal, de caráter subjetivo, isto é, referente ao agente do crime, não pode ser excluída pelo estado emocional; isso seria possível se se tratasse de agravante objetiva, porque esta diz respeito à ação criminosa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20-3-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 171, pág. 122).

“Não constitui agravante específica ser o crime cometido contra sogra” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-12-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 583).

“Crime contra cônjuge. A separação de fato não exclui o reconhecimento da agravante do crime contra cônjuge” (2.ª Câmara,

45. A agravante da letra i era assim definida no Código de 1890: "ter sido o crime cometido faltando o delinqüente ao respeito devido à idade, ou à enfermidade do ofendido" (art. 39, § 15). Com a referência à *criança*, que é, hoje, "objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado", ³³⁹ desaparece qualquer dúvida sobre o particular respeito exigido, também, para a infância.

O Código fixou em 18 anos a menoridade penal (art. 23) e presumiu, até os 14, a inexperiência e a fraqueza de que se trata (art. 324).

A palavra *criança* está ligada à idéia de criação, referindo-se a quem está sendo criado e, convencionalmente, à idade infantil ou pueril, a que se segue a idade juvenil.

Costuma-se fixar a chamada idade do leite ou primeira idade até os dois anos, quando termina, normalmente, a dentição. A segunda idade iria de dois a sete anos, quando a criança começa a mudar a dentição; a terceira idade compreenderia dos sete aos 14 anos, quando se inicia a acentuação dos fenômenos da puberdade.

O art. 14 do Código de Menores alude a infantes (até sete anos de idade).

O Código, nos arts. 30, § 3.º, 48, I, e 115 precisou o limite de idade em que a velhice influi no tratamento penal. A especial proteção devida à velhice projetou-se, sobretudo, na legislação social. ^{339-a}

³³⁹ Constituição de 1937, pág. 127.

^{339-a} "Só constitui circunstância agravante a prática de crime "contra velho quando este é pessoa incapaz de se defender, revelando o criminoso, por esse fato, acentuados sentimentos anti-sociais" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2310-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 90).

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20-12-48, *Revista Forense*, vol. 126, pág. 262).

"A agravante do crime contra cônjuge subsiste, após desquite, pois este não rompe o vínculo matrimonial" (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23-5-49, *Revista Forense*, vol. 128, página 208).

Quanto ao doente, não distingue o Código entre doença crônica e aguda, física e mental.

RENÉ LERICHE considera muito difícil a definição de doença. Faz-se dela — adianta — uma idéia biologicamente muito falsa, embora humana e natural. Mal-estar e dor entrariam, obrigatoriamente, no conceito. Entretanto, dor e mal-estar são fatores acidentais da doença, ainda grave, quando já se acham ameaçados os recursos essenciais à vida.

O ataque de apoplexia seria como o trovão no céu sereno. No entanto, há anos, um desequilíbrio despercebido, que escapa à própria tensão arterial, vinha preparando o desenlace.³⁷⁰

Por isso, LERICHE, distinguindo a fase pré-clínica e a fase clínica da doença, compara-a a uma peça em dois atos: o primeiro, curto ou longo, às vezes longo ou curto demais, é representado, silenciosamente, na noite misteriosa dos tecidos, antes de subir o pano; no segundo ato, depois de subir o pano, os projetores estão dirigidos ao palco. Seriam os sinais clínicos. Segue-se o desfecho.

Para definir a doença, portanto, seria preciso desumanizá-la, suprimir o seu caráter antropocêntrico, estudá-la em si mesma.³⁷¹

O Código atende, quer quanto à idade, quer quando à doença, à expressão de covardia e de impiedade do ato. Por isso mesmo, é intuitivo que, se o sujeito passivo está, mais ou menos, nas condições do sujeito ativo, não tem cabimento a agravante.

Esta é, em regra, subjetiva e sempre comunicável, não comportando desdobramento. Se a criança ou o velho é, ou está, enfêrmo, há uma só agravação.

³⁷⁰ *Revue de l'Encyclopédie Française*, cit., vol. VI, págs. 622-623.

³⁷¹ Doença ou moléstia? Ninguém vá procurar a lógica na nomenclatura científica, que não a encontrará; tudo nela é convenção,

Na letra *j*, correspondente ao § 16 do art. 39 do Código de 1890, a maior periculosidade assume nítida complexidade, pelo desrespeito simultâneo à autoridade e à situação da vítima. Não houve inovação no texto e no espírito da agravante, que é, em regra, subjetiva e sempre comunicável.

Estão sob a imediata proteção da autoridade o prêso, o doente mental recolhido a estabelecimento oficial, o escolar que atravessa a rua, depois de interrompido o trânsito pelo guarda do tráfego para esse fim etc.

A última agravante (letra *k*), também comunicável e, em regra, subjetiva, cuida das situações previstas, nos mesmos termos, no § 18 do art. 39 do Código de 1890. O agente não cria, como na letra *d*, mas aproveita os efeitos de calamidade pública (além dos exemplos legais: seca, epidemia, guerra, extrema e geral carestia da vida, invasão armada, insurreição, certas greves etc.) que, por natureza, atinge a coletividade, ou de calamidade particular (acidente, falência, infortúnios domésticos e pessoais em geral etc.).

Em todos os casos, a maior periculosidade define-se pela falta dos requisitos primários da solidariedade humana, pela completa ausência do senso moral.

O agente, não só desatende a imperativos éticos rudimentares, como não se detém diante dos supremos espetá-

mas ao menos que estivessem todos, e em todos os tempos, de acordo. Já o Prof. AFRÂNIO PEIXOTO, com a sua habitual superioridade e transparência, explanou o assunto desta nota e não há quem leia os seus argumentos e se não convença; mas, quantos o terão lido, e dos que o leram, quantos, pela força do hábito, não claudicam de vez em quando? Parece-me que a melhor classificação seria a seguinte: *Doença*: termo genérico, significando qualquer desvio do estado normal. *Moléstia*: conjunto de fenômenos que envolvem sob a influência da mesma causa. *Afecção*: conjunto de fenômenos na dependência da mesma lesão. *Enfermidade*: desarranjo na disposição material do corpo (MIGUEL COUTO, *Clínica Médica*, Rio, 1926, 3.º vol., pág. 222).

culos da dor e do perigo, e ainda encontra nêles sugestões e estímulos para aumentar a aflição aos aflitos.^{371-a}

**Agravantes
no caso de
concurso de
agentes**

Art. 45. *A pena é ainda agravada em relação ao agente que:*

I, promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II, coage outrem à execução material do crime;

III, instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV, executa o crime, ou nêle participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

DIREITO ANTERIOR — Consolidação das Leis Penais, art. 39, § 13.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “A pena a ser imposta por um crime cometido será aumentada: 1.º se o número das pessoas que concorreram no crime fôr de cinco ou mais, salvo se a lei dispuser de outra maneira; 2.º para aquêles que, embora fora dos casos previstos pelos dois números seguintes, houver promovido ou organizado a cooperação no crime, ou ainda houver dirigido

^{371-a} “O ajuste hoje não qualifica nem agrava o delito” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 12-10-44).

“A agravante do ajuste não foi contemplada no novo Código” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 19-1-43).

“A surpresa subsiste como qualificativa na parte final do art. 121, n.º IV, § 2.º, do Código Penal” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 13-5-42).

“O ajuste pode constituir agravante qualificativa em face do “art. 44, letra d, *in fine*, combinado com o art. 121, § 2.º, n.º 4, “quando em consequência dêste a defesa do ofendido fica impedida “ou dificultada” (Tribunal de Apelação de Alagoas, 3-2-42).

a atividade das pessoas que tiverem concorrido no próprio crime; 3.º) para aquêle que, no exercício de sua autoridade, direção ou vigilância, houver determinado pessoas a êles sujeitas a praticar o crime; 4.º) para aquêle que, fora do caso previsto no artigo precedente, houver determinado um menor de 18 anos, ou uma pessoa em estado de enfermidade ou de deficiência psíquica, a praticar o crime. As agravantes de pena fixadas nos ns. 1.º, 2.º e 3.º d'êste artigo aplicar-se-ão igualmente se qualquer dos que participarem do ato não fôr imputável ou não fôr punível" (art. 112).

COMENTARIO

SUMÁRIO: 46. Considerações gerais. 47. As agravantes no concurso de agentes. 48. Autores principais. 49. Coação. 50. Instigação e determinação. 51. Paga ou promessa de recompensa.

46. O instituto da co-delinquência constituiu-se sob as oscilações de duas teorias principais: a que equipara e a que distingue os participantes. Bascava-se a primeira na idêntica atividade psíquica e a segunda na diversa atividade física. A pena estava, ora em função do elemento moral comum, ora em função da variável contribuição material. A procedência parcial de ambas as diretrizes provocou transações. Daí os critérios conciliatórios.

As doutrinas romana, canônica e francesa consagram a solidariedade na pena correspondente à solidariedade no crime, confundindo todos os participantes.

A doutrina oposta, trabalhada pelos clássicos, torna cada delinqüente responsável, unicamente, pelo que fêz ou pelo que mostrou querer fazer, como se estivesse isolado na sua obra. O crime seria o denominador comum, e cada delinqüente um numerador.

A situação em que todos se colocaram, a unicidade de intenção que os reuniu e congregou, a assistência e o auxílio que mutuamente se deram com a presença e a ação, enfim, a coeficiência intelectual e material de todos fundamentam,

sólidamente, a responsabilidade solidária no crime e na pena. Parece-me, assim, preferível a teoria unitária.³⁷²

O cúmplice, associando-se ao delito, afronta tôdas as suas eventualidades, com plena e inteira responsabilidade.

Por outro lado, seria difícil distinguir os diversos graus e espécies de participação. Tornando-se o cúmplice relativa e especificamente indispensável ao autor que, sem êle, não operaria nas mesmas condições, seria injusta qualquer diferença apriorística. Dir-se-á que o simples fato de ser cúmplice indica que não se quis aceitar a parte de autor e que, quando muitos homens enfrentam um risco, todos procuram distribuí-lo, pelo menos, igualmente. Tornar-se-ia, em consequência, impossível encontrar quem queira correr o risco maior em benefício dos outros. São os fatos, porém, que definem os papéis, permitindo ao juiz contemplá-los, segundo a convicção ditada pelas provas (arts. 45, I, e 48, II e parág. único).

A teoria da equiparação legal, que não exclui a distinção judicial não foi, portanto, inspirada pelos malfetores (ROSSI, BECCARIA).

Acolhe-se, assim, o aperfeiçoamento do sistema do Código francês, segundo a fórmula de GETZ, adotada no Código norueguês (1902): a equiparação do cúmplice ao autor, suprimida a teoria do concurso de delinquentes.

Superando a solução de GETZ pela diminuição da pena ao participante secundário, o Código prevê a agravação da pena ao participante principal, pois a cominação considera a intervenção mínima: a travessia das fronteiras do ilícito criminal.

O *delictum sui generis* (delito de concurso), de natureza acessória, imputável a título especial, independentemente da contribuição prestada ao delito principal, desprezaria o conjunto da realidade, como na velha concepção de aparente equidade e tormentosa aplicação: "Cada um responde

³⁷² Foi o que sustentei, em 1938, no livro *Direito Penal*, cit., 2.º vol., Rio.

pelo próprio ato". O delito, objetivamente único, produzido em vêzes iguais ao número dos participantes, reproduz-se para cada um dêles em relação à sua obra (CARRARA, ALI-MENA).

Já os positivistas tinham conseguido desprestigiar o critério objetivo do crime único, encarando, subjetivamente, os delinquentes e estudando a psicologia dos associados.

Para certos crimes (p. ex., art. 155, § 4.º, IV) e não para todos, como queria SIGHELE, o concurso de várias pessoas no mesmo delito deve constituir sempre uma circunstância agravante. Aliás, SIGHELE exigia a premeditação e partia da mentira estatística de que a associação acompanha mais frequentemente os delitos graves, reunindo com maior facilidade delinquentes natos e habituais — aquêles em que a criminalidade constitui estado permanente.

O juiz individualiza a maior intensidade criminosa em vez de somar as diversas atividades e energias.

Seria artificial considerar a parceria um fenômeno de sugestão. Se o *incubo* (o suggestionador) é um delinquente nato — era o que supunha SIGHELE — e o *súcubo* (o suggestionado) um delinquente ocasional, a periculosidade dêste, por sua fraqueza, pelo menos, seria igual à do *incubo*.

A simplicidade dessa generalização, baseada em pressupostos arbitrários, não pode ser admitida, sequer, em relação à multidão criminosa, para adormecer os sentimentos bons e excitar os sentimentos anti-sociais.

Quando se verifica o fenômeno, o Código provê à atenuação (art. 44, IV, e).

A agravação sistemática, pela simples verificação do concurso, não permitiria a individualização.

E esta dá mais valor à personalidade do que aos atos.³⁷³

³⁷³ VON BURI, vitalizando a teoria romano-francesa, recorreu ao princípio de causalidade para repudiar qualquer distinção entre os participantes. Assim — sustenta — cada delito é, como qualquer outro fenômeno, fatalmente determinado por um complexo de causas ou condições. Cada uma dessas causas ou condições concorre, não por si só, mas juntamente com outras. Sem uma delas o delito não

O art. 17 do Código de 1890 distinguia os autores dos cúmplices. A atuação maior, principal, correspondia aos autores; a menor, secundária, aos cúmplices. O art. 18 enumerava os casos de autoria (§ 1.º) e de co-autoria (§§ 2.º, 3.º e 4.º).

47. Partindo do princípio da responsabilidade igual para todos os concorrentes, o Código proporciona a individualização da pena, segundo a maior ou menor periculosidade de cada um.

Assim, o art. 45 enumera as agravantes no concurso de agentes, mencionando-se as atenuantes no art. 48, II e parág. único.

O Código filiou o concurso de pessoas (art. 25) ao conceito de causalidade (art. 11). Daí, a mesma responsabilidade para cada um dos participantes, suprimindo-se a distinção entre autoria e cumplicidade, uma vez que o concurso de cada agente, enquadrado na causação do evento, é, por si só, necessário. Não há, pois, distinção entre participação secundária e participação primária, e entre participação moral e participação material, como categorias fixas e preestabelecidas, embora influam na pena regida pela individualização.³⁷⁴

³⁷⁴ Desde o Congresso de São Petersburgo (1902), a fórmula unitária de GARRAUD, HAMEL e LISZT conquistou a maioria dos doutrinadores.

teria acontecido. Portanto, a perfeita equivalência objetiva de todas essas condições deriva, precisamente, da relação de necessidade entre cada uma e o efeito. Nesse pressuposto, cada indivíduo que fornece uma condição ao delito, isto é, uma *causa necessária e objetivamente igual*, deve ser igualmente responsável pelo crime. LISZT emprestou a sua autoridade a essa teoria, acrescentando que a distinção da responsabilidade entre os participantes de um crime é uma criação do direito positivo. A teoria da co-participação (TEILNAHME) entre os alemães vai cedendo à influência de von BURI. Muitos, porém, invocam a mesma causalidade, para punir cada um pelo resultado de sua ação (ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 2.º, pág. 368).

Desapareceu, portanto, a diferença entre *socii in crimine* e *socii criminis*.

A fato da participação, por si só, não agrava a pena. Na Parte Especial, porém, são previstas figuras em que ela milita como causa de aumento de pena (p. ex., arts. 155, § 4.º, IV, e 158, § 1.º).

O Código italiano destinou o capítulo III do Título IV (“Do réu e da pessoa ofendida pelo crime”) ao concurso de pessoas e nele previu agravantes especiais. O Código brasileiro, desprezando, nessa parte, o anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, que imitou o Código italiano, incluiu as agravantes referentes à co-autoria, não no Título a ela alusivo (IV), mas no lugar próprio, isto é, no capítulo II do Título V — “Da aplicação da pena”, — a que concernem.

São diversas tais circunstâncias e a sua função. Esta, no Código brasileiro, está confiada ao arbítrio do juiz para a fixação da pena-base, isto é, a que o juiz aplica quando não existe causa de aumento ou diminuição (art. 50).

Vimos, já, a distinção a respeito. O art. 45, ao contrário dos arts. 44 e 48, não contém o advérbio *sempre*, mas, em relação ao agente a que se aplique, o juiz não pode deixar de considerar e reconhecer as agravantes respectivas.

Trata-se, para tanto, do *concursum delinquentium*, propriamente dito, e não do concurso necessário, agindo as agravantes *in personam* e não *in rem*.

A agravante do inciso I convive com as dos incisos II e III, aperfeiçoando a imagem da periculosidade, pois o promotor, organizador ou diretor da atividade dos comparsas encontra nas últimas circunstâncias condições de facilidade e garantia para executar astuciosamente a própria obra.^{374-a}

48. Os promotores, organizadores e diretores da cooperação, como principais autores, revelam maior periculosidade

^{374 a} “A agravante prevista no art. 45, n.º I, do Cód. Penal, só se aplica ao agente principal” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8-4-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 102).

de, qualquer que seja o número de concorrentes, e devem ser punidos mais severamente. O inciso I do art. 45 assim dispõe: “Promove a cooperação no crime” quem tem a idéia e assume a iniciativa da realização dêste.

Não se trata de simples conselho ou exortação, mas de ascendência e atuação, como artifice intelectual, de que resulte a cooperação. “Organizar a cooperação no crime” é elaborar, previamente, no todo ou em parte, o plano de ação, com a escolha ou indicação de meios e pessoas ou, também, somente com a seleção de pessoas, de modo que as atividades associadas encontrem em tal programa um meio eficaz de efetivar a empresa. “Dirige a atividade dos demais agentes” quem disciplina, articula, fiscaliza, controla, regula a execução, respondendo por sua eficiência.

Há uma só agravante, quando o mesmo agente promove, organiza e dirige a cooperação, porém qualquer um desses papéis principais pode ser exercido por mais de um.

49. A agravante do inciso II versa sobre a atividade e não sobre a vontade e a consciência do executor material.

O coagido, sempre por força externa, é simples instrumento na mão de outrem.

Quando há coação irresistível, o paciente é tão responsável como o punhal ou o revólver (SILVELA). Nesse caso, só se pune o autor da coação (art. 18). Verifica-se, aí, um dos casos de autoria mediata. Sendo vencível a coação, cabe a atenuante do art. 48, IV, c.

A *vis física*, a *vis absoluta*, suprime a espontaneidade e a voluntariedade do ato *Quae omnem admit agendi facultatem*. Então, a relação de causalidade psíquica ocorre entre o coator e a vítima. Desde o direito romano foi reconhecida essa influência da *vis maior*. *Non agit, sed agitur*.

Alguns incluem, como, ainda agora, MAGGIORE, nesse caso, os pacientes da sugestão hipnótica, por exemplo. Entretanto, MEDEIROS e ALBUQUERQUE, no seu livro *O Hipnotismo*, demonstra absolutamente destituída de provas a afirmação de que os doentes ficam escravizados ao hipnotizador.

Esta idéia já tem sido examinada e rejeitada muitas vezes. Imagine-se bem como seria complicado nas circunstâncias de BERNKEIM, WETTERSBRAND ou VAN RENTERGHEM, vivendo em pequenas cidades e hipnotizando anualmente milhares de pessoas, se elas lhe ficassem escravizadas! Talvez, bem vistas as coisas, essa objeção tenha, sobretudo, uma origem literária. Ela vem, principalmente, de dois romances de voga universal, um, francês, o *José Balsamo*, de ALEXANDRE DUMAS, e outro, inglês, o *Tribby*, de GEORGES MAURIER. Por sua vez, o cinematógrafo tem popularizado essa idéia falsa. Neste, o quadro é sempre o mesmo: o operador atira, pelas pontas dos dedos, ondas de fluídos e o paciente sucumbe, escravizado. A idéia pode ser romântica e cinematográfica, mas é também cômicamente errônea. Somente quem não tenha ligado com o hipnotismo pode tê-la...

Por isso mesmo foi cancelado do projeto preliminar italiano o art. 49, referente ao constrangimento fisiológico, pela consideração de não-estar bem assentada a existência desse fenômeno.

O art. 269 do Código de 1890 admitia que o hipnotismo pudesse privar a mulher de suas faculdades psíquicas.

Para integrar a agravante não é preciso que a coação seja material, exercida sobre o corpo. Tanto a *vis absoluta*, como a *vis compulsiva*, esta quando não compreendida no inciso III, pode criar a situação em apêço.³⁷⁵

50. O Código alude, no inciso II do art. 45, à instigação e à determinação, para afastar qualquer dúvida sobre o alcance da agravante.

A *determinação* poderia ser identificada, exclusivamente, no mandato, e a *instigação* poderia excluir o mandato como modalidade especial de atuação psicológica.

³⁷⁵ Dispõe o art. 99 do Código Civil: "No apreciar a coação se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias, que lhe possam influir na gravidade".

A expressão *mandar* do Código de 1890 não se recomendaria, sobretudo diante dos vincos criados pela jurisprudência e pela doutrina em torno da tradição formalista do *mandato*. Na determinação e na instigação compreendem-se todas as formas ponderáveis de apassivação da vontade e da consciência, inclusive a provocação, se ainda é lícito conceituá-la autônomoamente.³⁷⁶

O Código de 1890 enumerava os seguintes casos de provocação e determinação: dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influência de superioridade hierárquica (art. 18, § 2.º). As ameaças e o constrangimento estão compreendidos no inciso II, o abuso ou influência de superioridade hierárquica no inciso III, e as dádivas e promessas no inciso IV do art. 45 do novo Código.

Impõe-se a agravante desde que haja efetivamente operado uma influência capaz de decidir e movimentar o executor material. No entanto, não instiga ou determina o subordinado quem se limita a animar a resolução própria e exclusiva.

As relações de autoridade — inciso III — não são apenas as de direito público, mas, também, as de ordem moral, pelo influxo psicológico a que se atende, especificamente, contra os chamados motores do crime.

A instigação e a determinação devem ocorrer, pois, no exercício de qualquer autoridade, pública ou particular. Veja-se o n.º 44.

A autoridade doméstica, religiosa, profissional etc., pode importar dependência de igual e até de maior significação para o indivíduo.

No Brasil, os casos de mandato, por exemplo, são mais frequentes nos sertões, em que a autoridade dos fazendeiros, dos donos de engenho, dos patrões, dos chefes políticos ou religiosos em geral, ainda conserva um cunho medieval. A dedicação canina dos capangas, cabos, guarda-costas,

³⁷⁶ No Projeto da Subcomissão Legislativa alude-se a determinação ou instigação (art. 29).

cabras etc., beira pela inconsciência do fanatismo e da superstição. Há uma mistura primitiva de sentimentos bárbaros, explorada covarde e gananciosamente. Conta-se que um latifundiário nordestino mandou um de seus empregados matar o deflorador da filha. Encontrando-se depois com o mandatário, à porta da igreja local, disse-lhe que não executasse a ordem homicida contra o indicado, pois fôra outro o deflorador, e sim contra o verdadeiro autor. Respondeu-lhe o mandatário: "Agora não é mais possível. Já prometi a Nossa Senhora matar aquele mesmo. Só se matar os dois"...

O Código de 1940 corrigiu uma iniquidade do precedente, que equiparava a pena do autor intelectual à do autor material. O primeiro, único interessado no desfecho, esconde-se atrás do executor rude, devotado ou reconhecido, do subordinado, do constrangido, do medroso — instrumento de ódios adotivos. Mesmo no caso dos que assalariam a perversidade dos vendedores de bravura, dos arrendatários de coragem, o papel do mandante, no ponto de vista do estado perigoso, da aptidão criminal, do aparelhamento celerado, não deve ser identificado ao do mandatário.

A instigação e determinação devem ser diretas e para certo crime. É indiferente, no entanto, que sejam singulares ou plurais, gratuitas ou onerosas, mas, se onerosas, caracteriza-se a agravante do inciso IV.

O executor pode não comungar com os móveis e os fins do instigador ou do mandante, pelos quais se interessa exclusivamente. A relação de causalidade psíquica é estabelecida entre a vítima e o mandante ou instigador, o verdadeiro sujeito ativo do crime.

Não são, porém, simples insinuações, estímulos reticenciosos e equívocos que integram a instigação ou determinação. De qualquer forma, a pesquisa depende sempre do grau de receptividade e da ascendência.

O executor material somente deixa de ser punido se agiu em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, o qual, nesse caso, é o único a responder pelo crime (art. 18).

Agrava, também, a pena a instigação e a determinação exercidas contra indivíduo penalmente incapaz, conhecendo-se, é claro, a respectiva condição ou qualidade pessoal (arts. 22, 23 e 24, § 1.º).

Quem se aproveita das anomalias e dos *deficits* mentais alheios, garantindo a impunidade, revela maior periculosidade, consistente, sobretudo, na insídia e na desenvoltura celeradas, elementares no mandato aparente, na autoria ficta.³⁷⁷

Está justificada por si mesma a agravante relativa ao autor mediato.

Mesmo que a instigação e a determinação não sejam puníveis, porque o crime não chegou a ser tentado (art. 27), o instigador e o mandante são passíveis de medida de segurança (art. 76, parág. único).

Entende VANNINI que a expressão *determinar etc.*, a cometer o crime exclui a aplicação da agravante, se a participação fôr diversa da execução material. Por isso, seria um determinado a cometer o crime o subordinado que guia o automóvel onde o patrão leva para casa a vítima do rapto. Cometer não equivaleria a consumir.³⁷⁸

A interpretação de VANNINI é excessivamente liberal, sobretudo aplicada ao sistema do Código brasileiro.

Quantos concorrem para o crime são co-autores (art. 25), sem que se distinga em princípio o modo de cooperação.

51. O inciso IV do art. 45 reitera, para evitar qualquer dúvida sobre a sua ação, quer contra o autor intelectual, quer contra o autor material, ainda coato, instigado ou determinado, fora dos casos do art. 18, a agravante do motivo torpe. A paga ou promessa de recompensa configura a agravante comum do art. 44, II, *a*. (Veja-se o art. 121, 2.º, *a*).

³⁷⁷ O Código espanhol agrava a pena de quem executa o fato, valendo-se de menores de 16 anos ou de enfermos ou deficientes mentais (art. 66, n.º 13).

³⁷⁸ *Il Codice Penale etc.*, cit., pág. 492.

A paga ou promessa de recompensa figura entre as agravantes comuns, desde o Código de 1830 (ver o art. 39, § 10, do Código de 1890).

Qualquer vantagem, ainda não-patrimonial, pode encerrá-la.

O art. 25 não implica a autoria colateral, razão por que foi evitada a redundância da cláusula de que co-delinquência supõe ação ou omissão *scienter et libenter*. Tôdas as agravantes do art. 45 são, pois, em regra, subjetivas e sempre incommunicáveis por imperativo legal — “a pena é ainda aumentada em relação ao agente” etc.

A do inciso IV atende à torpeza bilateral.

Reincidência *Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.*

§ 1.º *Diz-se a reincidência:*

Reincidência genérica e reincidência específica *I, genérica, quando os crimes são de natureza diversa;*

II, específica, quando os crimes são da mesma natureza.

Crimes da mesma natureza § 2.º *Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.*

Efeitos da reincidência específica *Art. 47. A reincidência específica importa:*

I, a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo;

II, a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente, sem prejuízo do disposto no n.º I.

DIREITO ANTERIOR — Arts. 39, § 19, e 40 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Art. 99. Aquêl que, depois de haver sido condenado por um crime, pratica outro crime, fica sujeito a um aumento até um sexto da pena a ser imposta pelo novo crime. A pena é aumentada até metade: 1.º se o novo crime fôr da mesma natureza; 2.º se o novo crime houver sido praticado dentro de cinco anos após a condenação precedente; 3.º se o novo crime tiver sido cometido durante ou após o cumprimento da pena, ou ainda durante o tempo em que o condenado se subtrair voluntariamente ao cumprimento da pena. Sempre que concorrerem várias circunstâncias entre as indicadas nos números precedentes, o aumento da pena será de um terço até a metade. Se o reincidente praticar outro crime, o aumento da pena no caso previsto na primeira parte dêste artigo será de um terço até a metade, e, nos casos previstos pelos parágrafos precedentes, será da metade até dois terços. Art. 100. O juiz, salvo se se tratar de crimes da mesma natureza, tem a faculdade de excluir a reincidência entre delitos e contravenções ou ainda entre delitos dolosos ou preterintencionais e delitos culposos, ou ainda entre contravenções. Art. 101. Para os efeitos da lei penal são considerados crimes da mesma natureza não sòmente aquêles que violam a mesma disposição de lei, como também aquêles que, embora previstos por dispositivos diversos dêste Código, ou ainda por leis diferentes, não obstante, pela espécie dos atos que os constituem ou dos motivos que os determinarem, apresentam, nos casos concretos, caracteres fundamentais comuns”. *Código suíço*: “1. Em caso de condenação a reclusão ou a prisão e quando, nos cinco anos que precederam a infração, o autor desta já sofrera, no todo ou em parte, uma pena de reclusão ou de prisão, ou tinha sido desinternado de um dos estabelecimentos previstos nos arts. 42 a 45, o juiz aumentará a duração da pena. Não ficará adstrito ao máximo da pena previsto para a infração, mas não poderá ultrapassar o máximo legal do gênero de pena. A diminuição, por meio da graça, de pena privativa de liberdade é assimilada à execução. 2. Considera-se a condenação sofrida no estrangeiro para a reincidência, se pronunciada por infração que possa dar lugar, segundo o direito suíço, à extradição” (art. 67). *Código polonês*: “Se o autor, depois de ter sofrido, no

país ou no estrangeiro, a pena total ou o seu t^{er}ço pelo menos ou então depois de desinternado de estabelecimento preventivo, comete, no prazo de cinco anos, nova infração inspirada nos mesmos móveis ou pertencendo à mesma categoria da infração precedente, o tribunal pode fixar a pena, aumentando-a da metade do máximo previsto pela lei, sem ultrapassar o limite da categoria da pena prevista. Se a lei autoriza o tribunal a escolher entre a pena de prisão e a pena de *arresto*, esta não pode ser pronunciada" (art. 60, § 1.^o). *Código japonês*: "Art. 56. Se uma pessoa condenada a servidão penal, dentro de cinco anos a contar do dia em que sua execução foi completada ou extinta, comete outro crime punível com servidão penal limitada, tal crime constitui segunda ofensa. O mesmo ocorre, se a pessoa condenada à morte por crime da mesma natureza de outro punível com servidão penal, cometeu outro crime punível com servidão penal limitada, dentro do prazo do parágrafo precedente, calculado do dia em que a sentença foi extinta, ou, se a pena foi comutada em servidão penal, desde o dia em que a execução desta última foi completada ou extinta. Art. 57. A pena para crime repetido não deve exceder duas v^ezes o prazo máximo de servidão penal especificada para tal crime. Art. 58. Se, depois do julgamento definitivo, se apurar que a pessoa é reincidente, a pena será aumentada, de acôrdo com o artigo precedente. O parágrafo precedente não é aplicado no caso em que tal apuração seja feita, depois do cumprimento ou extinção da servidão penal". *Código chinês*: "Art. 47. É reincidente aquêl^e que, nos cinco anos a contar da execução completa de uma condenação a prisão temporária, ou, em caso de execução parcial de condenação a prisão perpétua ou temporária, a contar de sua graça, comete novamente infração punível no mínimo com prisão temporária, e a pena (prevista para a nova infração) é aumentada até a metade. Art. 48. Se a reincidência é apurada depois de se ter tornado definitivo o julgamento, a pena será fixada de novo, de acôrdo com as disposições do artigo precedente, a menos que a apuração se faça depois da execução completa da pena ou da graça. Art. 49. As disposições relativas à reincidência não se aplicam às infrações julgadas precedentemente cometidas quando elas foram julgadas de acôrdo com a lei militar ou por tribunal estrangeiro". *Código uruguaio*: "Art. 48. Agravam também a responsabilidade: 1.^o (a reincidência) — Entende-se como tal o ato de cometer um delicto antes de decorridos cinco anos da condenação por delicto anterior, haja ou não o agente cumprido a pena no país ou fora d^ele, devendo descontar-se, para a determinação do prazo, os dias em que o agente permaneceu privado da liberdade, ou pela prisão preventiva, ou pela pena. Art. 49. Não existe reincidência nem habitualidade entre delitos dolosos e culposos, entre

delitos comuns e militares, entre delitos comuns e políticos, entre delitos e contravenções". *Código dinamarquês*: "1. A aplicação de disposições, que prescrevem, em caso de reincidência, uma agravação da pena ou outros efeitos legais, está subordinada à condição de que o autor, antes de cometer a nova infração, tenha sido julgado culpado na Dinamarca, quer por ato punível, cometido depois da idade de 18 anos completos e suscetível, de acôrdo com a lei, de acarretar, como consequência da nova infração, a aplicação da pena da reincidência, quer de tentativa de ato dêste gênero ou de participação nêle. Todavia, a regra acima, quanto à idade do autor na ocasião da execução do ato punível, não se aplica no que diz respeito à disposição do art. 65. 2. O tribunal pode atribuir às condenações pronunciadas fora do Estado dinamarquês os mesmos efeitos das pronunciadas na Dinamarca, no ponto de vista da reincidência. 3. Uma condenação não é mais suscetível de acarretar o estado de reincidência, quando o novo ato punível é cometido mais de cinco anos depois do cumprimento, perdão ou prescrição da primeira pena ou depois da desintegração definitiva do condenado de Casa de Trabalho ou de Estabelecimento de Segurança. Se a primeira pena era multa, o dito prazo será contado a partir da data da sentença definitiva" (art. 81). *Código argentino*: "Art. 50. Haverá reincidência sempre que o condenado por sentença definitiva a pena restritiva de liberdade, pronunciada por qualquer tribunal do país, cometer novo delito, ainda mesmo que tenha havido indulto ou comutação. A condenação sofrida no estrangeiro será considerada para a reincidência, se pronunciada por delito que possa, segundo a lei argentina, dar lugar à extradição. Para os efeitos da reincidência não serão considerados os delitos militares ou políticos, nem os anistiados. Art. 51. O reincidente, pela segunda vez condenado a pena restritiva da liberdade que exceder de dois anos, cumprirá sua condenação com reclusão num dos pontos dos territórios do sul. A pena de privação de liberdade, que o processado sofreu por delito cometido antes de completar 21 anos, não poderá ser computada para a agravação da pena. Art. 52. A reclusão em ponto dos territórios do sul será imposta por tempo indeterminado e como acessória da última condenação, quando ocorrerem as seguintes circunstâncias: 1.º duas condenações a reclusão ou uma a reclusão e outra a prisão, por mais de três anos; 2.º três condenações a prisão por mais de três anos ou uma de reclusão por mais de três anos e duas de prisão por três anos pelo menos; 3.º quatro condenações a prisão, sendo uma delas maior de três anos; 4.º cinco condenações a prisão por três anos ou menos. Aplicar-se-á a reclusão como acessória da condenação nos casos de concurso de delitos, sempre que os delitos julgados tiverem

sido cinco, pelo menos, e que dois destes sejam punidos com pena maior de três anos de prisão. Art. 53. A condenação anterior não será considerada para os efeitos da reincidência, quando hajam decorrido os prazos estabelecidos no art. 65 e mais outro tanto, não devendo o prazo acrescido exceder de 10 anos". *Código peruano*: "Art. 111. É reincidente quem, depois de ter sofrido, no todo ou em parte, condenação ou pena que prive da liberdade imposta em sentença nacional ou estrangeira, comete, antes de passados cinco anos, outro delito também punido com privação de liberdade. A remissão da pena por meio de graça equivale à execução da mesma. Quando se trate de condenação estrangeira, esta só será considerada para os efeitos da reincidência, se o ato que a houver motivado fôr também punível como delito na República. Não se computarão as condenações em virtude de contravenções, por delitos culposos, nem pelos exclusivamente militares, nem pelos político-sociais não-cometidos com homicídio, incêndio ou saque. Art. 112. Os reincidentes serão punidos com pena não-menor do que o máximo da fixada para o delito. Art. 113. Os que cometerem delito punido com pena que prive da liberdade, depois de duas condenações do mesmo gênero de pena; os que cometerem delito punido com penitenciária ou com relegação de outra condenação à mesma espécie de pena, serão relegados em colônia penal por tempo indeterminado, não-inferior ao máximo estabelecido para o delito, nem maior do que esse máximo acrescido da metade. Quando o tempo correspondente ao delito fôr menor de dois anos, o relegado permanecerá na colônia pelo menos durante esse tempo. Art. 114. Os delinquentes relegados em colônia penal, por motivo de reincidência, trabalharão nas culturas da colônia ou no serviço de qualquer obra pública, sob a vigilância das respectivas autoridades. Art. 115. Vencido o tempo máximo, que corresponde ao delito, sem o aumento da metade, os relegados na colônia penal podem ser autorizados: 1.º) A cultivar, por conta própria, um lote de terras de montanha, de acôrdo com os regulamentos do Poder Executivo; 2.º) A adquirir a propriedade dos terrenos que cultivem pelo preço e no tempo e forma prescritos nos regulamentos do Poder Executivo. A concessão definitiva dos terrenos compreenderá a de uma casa construída nos mesmos. A superfície de cada concessão dependerá da qualidade dos terrenos e do número de pessoas que compuserem a família do relegado: 3.º) A gozar de liberdade condicional dentro ou fora da colônia, sempre que tiverem observado conduta irrepreensível, reparado na medida do possível o dano, e demonstrado constante inclinação ao trabalho".

COMENTARIO

SUMÁRIO: 52. Dados históricos. 53. Subsídios doutrinários. 54. A reincidência no Código de 1940. 55. Sua caracterização. 56. Reincidência genérica. 57. Reincidência específica.

52. No direito romano, a reincidência era contemplada, exclusivamente, em relação a determinados crimes para agravar a pena ordinária, comutá-la para espécie mais grave ou imprimir, por si só, caráter delituoso a certos fatos.

Primitivamente, a sua eficácia circunscrevia-se ao mesmo gênero de atos puníveis — *in eiusdem sceleribus*. Foi, mesmo, regra que somente operasse a reincidência específica.

Pelo menos o direito romano clássico não parece ter conhecido a agravante da reincidência genérica, mas esta privava de benefícios. No direito imperial, impedia a clemência.

A reincidência específica era, muitas vezes, confundida com a reiteração e, em regra, atuava como agravante discricionária justificada pela perseverança *in eadem temeritate propositi*. Sua verificação sujeitava a penas os autores de fatos punidos com sanções policiais ou disciplinares.

O chamado direito bárbaro desconheceu o problema, que voltou a ser mais caracteristicamente enfrentado sob LIUTPRANDO.

Assim, no 14.º ano de seu reinado (726) cominou-se pena mais severa para o segundo furto, exarcebada no terceiro até o banimento.

As capitulares de CARLOS MAGNO puniam o primeiro furto com a perda de um olho; o segundo, com a perda do nariz, e o terceiro, *si se non emenda verit*, com a morte.

A Constituição carolíngia considerava a reincidência no furto e sancionava o terceiro furto com a morte, vislumbrando-se a reincidência também no perjúrio.

No direito canônico, em relação ao fôro interno, a penitenciária era, a princípio, negada ao reincidente, mas, depois, estendeu-se a absolvição aos casos mais ostensivos de arrependimento. A reincidência tinha caráter específico, exi-

gindo-se a expiação da pena anterior para configurá-la: "*recidivus est ille qui post confessionem in eadem culpam eodem vel fere eodem modo relapsus est*". Já se distinguia o reincidente do habitual.

Quanto ao fóro *externo*, a reincidência constituía circunstância agravante, em crimes como a heresia, o concubinato, o abandono da residência por parte de bispos e cônegos. Em geral, aumentava o rigor da pena, segundo a pertinácia e a obstinação no pecado ou no delito.

Nos Estatutos, são indefinidas as linhas da reincidência, que, em compensação, ganham nitidez com os práticos. Seus princípios, ainda hoje prestigiosos, mandavam atender ao passado do delinqüente: "*in punitione delictorum habenda est ratio anteactae vitae*"; "*sicut consuetudo delinquendi facit augere poenam, ita et contro non consuetus alias delinquere, mitius puniatur*".

Entendia-se que "*semel malus praesumitur semper malus in futuris*" e que "*delictorum frequentia delinquentis incorrigibilitatem denotat*".

Era ainda opinião acorde dos doutores: "*consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi*". A reincidência era resignada como *consuetudo*, *perseverantia*, *germinatio*, *frequentatio*. Datam daí êsses ensinamentos: para a reincidência computam-se as condenações precedentes, mesmo prescritas ou perdoadas, salvo se ocorreu o decurso de mais de três anos da última condenação, exigindo-se, porém, pelo menos, duas (segundo outros, três) condenações. "*Magis communis opinio est ut binum requiratur delictum ultra illud de quo agitur, ad hoc ut quis dicatur solitus delinquere*" (RARINÁCIO).

Devia-se atender, também, às condenações pronunciadas no estrangeiro por crimes graves. A reincidência genérica não era desprezada, porque "*ab uno vitio omnes virtutes detrimentum patiuntur*". "*Qui est malus in uno, habet contra se non modicam suspicionem, quod sit malus in aliis, propter magnam connexitatem, quam habent inter se (delicta)*". O reconhecimento da reincidência, que importava

agravação da pena e tratamento especial durante a instrução, era deixado ao prudente arbítrio do juiz.

53. A reincidência (de *recidere*, *recair*) não se subordina aos critérios da responsabilidade e sim aos da periculosidade.

Não é à técnica jurídica, porém à política criminal, que devem ser pedidos os seus fundamentos, as suas modalidades e os seus efeitos.

A doutrina não conseguiu unanimidade, sequer, para a inclusão da reincidência entre as agravantes.

Rossi, na defesa do Código napoleônico, atribuía ao legislador o propósito de destacar a reincidência como motivo de culpabilidade especial, tanto moral como política, pois o delinqüente, repetindo a infração, insiste em menosprezar a ordem jurídica. Não seria apenas sob o ponto de vista ético que se dispensava tratamento mais austero ao reincidente imoral e depravado, e sim, também, pela manifestação positiva na prática do novo delito. CARRARA, que não filiou a reincidência à imputabilidade, nem à quantidade do delito, mas à pena, como agravante desta (assim a considerou o Código de 1940), negava a legitimidade de imputar-se ao réu, pela segunda vez, o delito punido.

A moral, e não ao direito, pertenceria o exame da maior perversidade do delinqüente. Não aumentaria a quantidade do delito, porque, se o dano mediato é o que o delito traz a todos os cidadãos, não pode atuar, prevalentemente, mas, acessória e eventualmente, na medida do delito. Por isso CARRARA, vendo na reincidência, acima de tudo, a revelação da ineficácia, da insuficiência da pena anterior, considerava-a como agravante da pena.

Noutras palavras, CARRARA põe a reincidência entre as causas que modificam a pena, relacionando-as às condições ou ao fim, sem que se modifique a quantidade do crime. O novo crime demonstra a insuficiência da pena ordinária. O próprio réu, com o seu ato, traz a prova positiva do desprezo à pena anterior. Tal insuficiência abrange a força física ob-

jetiva da pena, ocasionada pela insensibilidade ao mal sofrido, e a força moral objetiva, uma vez que a sensação da segurança na consciência pública não pode ser restaurada senão com a agravação.

Outros manifestaram-se pela improcedência da agravante, uma vez que a reincidência, dependente de circunstâncias ou condições sociais não-imputáveis ao indivíduo, não concorreria para aumentar o dano material, moral e político do delito. A pena anterior fôra cumprida, e, reviver o crime, que a ela dera lugar, constituiria quebra do princípio *non bis in idem*, e injusta invasão do terreno da moral (CARNOT, ALAUZEF, TISSOT, KÖSTLEIN, MERKEL, GESTERLING, MITTERMAYER, PAGANO, CARMIGNANI, GIULIANI, PESSINA, BUCCELLATTI). A reincidência seria indício de anormalidade.³⁷⁹

Chegou-se a apresentar a reincidência como atenuante, pois o hábito, agindo sobre a vontade, diminui os obstáculos que esta encontra e, portanto, a liberdade, donde ser a culpabilidade moral no reincidente menor do que no primário (BOURDON, TISSOT). Essa incompreensão fêz fortuna entre os psiquiatras, revivendo na de que a habitualidade indica deficiência psíquica.

O criminoso habitual e profissional é a réplica do experimentalismo sociológico à pré-noção biológica do criminoso nato.

Confinados no campo da liberdade moral, estranho, sobretudo, ao problema político da reincidência, outros (BUCCELLATTI, KLEINSCHROD) também pretendem efeitos atenuantes para a reincidência, o que, por si só, bastaria para indicar o divórcio entre tal concepção e os fundamentos, o objeto e os fins do próprio direito penal. A repetição do delito implicaria fácil tendência ao mal e menor liberdade para decidir-se e, portanto, menor imputabilidade. E, acrescentamos, exatamente por isso, maior periculosidade social e criminal. Mas, a debilidade da resistência aos estímulos criminais, além de

³⁷⁹ Para a ilustração e o desenvolvimento da tese, ORANO, *La Recidiva nei reati*, Roma, 1883; CERVI, *La Recidiva*, Manoppello, 1909.

encerrar um só aspecto, fugidio e relativo, da reincidência, constitui, com mais frequência, problema social, ético, econômico, pedagógico, que se resolve pelo fornecimento de compensação correspondente aos *deficits* individuais, através das sanções.

Tudo se reduziria à especialização destas.

É muito conhecida a solução que manda agravar a pena ordinária para os chamados *normais* e transformar a pena para os chamados *anormais* (PRINS). ORTOLAN falara em mutação da pena.

De qualquer forma, o que se agrava, em consequência da reincidência, não é a imputabilidade que, por si mesma, por sua natureza, admite causas de atenuação ou de exclusão e não de agravação.³⁸⁰

KLEINSCHROD culpa a sociedade pela reincidência, propiciando o ambiente de vício e corrupção, a falta de trabalho, a má distribuição da riqueza, a defeituosíssima organização penal e penitenciária, criando as circunstâncias que arrastam à reincidência.

A política social cuidará dessas causas crônicas, cuja generalidade não se presta a imunidades pessoais. O direito penal desempenha papel prático, urgente e direto, em face dos efeitos imediatos, de imprevista, variada e flutuante filiação.

Outros baseiam a agravante da reincidência na maior periculosidade do agente, atuando sobre a imputação, influenciando na quantidade do crime e referindo-se à condição pessoal do delinqüente (IMPALLOMENNI, LUCCHINI, MANZINI, GREGORI).

Para os positivistas (FERRI, GAROFALO, VITOR PÔRTO, CARRELLI), a reincidência não constitui entidade jurídica abstrata, devendo ser estudada no delinqüente, indagando-se de sua significação como revelação de maior periculosidade ou de mais decisiva anti-sociabilidade.

³⁸⁰ VANNINI, *Il Codice Penale*, etc., cit., pág. 410.

Como critério fundamental do direito penal deve-se conceber a reincidência subjetivamente, em relação ao homem; é mais conforme aos critérios da personalidade do delinqüente falar de reincidentes como categoria, de preferência a falar de reincidência como esquema jurídico.³⁸¹ Esta, em doutrina, a diretriz de minha preferência e, na prática, o ideal de que nos aproximamos.

O Código de 1940 representa, nesse sentido, uma sensível evolução a ser superada, na medida das possibilidades práticas, cada vez maiores, do aparelhamento penitenciário, da especialização da magistratura, da vulgarização científica.

Não obstante as divergências, quanto à concepção da reincidência e à razão da agravação, esta prevalece na doutrina.

Assim é, também, na legislação (projeto FERRI, Códigos húngaro, sueco, dinamarquês, grego, austríaco, espanhol, belga, finlandês etc.).

Vimos no n.º 52 os dados históricos remotos.

A tendência hoje é no sentido de tratamento eficaz, não somente para os reincidentes, como, principalmente, para os reincidentes perigosos e os habituais.

Os Códigos modernos e, sobretudo, leis especiais³⁸² procuram resolver o problema da reincidência, cada dia mais grave e complexo.

³⁸¹ FLORIAN, *Trattato*, cit., 2.º vol., pág. 987.

³⁸² A lei francesa de 1885, modificada em 1903, 1904 e 1907, foi a mais importante, estabelecendo pena complementar de relegação. O Código germânico somente contempla a reincidência em relação a alguns crimes, como o furto, o roubo, a receptação, o estelionato.

O projeto de 1930 substituiu a rubrica do projeto de 1925 sobre a reincidência, incorporando-a à habitualidade. Também o memorial prussiano não contempla a reincidência. O projeto francês de 1932 continua a falar em reincidência. Vejam-se os principais Códigos na parte inicial — Direito comparado.

A lei portuguesa de 1891 consagrou a deportação dos reincidentes. Na Inglaterra, a lei de 1908 (*Prevention of crime Act*) encarou de frente o problema, provocando repercussões nos Estados Unidos (Códigos de New York e leis de Indiana, Califórnia, etc.).

54. No Código de 1890, a reincidência figura, em último lugar, entre as agravantes do *crime* (arts. 36 e 39, § 19). No Código de 1940, comanda o elenco de agravantes *da pena* (art. 44, I).

O Código enfrentou, com a mais constante compenetração, o problema da reincidência, cuja importância, como a própria imagem da periculosidade, teve sempre em cuidadas vistas.

Assim, a reincidência torna obrigatória a conversão da multa em detenção, no caso de não-pagamento (art. 33), constitui circunstância preponderante (art. 49), impede o reconhecimento da atenuante do art. 48, IV, e, exclui o *sursis* (art. 57, n.º I), eleva o período de tempo de cumprimento da pena necessário para a concessão do livramento condicional (art. 60, I), faz presumir a periculosidade (art. 78, n.º IV), aumenta o prazo da prescrição (art. 110), interrompe o curso da prescrição (art. 117, VI), duplica o prazo mínimo para o pedido de reabilitação (art. 119, § 1.º) etc.

No plenário do 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, em Santiago, defendi, do ponto de vista legislativo, os critérios do Código brasileiro, pelos exatos motivos de minha livre concordância. Por ter colaborado na revisão do anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, não me obriguei a orientar e, muito menos, a fundamentar dessa ou daquela forma o meu apoio e a considerar sagradas e perfeitas as soluções vencedoras.

Em regra, pareceram-me estas as mais viáveis, as mais exequíveis.³⁸³

Sou, porém, sensível, como bom positivista, à prova em contrário. Demonstrei em Santiago que a distinção entre reincidência específica e reincidência genérica, antes do legislador, é feita pelo sentimento popular.³⁸⁴ Ainda em lou-

³⁸³ Leia-se o que escrevi sob o título *A capacidade penal e o futuro Código*, na *Revista Forense*, 1940, março, pág. 563.

³⁸⁴ A necessidade de uma defesa mais eficiente contra os delinquentes mais perigosos é sentida, também, pela consciência pública (SALTELLI e DI FALCO, ob. cit., vol. 1.º, parte 2.ª, pág. 23).

vor do Código brasileiro, atacado pela ortodoxia positivista, com que o próprio FERRI transigiu nas tarefas práticas de legislador e de coordenador de congressos científicos, sustentei que o reincidente é sempre perigoso.

Se perigoso é quem autoriza a suposição de que venha a delinquir, quem delinuiu autoriza, não somente a suposição, mas a certeza da periculosidade. Por outro lado, veja-se a lição de quem bem pode ensinar aos mais doutos — FERRI: “ todos os delinquentes, pelo único fato de terem cometido um crime, por isso mesmo se demonstram socialmente perigosos. Também o delinquente passional é perigoso, se bem que em mínimo grau: tanto isto é verdade que nem todo o amante desgraçado e nem todo o cidadão ofendido na sua honra recorre ao ferimento ou ao homicídio. E somente a periculosidade pode ser diversa: desde um máximo — que exige a sanção eliminadora do consórcio civilizado, até um mínimo — que pode permitir a condenação condicional e mesmo o perdão. Logo, o problema não consiste em precisar quais sejam os delinquentes perigosos, para os quais são necessárias especiais medidas de segurança, mas sim em avaliar o grau de periculosidade em cada delinquente, pelo único fato de ter cometido uma ação delituosa por que deve responder”.³⁸⁵

FLORIAN, exaltando o verdadeiro progresso, substancial e técnico, do Código italiano, nessa matéria, através de linhas ágeis e idôneas, assinalou a perpetuidade do laço de reincidência, a inclusão das sentenças estrangeiras, o critério da igualdade da natureza dos crimes, acentuando com menos brandura o efeito da reincidência genérica, a faculdade de excluir a reincidência em certos casos, a graduação da intensidade da reincidência, além das duas figuras tradicionais (genérica e específica), em limites que permitem ao juiz amplitude e elasticidade de apreciação.³⁸⁶ Sobre tudo em referência à posição do instituto na legislação ante-

³⁸⁵ *Princípios*, cit., pág. 283.

³⁸⁶ Ob. cit., 2.º vol., pág. 1.031.

rior, o avanço do Código brasileiro ultrapassa o do italiano. Se não concedeu arbítrio ao juiz para excluir a reincidência, em certos casos, o Código não fixou, como o italiano (art. 99), os limites do aumento e somente para a reincidência específica deslocou o mínimo da cominação.

O Código italiano faculta a exclusão da reincidência genérica entre delitos e contravenções, entre delitos culposos ou preterintencionais e culposos, e entre contravenções (artigo 100). O brasileiro faz mais praticamente, pois a agravação pela reincidência genérica entra no cálculo arbitrário, mas fundamentado, do juiz. Por outro lado, não há a agravante entre crimes e contravenções, como no Código ZANARDELLI.

O Código não fez depender de homologação ou outras condições a influência da sentença estrangeira.

O Código de 1890 teve da reincidência, e somente da específica, uma concepção augustiosamente limitada e extremamente formalista, que somente impedia a aplicação da pena no grau mínimo. O novo Código enfrentou o problema sob todos os aspectos, dentro de uma disciplina harmônica e coerente que se aproxima do ideal positivista.

O estudo detido dos arts. 46 e 47 revelará que o Código, sem excluir o especial rigor no tratamento do reincidente e, através dêste, dos habituais e profissionais, deixa ao juiz a indagação e a caracterização da agravante. Uma vez fixada esta, é obrigatório o seu reconhecimento (arts. 44, I, e 46, I).

Quando se tratar de reincidência genérica, cuja configuração, em última análise, depende do convencimento do julgador quanto à diversa natureza dos crimes — impõe-se a agravação (arts. 44, I, e 46, § 1.º, I). Mas, essa agravação não corresponde a uma dose determinada, entrando na visão global do problema em aprêço (*vide* o n.º 26).

O juiz não pode deixar de considerar a reincidência genérica, por êle integrada em todos os seus elementos (são circunstâncias que *sempre* agravam, art. 44, I), porém a maior ou menor influência dela na quantidade da pena ou de sua qualidade, em caso de cominação alternativa (art. 42), osci-

lará em função da faculdade geral de individualizar a reação, ou melhor, de proporcionar o meio defensivo à periculosidade. O juiz não está impedido de fazer atuar sôbriamente a reincidência, em casos excepcionais.

Também em relação à reincidência específica, não há o absoluto e rígido automatismo, justamente repellido pelos positivistas. É o juiz que, ao formar sua convicção, apura e proclama a identidade de natureza dos crimes, dentro do largo conceito do § 2.º do art. 46. E, depois de assim julgar, dispõe, nos limites do art. 47, I, de margem para a gradação da periculosidade.

É dessa gradação que se cogita. Todo reincidente é, socialmente, perigoso.

Pelo Código, porém, a reincidência em crime culposo não faz presumir a periculosidade (art. 78).

De qualquer forma, a agravante não tem valor preestabelecido ou absoluto.

Os positivistas comandam a doutrina, sustentando que a reincidência não deve, nem pode, importar sempre agravação da pena e que esta deve ser confiada ao prudente arbítrio do juiz.

A faculdade da agravação, doutrinariamente irrecusável, nesse terreno, em que avultam o aspecto político do alarima e o aspecto social da periculosidade presumida, tornando especialmente sensível e cautelosa a defesa social, não pode ser acolhida, de improviso, pelo sistema legal, ao tentar as primeiras experiências do arbítrio judicial. Vimos, porém, que o Código ofereceu ao magistrado meios suficientes para, em regra, fazer da reincidência, como quer FLORIAN, um “motivo de peculiar tratamento”.³⁸⁷

Pelo arbítrio do juiz: GARRAUD, CHAUVEAU ET HÉLIE, BERNER, PUGLIA; contra: SACKER, MANZINI.

Também a perpetuidade do estado de reincidência, *mesmo em face da extinção da punibilidade*, — o que não ocorre no Código italiano — e a maior largueza na definição da rein-

³⁸⁷ FLORIAN, ob. cit., 2.º vol., pág. 988.

cidência específica representam assinalado impulso no sentido positivista.^{387-a}

55. Para verificar-se a reincidência, deve preexistir ao crime em julgamento sentença passada em julgado, *condenando* o agente por crime anterior.

Não estabelece a reincidência, é claro, a sentença *absolutória*, que impõe medida de segurança. O novo crime há

^{387-a} “A ação penal, em processo anterior, foi julgada prescrita, não se tratando, conseqüentemente, de infrator reincidente” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 28-5-45).

“Não pode ser considerado primário quem foi condenado, por sentença transitada em julgado, e foi indultado pelo dec. n.º 19.445, “de 1930” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4-6-45).

“A reincidência não obriga à aplicação da pena no máximo. O “que a lei estabelece em tal caso é pena superior à metade da soma “do mínimo com o máximo. Fosse reincidente várias vezes, indivíduo mau, de péssimo comportamento, assim se justificaria a pena “aplicada” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19-10-44).

“A condenação anterior não pode funcionar ao mesmo tempo “como causa especial de aumento e como agravante, pois, de outro “modo, seria incidir na censura do *non bis in idem*” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-9-44).

“A reincidência genérica não autoriza, como a específica, fixar a pena mais próximo do máximo” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12-7-44).

“A reincidência específica, por si só, não justifica a penalidade máxima” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27-4-44).

“Não é de se aplicar a pena no máximo da lei, só porque seja o réu reincidente” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4-5-44).

“A reincidência específica, só por si, não deve exasperar a pena ao extremo, considerando-se no julgamento outros fatos” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29-11-44).

“De caso a caso variam as circunstâncias. A própria lei, no que “concerne à reincidência, estabeleceu um princípio mensurador, que “se presta, realmente, a essa justa medida da pena segundo o caso

de ter sido *cometido* depois do momento em que passou em julgado a sentença condenatória. Se foi executado antes e consumado depois de passar em julgado aquela sentença,

“concreto. É assim que o art. 47 estabelece que a reincidência específica importa: I, a aplicação da pena privativa de liberdade *“acima da metade da soma do mínimo com o máximo.* Ai está manifesto: não poderá ser *abaixo* dessa metade, ou do médio, porém, essa fixação *acima* ficará a critério do juiz, de acordo com as circunstâncias, os elementos informadores da periculosidade de “cada caso concreto” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-10-44).

“Em face do art. 46 do Código Penal, a reincidência só se verifica quando a condenação anterior se refere a crime” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 18-9-44).

“Tratando-se de reincidente, a multa imposta é conversível em prisão, ainda que o condenado seja absolutamente insolvente” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 7-8-44).

“O juiz aplicou pena excessiva. Trata-se de um pobre homem “enfêrmo, inapto para o trabalho e que, na sua fôlha de antecedentes, registra apenas uma condenação de 10 dias pela mesma infração. A lei manda aplicar ao reincidente pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo. Mas aplicar no caso pena no limite máximo da lei é verdadeira iniquidade” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4-5-44).

“A prática de crime de furto no dia seguinte ao da saída do “presídio, depois de absolvido da acusação por outro crime, também “de furto, obsta à presunção de não-reincidência” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-2-43).

“A reincidência exige prova de que o réu foi condenado por sentença irrecorrível. Sem essa prova é impossível o reconhecimento “da agravante. Provado, porém, que o delinqüente é portador de “grande periculosidade, a pena-base é fixada no máximo, mesmo “sem agravantes legais” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Paraná, 20-4-44).

“Comprovada a reincidência específica, ocorre obrigatoriamente “a condenação acima da metade da soma do mínimo com o máximo “e a fixação da pena se dará daí, desse ponto de partida, que passa “a ser o mínimo até o máximo legal” (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28-9-43).

“Medida de segurança imposta obrigatoriamente a certos contraventores, em caso de reincidência. A presumida periculosidade “adotada com exagero, por insuscetível de afastamento em face de

não há reincidência, salvo se outra intervenção, mesmo omissiva, do agente, ocorreu depois de passar em julgado a sentença condenatória.

“circunstâncias peculiares, não podia ter sido afastada na espécie, “a despeito da deficiência da folha de antecedentes” (Supremo Tribunal Federal, 19-1-44).

“A prescrição é matéria de ordem pública. É irrenunciável. “Apaga tudo que diz respeito ao crime. Não mancha a folha de antecedentes” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19-6-44, maioria).

“A reincidência genérica não autoriza, como a específica, fixar a pena mais próximo do máximo” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12-7-44, maioria).

“Se uma só reincidência, em contravenção, só ela, fixar a pena “no máximo, que distinção estabeleceríamos no aquilatar de periculosidade de um indivíduo, diante de um caso em que, além de “reincidente genérico em crime doloso, o fôsse em contravenção, e “por esta houvesse de ser condenado, após ter cumprido as penas “anteriores sem o menor indício de readaptação? Fixar-se-ia, por “igual, a pena no máximo e, ainda, a medida de segurança” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-10-44).

“Sem a prova de que passou em julgado a condenação por crime anterior, não se reconhece a reincidência” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8-11-44).

“A reincidência específica, só por si, não deve exasperar a pena ao extremo, considerando-se no julgamento outros fatos” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29-11-44).

“Não pode ser considerado delinquente primário quem sofreu “antes condenação penal, embora esta tenha vindo a ser declarada “prescrita. A sentença perdeu sua força executória, mas não deixou “de existir” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 9-4-42).

“Não é de se conceder livramento condicional ao réu que, embora tenha cumprido mais de três quartos das penas, é reincidente, “nem sempre foi bem procedido na prisão, não sendo, assim, de presumir a sua emenda ou a possibilidade de tornar à liberdade sem inconveniente ou perigo à segurança social. Além disso, quando merecesse o recorrente o livramento condicional, êste seria impraticável “por estar aquêle sujeito à pena de expulsão do território nacional,

A lei fala de crime cometido. E *cometido* não quer dizer *consumado*. O crime consumado depois, mas *inteiramente* executado antes, não tem a mesma significação, para o efeito da reincidência, do crime executado e consumado antes

"não executada por estar o recorrente cumprindo pena na prisão" (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-5-42).

"Sòmente diante da prova de que passou em julgado condenação anterior é possível reconhecer a reincidência" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-9-44).

"Não é primário quem teve condenação anterior, embora prescrita. A prescrição da condenação não apaga o fato da infração, que subsiste, torna o fato impune, mas não o faz desaparecer" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 23-11-44).

"A prescrição que torna apenas o delito impune, sem apagar a sua existência, é a da condenação, não a da ação" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20-8-42).

"Para a reincidência não é preciso o cumprimento da pena da infração anterior" (Supremo Tribunal Federal, 19-1-43).

"O excesso da pena acima do médio, obrigatório no caso de reincidência específica, é facultativo nos demais casos. Pode o juiz, dentro dos limites legais, aplicar ao reincidente genérico ou até ao "primário pena que seria comum ao reincidente específico" (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 8-4-48, *Diário da Justiça* de 31-7-48, pág. 1.936).

"Embora pequeno o valor da coisa furtada, justifica-se a agraviação da pena pela reincidência" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 25-5-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 175, pág. 156).

"A condenação por contravenção não implica reincidência em caso de posterior condenação por fato qualificado como crime" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8-4-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 102).

"O boletim policial de antecedentes não é suficiente para gerar convicção sobre a reincidência do agente" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21-10-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 532).

"Não basta a folha de antecedentes para caracterizar a reincidência. É preciso que haja ofício dos juizes das Varas por onde tenham corrido processos contra o réu" (unânime, 3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. n.º 8.469, de 5-5-48, *Revista Forense*, vol. 115, pág. 586).

"A reincidência, em nossa legislação, é permanente, pouco importa a circunstância de o fato que a determina ter sido pra-

da condenação definitiva. É, porém, suficiente que uma só parte da atividade executiva do novo crime tenha ocorrido depois da sentença irrevogável de condenação.

Assim no crime permanente: ex., o rapto, quando a retenção se prolonga após passar em julgado a condenação.³⁸³

³⁸³ VANNINI, *Il Codice Penale* etc., cit., pág. 410.

“ticado há 27 anos” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8-11-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 531).

“Reincidência. Só se verifica quando o novo crime ocorre depois de passada em julgado a sentença condenatória relativa ao crime anterior. Não constando do processo a data em que passou em julgado a anterior sentença, aquela agravante não pode ser reconhecida” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16-6-48, *Diário da Justiça* de 20-11-48, pág. 3.123).

“O art. 46 do Código Penal, ao definir a reincidência, a concretiza na prática de novo crime quando o agente já sofreu condenação em crime anterior; usa e repete a expressão *crime* sem referir-se à contravenção; na técnica do Código, as duas infrações são diversas, tanto que resultam de leis diferentes; a expressão *crime* não abrange a contravenção. A fim de excluir dúvidas, o Código Penal, quando se refere a essas infrações, as distingue especificamente; o mesmo acontece na Lei de Contravenções Penais, como se vê no art. 7.º, que trata da respectiva reincidência” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9-8-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 183, pág. 102).

“Não sendo os três primeiros apelantes reincidentes, desde que as condenações lhes foram impostas por outro juízo e foram posteriores à data do delito, ora em julgamento, dá-se provimento, em parte, às apelações para reduzir as penas, bem como, não havendo prova convincente em relação ao quarto apelante, dá-se provimento à apelação do mesmo para absolvê-lo” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 11-6-46, *Diário da Justiça* de 10-3-48, pág. 570).

“O fato de haver o agente sido condenado anteriormente por sedução não autoriza a exacerbação da pena como reincidente, se tenha ocorrido extinção da punibilidade pelo casamento” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 25-7-49, *Revista Fossense*, vol. 130, pág. 540).

“Reincidência: não se verifica, em relação a crime, se as condenações anteriores são todas por motivo de contravenção” (unânime,

Para o reconhecimento da reincidência, em virtude de sentença estrangeira, não é necessária a homologação desta, somente exigida para outros fins (art. 7.^o). Basta a prova de que foi proferida por juiz e passou em julgado.³⁸⁹

A sentença nacional ou estrangeira deve referir-se a crime e não a contravenção, sejam quais forem o número e a natureza dessa última infração.

³⁸⁹ Art. 16 da Introdução ao Código Civil: "As sentenças dos tribunais estrangeiros serão exequíveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar".

1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 5-8-46, *Diário da Justiça* de 18-3-48, pág. 854).

"Não podendo ser reconhecida a reincidência diante da falta de prova de haverem passado em julgado as condenações anteriores, "reduz-se a penalidade" (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. n.^o 104, de 8-4-48, *Diário da Justiça* de 31-7-48, página 1.935).

"A prescrição da condenação não exclui a reincidência" (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 8-7-48, *Diário da Justiça* de 15-9-48, pág. 2.364).

"Quando a reincidência é específica, tem aplicação o art. 323 do Código Penal, não há fiança. Quando a reincidência é genérica, a espécie passa a ser disciplinada pelo art. 324: se o réu está em gozo "de sursis" quanto ao primeiro crime e a sua segunda infração é simplesmente culposa ou contravencional, pode prestar fiança" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 462).

"Não basta, para o reconhecimento da reincidência, a simples declaração do acusado no seu interrogatório" (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 6-5-49, *Revista Forense*, vol. 129, pág. 253).

"Para que se verifique a reincidência é necessário que o ato ou atos anteriores tenham sido objeto de sentenças passadas em julgado" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12-12-47), *Rev. dos Tribunais*, vol. 173).

"A reincidência não-específica não autoriza a pena acima da metade da soma do máximo com o mínimo" (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 9-5-49, *Diário da Justiça* de 19-1-50, pág. 319).

A condenação, mesmo irrecorrível, em consequência de contravenção, a sentença recorrível por crime, os processos ou inquéritos em curso, os registros policiais e até a condenação definitiva no país ou no estrangeiro por crime posterior, mais rapidamente julgado, não induzem à reincidência e são considerados apenas, em função dos antecedentes, para os fins do art. 42.

Não se verifica a reincidência em consequência de crime cometido antes de tornar-se irrevogável a sentença condenatória, ainda que julgado depois. Também é indiferente que o crime em julgamento haja sido praticado antes ou depois de outro já julgado, ou ainda simultaneamente.³⁹⁰

A sentença anulada é, juridicamente, inexistente, não influenciando para a reincidência, e se influenciou, antes da anulação, não mais cabendo recurso ordinário, justifica-se a revisão.

Não é necessário, para verificar-se a reincidência, que o sentenciado haja iniciado e, muito menos, vencido o cumprimento da pena.

Alguns autores entendem que a reincidência depende do total cumprimento da primeira pena, pois a agravante resultaria da ineficácia dos meios de correção de que dispõe o Estado (CARRARA, CANONICO, BRUSA, CRIVELLARI). A maioria, porém, contenta-se com o caráter definitivo da primeira condenação (LUCCHINI, PESSINA, IMPALLOMENI, MANZINI, ALIMENA, FLORIAN, VANNINI).

Daí a distinção entre reincidência própria ou verdadeira (mais grave pela insuficiência da sanção), e a reincidência imprópria ou ficta, que não deveria ser levada em conta (CARRARA); aquela ocorre, se houve o cumprimento da pena anterior, e esta abstrai de sua execução, total ou parcial.

O Código acolheu a última conceituação. Em sentido contrário: Códigos toscano, germânico, húngaro, romeno, finlandês, de São Marinho, suíço, polonês, chinês, japonês e peruano.

³⁹⁰ MANZINI, ob. cit., vol. 2.º, pág. 580.

A extinção da punibilidade em relação ao crime anterior, salvo, é claro, a morte, que *omnia solvit*, não impede o reconhecimento da reincidência.³⁹¹ O art. 42 manda o juiz considerar, irrestritamente, os antecedentes e a personalidade do réu no seu conjunto, inclusive a condenação anterior ao Código, não se compreendendo, portanto, pelo próprio sistema dêste, o oferecimento de uma realidade mutilada e encoberta.

Seria desprezar o aspecto mais importante do passado e a revelação por excelência da periculosidade.

Mesmo em relação à suspensão condicional da pena, o Código não cuida de *inexistência* da condenação (art. 51, § 1.º), prescrevendo, tão-somente, que não mais se executa a pena privativa de liberdade (art. 57, parág. único). O Código de Processo (art. 708) provê à extinção.

Se, porém, a extinção da punibilidade antecede a condenação, não há reincidência, a qual resulta, exclusivamente, de sentença passada em julgado.

O Código não distingue, como o italiano, a extinção, com ou sem influência nos efeitos penais da condenação,³⁹² nem a que somente afeta a pena, ou, também, o crime.³⁹³ A retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso não tem a força de sonegar ao juiz a ponderação de elementos definidores da periculosidade. Em relação à época em que foi cometido o fato, então incriminado, a conduta re-

³⁹¹ No mesmo sentido: SALTELLI e DI FALCO, ob. cit., vol. 1.º, 2.º, pág. 529.

³⁹² O Código italiano manda considerar a condenação extinta, salvo se a extinção abrange também os efeitos penais (art. 106).

³⁹³ No art. 108, II, não havia necessidade de referência a graça ou indulto, segundo a distinção italiana, estranha à nossa língua e ao nosso Direito. A graça é o gênero, que compreende as espécies: indulto e comutação. O mesmo argumento, que decidiu a preferência por Código Penal e não Criminal — a terminologia constitucional — deveria ter sido adotado (art. 75, letra f, da Constituição de 1937; art. 5.º, XV, a, da Constituição de 1946).

velou insubordinação ou inadaptação às convenções fundamentais de ordem, segurança e equilíbrio da sociedade.³⁹⁴

Não há um critério essencial para a seleção dos fatos merecedores de especificações na lei penal. Nem todos os atos que nela se discriminam são crimes propriamente ditos, nem todos os atos revestidos dessa dignidade merecem tal acolhida.

GAROFALO admite a existência de um delito natural, que consistiria na violação dos sentimentos médios de probidade e piedade. Mas, essa concepção, aliás chocante num positivista, não obstante a negativa do autor, parte do direito natural, superior e insensível à evolução da humanidade, eterno e imutável, como sêlo divino apôsto em cada cordão umbilical.

Não há uma noção inata de probidade e piedade. Existem improbidades glorificadas e perpetuadas pela história; há impiedades ensinadas e cultivadas desde o berço. O chamado sentimento médio de probidade e piedade nada tem de insito, nem de duradouro, relativo e eventual, que é, no tempo e no espaço. De qualquer forma, a lei penal permanece indiferente diante de aspectos culminantes da improbidade e da impiedade, arrolando, entre os crimes, atos humanos indicativos, muitas vezes, de supremo altruísmo.

O conceito de crime encerrado na lei resulta dos interesses dominantes em determinado ciclo da evolução social, isto é, os interesses dos que fazem e aplicam a lei.

Com a evolução anti-individualista do direito penal, fundados são os augúrios de que só cogite a lei futura de atos importantes para a coletividade, no verdadeiro sentido da palavra.

Sabe-se que, dos crimes punidos pelas leis hebraicas com a lapidação (a idolatria, a excitação à idolatria, a consagração a Moloch, a magia, a evocação dos espíritos, a desobediência obstinada aos pais, a profanação do *sabbat*, a blasfêmia, a violação da noiva de outrem, a má conduta da moça

³⁹⁴ Em sentido contrário, MANZINI, ob. cit., 2.º vol., pág. 593.

atestada pela ausência dos sinais da sua virgindade no momento do casamento), nove deixaram de ser crimes na sociedade contemporânea e o décimo — a violação da noiva de outrem — continua a ser crime com sentido completamente diferente de violência feita a uma mulher e não de ultraje ao noivo.

Outros crimes eram punidos com o fogo, com o alfange ou o estrangulamento: falsa profecia, profecia mesmo verdadeira feita em nome dos deuses estrangeiros, adultério da mulher, golpes ou maldições aos ascendentes, furto em prejuízo de um israelita, homicídio voluntário, bestialidade, sodomia, incesto. Vê-se, ainda, que vários desses crimes não são mais sequer contravenções e que a gravidade relativa dos outros tem mudado muito. Isso quer dizer que o povo hebreu, assim como todos os povos antigos, cometia um erro absurdo, qualificando criminosos atos hoje julgados inofensivos? Não, porque esses não eram, então, inofensivos para a sua organização social, cujos fundamentos solapavam.

Tal organização social, tal delituosidade. No Egito, forte multa era imposta ao artífice que se ocupasse dos negócios políticos. Hoje punimos os eleitores que se abstêm de votar. Tal fim, tal meio. A penalidade não é senão um instrumento. A gravidade proporcional dos diversos crimes muda, consideravelmente, de idade. Na Idade Média, o maior dos atentados era o sacrilégio; depois vinham os atos de bestialidade ou de sodomia e, bem afastados, em seguida, o assassinio e o roubo. No Egito, na Grécia, era o fato de deixar os parentes sem sepultura. A ociosidade tende a tornar-se, em nossas sociedades laboriosas, a maior das faltas, enquanto que, outrora, o trabalho era degradante. Chegará, talvez, o momento em que o crime capital, no mundo superlotado, será o de possuir família numerosa. Antigamente, a vergonha era não ter filhos. Nenhum de nós pode gabar-se de não ser um criminoso nato relativamente a um estado social dado, passado, futuro ou possível. Acreditaria o fundador das ordens mendicantes e errantes que um dia a mendicância e a vagabundagem se tornariam delitos? Não existem instintos, tendên-

cias inatas, ligados a um organismo físico correspondente que, em todos os estados sociais imagináveis, seriam julgados nocivos, anti-sociais, delituosos (TARDE).

Entre nós, RUI BARBOSA definiu a escravidão como a espoliação suprema, o roubo dos roubos, roubo da honra, roubo da liberdade, roubo da propriedade, roubo da vida. Pois esse crime, até 1888, foi consagrado pela lei, enquanto se puniam os que negassem a existência de Deus e a imortalidade da alma (Código de 1830). Na vertigem, em que se processa o atual ciclo da evolução, o conceito da vida, da honra, da propriedade, da liberdade muda em períodos reduzidos. Basta olhar para a fisionomia social depois de 1918. Nossa geração está testemunhando essa realidade, dispensando, assim, o recurso à história.

O Código, como o italiano (art. 99), acolheu o princípio da perpetuidade do nexa de reincidência que se verifica qualquer que seja o tempo transcorrido da condenação irrecorrível por crime anterior. (Ver Códigos grego, de Neuchâtel, de Valois, de New York, egípcio, austríaco, espanhol e leis inglêsas).

O debate sobre a prescrição da reincidência reduz-se a três sistemas: o da perpetuidade, o da temporariedade, o misto; o primeiro é sustentado pelos positivistas, nomeadamente GAROFALO, NICEFORO, PÔRTO, pela consideração básica de que, quanto maior o decurso de tempo, mais arraigada se mostra a tendência criminal; o segundo mereceu as graças, entre outros, de BLANCHE, CHAUVEAU ET HÉLIE, ORTOLAN, PESSINA, SACKER, BÉRENGER, IMPALLOMENI, MANZINI, aos quais parece não subsistir aquela tendência, se, durante muito tempo, deixou de manifestar-se; o terceiro é afiançado por CARRARA, BRUSA etc., que, embora inclinados ao sistema da perpetuidade, alvitram o adoçamento da agravação, proporcionalmente ao tempo decorrido.³⁹⁵

³⁹⁵ Teve injusto prestígio o especioso argumento, que figura na *Exposição de motivos* do projeto italiano de 1887: se se admite a prescrição da condenação, com maior razão deve-se admitir a *prescrição* do direito de computar a reincidência, decorrido certo prazo.

O tempo não destrói o fato, inconfundivelmente importante para a individualização. É incontestável que o novo crime ilide a presunção de emenda e reabilitação engendrada pelo decurso do tempo (FLORIAN). É sempre maior a periculosidade de quem torna a cometer crime, seja qual fôr a distância do primeiro.³⁹⁶ O Código ZANARDELLI optou pela temporariedade, e assim os Códigos suíço, uruguaio, polonês, chinês, japonês e peruano.

O Código, aludindo a crime anterior, abrange todo e qualquer crime na configuração da reincidência — doloso, culposo, político, social, político-social, militar etc., previsto no próprio Código, ou em lei especial ou complementar (ver arts. 10 e 360).

Pode ocorrer a reincidência genérica entre crime doloso e crime culposo e, mesmo, a específica, entre crimes culposos.

A periculosidade social ou criminal não distingue, na sua fórmula geral, sujeita à adaptação individual na aplicação da pena, o dolo ou a culpa, cujas fronteiras, muitas vezes, se confundem. Não subsiste, pois, a fórmula tradicional de que não se é mais perverso porque se tenha dado prova de negligência ou de imprudência; não é mais negligente ou imprudente quem antes se tenha demonstrado perverso (IMPALLOMENI, ALIMENA).

Replicando a PESSINA, que combatia a reincidência entre crimes culposos, sob o fundamento de que a agravante visa somente a malefícios dolosos, baseando-se na maior perversidade em delinquir revelada pela repetição, demonstrou MANZINI: a reincidência em crimes culposos manifesta desprezo maior pelas normas de convivência social e pelo magistrado, persistindo em usar, voluntariamente, no desenvolvimento de sua atividade, meios que sabia anormais à idéia do direito,

³⁹⁶ Segundo a exposição italiana citada, quem, por longo período, procedeu bem não deve ser tratado como aquele que, em breve intervalo, recaiu no crime.

tanto pela própria inteligência, como pela experiência da condenação sofrida.³⁹⁷

É, porém, com FLORIAN que VANNINI liquida as objeções: a pertinácia na negligência, na ociosidade, na incúria, desperta maior alarma social, requer um freio mais severo, e, portanto, deve sofrer sanção mais grave.³⁹⁸

O dolo e a culpa revelam, embora em medida diferente — e esta diversidade é contemplada tanto na individualização legal, como na individualização judiciária — uma posição anti-social.³⁹⁹

Vico, apoiado por MANZINI, aceitou a formação da reincidência pelos crimes objetivamente militares, porque, em substância, contém violações de direito penal comum. Em sentido contrário, PUGLIA.⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹

O Código italiano de 1889 não levava em conta a condenação por crime exclusivamente militar (art. 83).

A reincidência é circunstância de caráter pessoal, de evidente incomunicabilidade (art. 26). O Código italiano considera a reincidência inerente à pessoa do culpado (art. 70, última parte).

56. O Código, como vimos, prevê duas modalidades da reincidência: genérica e específica, esta a mais grave.

Poder-se-ia adiantar mesmo que a função de agravante pura e simples só tem a reincidência genérica. A reincidência específica importa, virtualmente, derrogação do arbítrio judicial, quando há alteração de pena (art. 42, I), e a mudança do mínimo da cominação. Confere-se a esta mobilida-

³⁹⁷ *La recidiva*, Florença, 1899, pág. 510.

³⁹⁸ Ob. cit., pág. 419.

³⁹⁹ Vejam-se em VANNINI ob. cit., pág. 419, o apoio à colocação do problema por FLORIAN: se o crime culposos é uma forma de atividade criminosa, deve ser levado em conta, quando se tem de determinar a periculosidade social.

⁴⁰⁰ FLORIAN, ob. cit., vol. 2.º, pág. 1.028.

⁴⁰¹ O projeto da Subcomissão Legislativa excluía as condenações resultantes de crime político-social ou exclusivamente militar.

de original, para justapor-se à periculosidade, sempre presumida, se se trata de crimes dolosos (art. 78, IV).

Segundo o § 1.º do art. 46, a reincidência é genérica quando os crimes são de natureza diversa. Esta modalidade da reincidência era desconhecida do Código de 1890, que, a bem dizer, somente considerava, como agravante, a reincidência especialíssima, mais do que específica — a violação do mesmo *artigo* (art. 40), para o único efeito de impedir a aplicação da pena no grau mínimo (art. 62). A reincidência genérica prejudicava a atenuante do art. 42, § 9.º. Pelo art. 38, letra *b*, prevaleciam as agravantes, quando o criminoso fôsse azevado a praticar más ações, ou desregrado de costume.⁴⁰²

As antigas legislações não se familiarizaram com a reincidência genérica, concentrando a retorsão empírica do maior mal do crime em relação à reincidência específica.

O Código francês acolhia a reincidência genérica, excluindo as contravenções, sendo que o sistema atual abrange a reincidência criminal, a reincidência correcional, a reincidência em matéria de contravenção e de simples polícia. O Código belga segue o antigo sistema francês: a reincidência genérica opera-se de crime a crime, de delito a crime, de delito a delito, de contravenção a contravenção.

O projeto germânico de 1919 contempla a reincidência genérica na Parte Geral, referindo-se a Parte Especial, a propósito de cada crime, à reincidência e à habitualidade específicas.

Prevêem a reincidência genérica os Códigos espanhol, búlgaro etc.

O Código italiano distingue entre reincidência simples, agravada ou simplificada e reiterada. A reincidência específica foi incluída nos casos de reincidência agravada (art. 99).

⁴⁰² O Código de 1830 era menos restrito, pois, embora prevendo apenas a reincidência específica, assim a enunciava: "ter o delinqüente reincidido em crime da mesma natureza" (art. 16, 3.º).

Segundo se verifica da *Exposição de motivos* de Rocco, a comissão parlamentar pretendia considerar a reincidência como circunstância agravante somente quando se tratasse de delitos da mesma índole, de contravenções da mesma índole, ou de delitos ou contravenções da mesma índole, excluindo-se a reincidência genérica. Mas não vingou a sugestão infensa ao sistema adotado, importante regresso em relação ao Código de 1889, o qual, embora inadequadamente, previu a reincidência genérica como circunstância agravante. Tal reincidência demonstraria, como a reincidência específica, a persistência no delito, apesar da condenação, servindo para impedir ulteriores recaídas da maior parte dos condenados. Revelaria versatilidade delituosa maior do que a reincidência específica. Foi o que sustentou Rocco.

Não há dúvida que a reincidência genérica pode, às vezes, significar temibilidade mais grave (CARRARA) do que a própria reincidência específica, indicando aptidões multiformes e variadas.

Só a indeterminação absoluta das penas, porém, comportaria a solução legal para esses casos excepcionais. Em regra, a especialização criminal, tanto vale dizer a especificidade da reincidência, atinge mais profundamente a sensibilidade coletiva, devassando marcas psicológicas mais enraizadas, seguras e perseverantes.

A nitidez das tendências enriquece o quadro da periculosidade, quando não autoriza e baseia o esboço da habitualidade.

Por isso, velhos doutrinadores já se arregimentaram em torno do princípio de que só mereceria consideração a reincidência específica. Esta demonstraria que o impulso criminal se acha arraigado na consciência (CHAUVEAU ET HÉLIE). A maioria, no entanto, pleiteia apenas diverso tratamento para as duas modalidades tradicionais (CARRARA, CANONICO, BRUSA), ora mais grave para a reincidência específica (SCHEURLÉN), ora para a reincidência genérica (TRÉBUTIEN). Há quem as equipare, concordando, no entanto, com o tratamento diverso (ALIMENA).

FLORIAN considera teoricamente exata a distinção, que corresponde à realidade, embora comporte exceções.

Reconhece que a indagação sobre a reincidência específica é grandemente profícua, uma vez que, enquanto para a reincidência genérica só se considera o fato do crime, e só se extrai por assim dizer critério extrínseco, mercê da reincidência específica, procura-se a natureza íntima dos crimes, os motivos, as paixões peculiares de que o delinquente foi dominado.⁴⁰³

Não há portanto, razão para estranhar, do ponto de vista positivista, sobretudo a respeito de uma obra legislativa, a transigência com essa distinção prática, confirmada, ao mesmo tempo, pela opinião popular e pela opinião técnica.

Nas legislações domina o sistema misto, que cuida das duas espécies, dedicando sempre maior rigor à reincidência específica.

Na reincidência genérica concorrem crimes comuns ou especiais, dolosos ou culposos, conjunta ou alternadamente. Podem ser contemplados crimes previstos no Código ou em lei complementar ou especial (arts. 10 e 360), na mesma lei ou em leis diversas.

A natureza dos crimes é, portanto, irrelevante em relação à reincidência genérica.

É claro que, se ocorreu tanto a reincidência genérica como a específica, esta absorve aquela.^{403-a}

⁴⁰³ Ob. cit., pág. 911.

^{403 a} "Tem firmado a jurisprudência que a reincidência genérica, por si só, não exaspera a pena ao seu máximo" (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 14-4-48).

"A reincidência genérica, para os efeitos prejudiciais que o Código lhe empresta, depende do reconhecimento do valor, que o juiz lhe poderá dar, ou não, pois não tem efeitos automáticos como a específica. É apenas um índice de provável periculosidade, sujeito ao arbítrio do juiz, na apreciação dos elementos para individualizar a pena. Como refere ROBERTO LYRA, em seus *Comentários ao Código Penal*, quando se tratar de reincidência, cuja configuração, em última análise, depende do convencimento do juiz quanto à di-

57. Pelo § 1.º do art. 46, há reincidência específica quando os crimes são da mesma natureza.

A maioria dos Códigos abriga a reincidência específica e, para determiná-la, orienta-se pela identidade, homogeneidade ou analogia entre os crimes.

Outros exigem afinidade, sem identidade de tendência, móvel ou fim.

Em doutrina, teve sempre prestígio a identidade de tendência ou de caráter delituoso do agente (IMPALLOMENI).

O § 2.º define os “crimes da mesma natureza”. Em primeiro lugar, são os previstos no mesmo dispositivo legal; em segundo lugar, são da mesma natureza os crimes que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ O art. 101 do Código Italiano está assim redigido: “Para os efeitos da lei penal, são considerados crimes da mesma índole, não somente os que violam a mesma disposição de lei, mas, também, os que, ainda sendo previstos por disposições diversas deste Código ou de leis diversas, todavia, pela natureza dos fatos que os constituem ou dos motivos que os determinaram, apresentam, nos casos concretos, caracteres fundamentais comuns”.

“versa natureza do crime, impõe-se a agravação. Mas, essa agravação não corresponde a uma dose determinada, entrando na visão global do problema em apêço. A maior ou menor influência da agravante na quantidade ou na qualidade da pena depende do arbítrio do juiz” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, relator desembargador DIÓGENES DO VALE, 4-11-43).

“A condição de criminoso primário não pode ser elidida pelo cumprimento das obrigações de *sursis* anterior, visto que perduram os efeitos da condenação, nem tal cumprimento cancela o crime praticado para não estabelecer a reincidência. Basta a reincidência genérica para impedir a concessão. Segundo a sistemática do novo Código, o *sursis* não tem a virtude de declarar a extinção da condenação” (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 2-5-44).

Portanto, abstraindo-se do dispositivo legal, que encerra, juridicamente, a identidade absoluta (violação do mesmo dispositivo legal), há a identidade relativa (caracteres fundamentais comuns).

Cabe ao juiz estabelecer, caso a caso, se subsiste a homogeneidade dos crimes, quando previstos em dispositivos diversos do Código ou de outra lei que defina crime. A mesma natureza pode ser encontrada, quer entre crimes previstos por dispositivos diversos do Código (peculato, furto, estelionato, apropriação indébita), quer entre crimes previstos pelo Código e por leis especiais (art. 360) ou complementares, quer por diversas dessas leis, se não dispõem de outra forma (art. 10).

A homogeneidade baseia-se, também, na existência de *caracteres fundamentais comuns* entre os diversos crimes. O fato de serem previstos em lei especial, para a proteção do mesmo interesse, não atribui aos crimes *caracteres fundamentais comuns*. Estes resultam, em concreto, na natureza dos atos que os constituem (elemento objetivo) ou dos motivos determinantes (elemento subjetivo) e não somente da sua objetividade jurídica.

Não há necessidade da coexistência de afinidade objetiva e subjetiva. A regra é alternativa. Em princípio, são da mesma natureza, sob o aspecto objetivo, os crimes definidos no mesmo capítulo ou na mesma seção do Código, quando obedientes ao critério de caracteres comuns. Os títulos, porém, não procuram guardar a mesma unidade elementar, o mesmo cunho específico na sistemática, orientando-se, em linhas gerais, pelo interesse protegido.

Violação do mesmo dispositivo legal não significa, exclusivamente, "violação do mesmo artigo de lei".⁴⁰⁵ Existe idêntica natureza de crime, para os efeitos da reincidência específica, por violação do mesmo dispositivo legal, quando,

⁴⁰⁵ Nem ao mesmo título de crime. Ver MANZINI, *Trattato*, cit., vols. I, n.º 215, e II, n.º 492.

na mais grave violação jurídica própria de um dos crimes, está implícita a violação jurídica característica do outro, ainda que não seja idêntico o título do crime. Há, portanto, violação do mesmo dispositivo legal, nesse sentido, no crime tentado e no crime consumado, no crime simples, no crime agravado, no crime seguido de evento preterintencional, no crime de lesão pessoal, como no crime de homicídio preterintencional.⁴⁰⁶

De qualquer forma, o juiz pode entender, justificadamente, que dois ou mais crimes apresentam *caracteres fundamentais comuns* pela natureza dos fatos que os constituem, sem dependência da classificação da Parte Especial.

Em relação ao elemento subjetivo, o juiz deve ter presente que, para a reincidência específica, não é necessária a identidade dos motivos, exigindo-se apenas, no caso concreto, frisos psicológicos essencialmente comuns.

SACKER distribui os motivos, por seus caracteres fundamentais, em quatro grupos, segundo resultam: a) do instinto de conservação e quando com êste se relacionam; b) do impulso de avidez, lucro ou gozo; c) dos sentimentos de paixão, vingança, ódio ou libidinagem; d) dos sentimentos contrários à convivência social, moral, política e religiosa.⁴⁰⁷

A sentença anterior, necessariamente, entrou na indagação dos motivos (art. 42), o que facilita a pesquisa.

A reincidência específica pode ocorrer entre crimes comuns e especiais, mormente pelos caracteres subjetivos comuns.

O art. 47 contém as normas de aplicação da pena nos casos de reincidência específica. O Código desloca o mínimo da pena, que passa a corresponder, eventualmente, ao chamado grau médio do Código de 1890.

⁴⁰⁶ VANNINI, em *Il Codice Penale* etc., dirigido por Ugo CONTI, cit., pág. 415.

⁴⁰⁷ Vide ASÚA e ONEGA, *Derecho Penal*, 1.º, Madri, 1929, pág. 416.

Não cogitando mais de graus da pena, usou de perífrase para manter o rigor técnico e evitar qualquer confusão imposta pela rotina: “a aplicação da pena privativa de liberdade *acima* da metade da soma do mínimo com o máximo”.

A pena cominada há de ser aplicada acima da compreendida entre os extremos — mínimo e máximo. Por exemplo: ocorrendo reincidência específica e sendo o novo crime o do art. 121, temos — mínimo: seis anos; máximo: 20 anos; metade da soma do mínimo com o máximo: 13 anos. Quer dizer, a pena será, obrigatoriamente, de mais de 13 até 20 anos. Estabelecendo o art. 47, I, a aplicação da pena privativa da liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo, a pena concreta há de ser, ainda que por um dia (art. 9.º), superior a 13 anos. Entre os limites de emergência — 13 e 20 anos — o juiz usará o arbítrio que lhe reserva o art. 42. Em caso de cominação alternativa, verificando-se a reincidência específica, o Código retoma o arbítrio concedido, no art. 42, ao juiz, que deixará de fazer a opção e aplicará a pena mais grave em qualidade, na ordem do artigo 28. Se a alteração é reclusão ou detenção, aplica a reclusão; se detenção ou multa, aplica a detenção. Sendo a cominação cumulativa — reclusão e multa, ou detenção e multa, — aplica ambas as penas, mas, quanto à multa, não está obrigado a fixá-la acima da metade da soma do mínimo com o máximo, por duas razões: 1.º) o art. 47, I, só se refere à pena privativa de liberdade; 2.º) o critério de aplicação da pena pecuniária é diverso, baseando-se *principalmente*, mas não exclusivamente (art. 42), na situação econômica do réu (art. 43).

A conversão automática da cominação alternativa em cominação isolada, para subsistência singular da pena mais grave em qualidade, por força da reincidência específica, não prejudica a fixação da quantidade da pena mais grave em qualidade acima da metade da soma do mínimo com o má-

ximo. Coexistem, assim, imperativamente, na aplicação da pena, as duas normas do art. 47.^{408-408-A}

⁴⁰⁸ Sobre reincidência: VISMARI, *Della recidiva nei reati*, Florença, 1871; MONTIVALON, *La Récidive*, Paris, 1898; MANZINI, *La Recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del Diritto penale*, Florença, 1899; MATTEOTTI, *La recidiva*, Turim, 1910; MAGNANYNI, *Bases para una nueva legislación de la reincidencia y de la delincuencia habitual en la Argentina*, Buenos Aires, 1926; CAPOBIANCO, *La Recidiva*, Nápoles, 1929; CONTI, *La Recidiva*, Bolonha, 1931; GAROFALO e CARELLI, *La Recidiva e i recidivi*, Turim, 1896; DELL'ANDRO, *La Recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, s. d.

^{408 a} "Quando ocorre a circunstância da reincidência específica na prática do crime, o mínimo da penalidade, mesmo que haja atenuantes, consiste na metade da soma do mínimo com o máximo da pena-base. A pena não pode ser aplicada aquém da metade referida. A exasperação da pena no caso de reincidência específica tem fundamento científico e explicação lógica. O que, na nomenclatura da Consolidação das Leis Penais, era chamado grau médio passa a ser o mínimo. A reincidência específica importa, virtualmente, derrogação do arbítrio judicial, quando há atenuação de pena e mudança do mínimo da cominação. Confere-se a esta mobilidade original para justapor-se à periculosidade sempre presumida, se se trata de reincidente em crime doloso" (ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, págs. 298 e 303)" (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 1-6-43).

Confissão. "A reincidência específica do apelante é líquida, ante as afirmações insistentes do próprio réu, quer no local, segundo os depoimentos unânimes das testemunhas, quer ao falar nos autos, no flagrante e no interrogatório judicial" (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. n.º 1.303, 2-8-48).

"Esta não existe, legalmente provada, sem menção expressa da data em que passou em julgado a sentença proferida em processo anterior" (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 27-1-48).

Prova. "Reduz-se a pena imposta ao apelante uma vez que não esclarecida a folha de antecedentes, a individualização da pena assim o exige, dada a impossibilidade específica" (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22-1-48).

Prova. "Dá-se provimento ao recurso para reduzir a pena imposta, uma vez que não há prova cabal de reincidência específica, que motivara a exacerbação da pena, omitida que foi na certidão a data em que passou em julgado a sentença condenatória por cri-

Circunstân-
cias ate-
nuantes

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I, ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

II, ter sido de somenos importância sua cooperação no crime;

III, a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis;

IV, ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

“me anterior, da mesma natureza” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-1-48, *Diário da Justiça* de 31-7-48).

Insuficiência de prova. “Dá-se provimento ao recurso para reduzir a pena, uma vez que não ficou provada a reincidência específica. A própria sentença apelada informa que não foi esclarecida a “fôlha de antecedentes do apelante” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 15-4-48).

“Em se não provando a reincidência específica, é de prover-se a “apelação para reduzir-se a pena imposta. Os registros das fôlhas “de antecedentes não merecem fé para aquela prova, em matéria “tão séria, que seja a exacerbação da pena, e não merecem porque “sem conta são os erros, as contradições, as inexatidões encontradas “nas fôlhas de antecedentes” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-4-48).

Prescrição da condenação. “Subsiste a agravante de reincidência específica, não obstante a condenação anterior ter sido julgada “prescrita. O que se extingue pela prescrição da condenação é a “execução do julgado” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 8-7-48).

Reincidência. “A autoria fica provada pela confissão extrajudicial, desde que tem a confirmá-la a apreensão de alguma das “coisas subtraídas. Não há falar em reincidência específica para

c) *cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;*

d) *confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;*

e) *cometido o crime sob a influência de multidão, em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente.*

Atenuação
especial da
pena

Parág. único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.

“agravação da pena, se a sentença condenatória anterior só passou em julgado depois de cometido o novo crime” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 31-5-48).

“A reincidência específica não autoriza, sem outras circunstâncias, a fixação da pena no limite máximo” (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30-3-44).

“Confirma-se a sentença condenatória, mantido o *quantum* da pena, não *ex vi* do art. 47, I, do Código Penal, mas dentro do critério do anterior art. 42. Não há reincidência específica, porque o furto não é crime contra a inviolabilidade do domicílio” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Diário da Justiça* de 8-9-49, pág. 2.707).

“Alegada a reincidência específica, a condenação no máximo deve ser diminuída” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 8-8-49, *Diário da Justiça* de 19-1-50, pág. 319).

“Não pode o acusado ser considerado reincidente específico, se não consta dos ofícios de informação expedidos pelos Juízos por onde tenha sido processado que haja passado em julgado a sentença contra ele” (unânime, 3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 9-6-47, *Revista Forense*, vol. 115, pág. 218).

“Não se caracteriza a reincidência específica, uma vez que a condenação anterior só veio a transitar em julgado quando o segundo

DIREITO ANTERIOR — Consolidação das Leis Penais, art. 42.

DIREITO COMPARADO — Código Italiano: "Atenuam o crime, quando não são elementos constitutivos ou circunstâncias atenuantes especiais do mesmo, as seguintes circunstâncias: 1.^a) ter agido por motivos de particular valor moral ou social; 2.^a) ter reagido em estado de ira determinado por fato injusto de outrem; 3.^a) ter agido por sugestão de multidão em tumulto, quando não se trate de reuniões ou ajuntamentos proibidos pela lei ou pela autoridade e o culpado não é delinquente ou contraventor habitual ou profissional ou delinquente por tendência; 4.^a) haver ocasionado dano à pessoa ofendida pelo crime patrimonial de importância especialmente reduzida, nos delitos contra o patrimônio ou que, de qualquer forma, ofendeu o patrimônio; 5.^a) ter concorrido, para determinar o evento, simultaneamente com a ação ou omissão do culpado, fato doloso da pessoa ofendida; 6.^a) ter, antes do julgamento, reparado inteiramente o dano, mediante o ressarcimento deste, e, quando seja possível, mediante restitui-

"delito já havia sido praticado" (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23-6-47, *Diário da Justiça* de 4-2-49, pág. 553).

"Para o efeito de verificação da reincidência específica, furto e estelionato não se consideram crimes da mesma natureza" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, página 105).

"Não é reincidente específico o réu processado por crime de estelionato, anteriormente condenado por furto, por não estarem "esses delitos previstos no mesmo dispositivo legal, e não serem da mesma natureza" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 139).

Jogo do bicho. "Ao reincidente específico manda a lei aplicar "a pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo, mas "o máximo não é de se aplicar a quem, na primeira condenação, "obtem o *sursis*" (unânime, 2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-4-46, *Diário da Justiça* de 13-8-48, pág. 710).

"Esta não existe, legalmente provada, sem menção expressa da "data em que passou em julgado a sentença proferida em processo "anterior" (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 27-1-48, *Diário da Justiça* de 1-7-48, pág. 1.742).

"Em se não provando a reincidência específica, é de prover-se a apelação para reduzir-se a pena imposta. Os registros das folhas "de antecedentes não merecem fé para aquela prova, em matéria "tão séria, qual seja a exacerbação da pena, e não o merecem porque sem conta são os erros, as contradições, as inexatidões encon-

ções ou ter-se empregado, antes do julgamento e fora do caso previsto no último parágrafo do art. 56, espontânea e eficazmente, para evitar ou atenuar as consequências danosas ou perigosas do crime (artigo 62). O juiz, quando julgue que a cooperação por qualquer das pessoas que concorreram para o crime, na conformidade dos arts. 110 e 113, tenha tido importância mínima na preparação ou na execução do crime, pode diminuir a pena. Esta disposição não se aplica aos casos indicados no art. 112. A pena pode ser diminuída, também, em relação a quem houver sido determinado a cometer o crime, ou a cooperar neste, quando concorrem as condições estabelecidas nos ns. 3.º e 4.º do art. 112" (art. 114). *Código dinamarquês*: "A pena prescrita pela lei para um ato punível pode ser reduzida, nos seguintes casos: 1.º se alguém excedeu os limites da legítima defesa ou do direito de prevenir um dano, consagrado pelo art. 14; 2.º se o autor, por ocasião da execução do ato punível, tinha menos de 18 anos e se, em razão de sua idade, a aplicação de toda pena prescrita pela lei deve ser considerada inútil ou mesmo nociva. A pena a aplicar, em tal caso,

"tradas nas folhas de antecedentes" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 28-4-48, *Diário da Justiça* de 17-8-48, página 2.104).

"No caso de reincidência específica, não pode ser aplicada ao réu a pena de multa, considerada alternativamente com a de detenção" (Tribunal de Apelação de Santa Catarina, *Diário Oficial*, 1944, pág. 3).

"Não se tratando de crimes da mesma natureza, não se pode considerar reincidente específico quem, anteriormente condenado por crime de lesões corporais, veio a praticar um homicídio culposo" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 13-11-48, *Rev. dos Tribunais*, volume 177, pág. 506).

"Dá-se provimento ao recurso para reduzir a pena imposta, uma vez que não há prova cabal de reincidência específica, que motivara a exacerbação da pena, omitida que foi na certidão a data em que passou em julgado a sentença condenatória por crime anterior, da mesma natureza" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-1-48, *Diário da Justiça* de 15-7-48, pág. 1.822).

Reincidência específica. Furto. "Não pode ser reconhecida a reincidência específica, quando a condenação anterior, passada em julgado, foi por crime de violação de domicílio" (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 6-9-48, *Diário da Justiça* de 19-5-49, pág. 1.332).

"Reduz-se a pena imposta ao apelante uma vez que, não esclariada a folha de antecedentes, a individualização da pena assim

não deve exceder de oito anos de prisão; 3.º) se a conduta do autor provém de ignorância ou de má interpretação, escusáveis, das disposições legislativas que proíbem ou obrigam a execução do ato; 4.º) se o ato foi executado em estado de superexcitação causada por ataque ou por ofensa grave da parte da pessoa que sofreu o dano; 5.º) se alguém, pelo seu estado de dependência em relação a outrem ou pela ameaça de dano importante, se deixou persuadir para cometer o ato em questão; 6.º) se o autor, depois da consumação do ato punível,

"o exige, dada a impossibilidade específica" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22-1-48, *Diário da Justiça* de 15-7-48, pág. 1.822).

"Embora contra o patrimônio, não são o furto e o estelionato crimes da mesma natureza. Não reincide especificamente o indivíduo que os pratica sucessivamente" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 141).

"Não são crimes da mesma natureza, para caracterizar a reincidência específica, os de lesão corporal e homicídio. Ainda que não ocorra a reincidência específica, a pena pode ser fixada acima da metade da soma das penas extremas, se outras circunstâncias se apresentam para justificar esse agravo" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 12-1-48, *Diário da Justiça* de 1-7-48, página 1.742).

"O Código Penal considera reincidentes específicos não só os que infringem mais de uma vez o mesmo dispositivo de lei, mas também os que cometem novo crime da mesma natureza" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8-4-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 529).

"Não se aplicando a condenação no máximo ao reincidente genérico, dá-se provimento ao recurso para reduzir a penalidade" (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *Diário da Justiça* de 1-9-48, pág. 2.215).

"Para que se afirme a reincidência específica entre crimes previstos em dispositivos diversos, há necessidade que exista relação de identidade, ou, pelo menos, semelhanças psicológicas entre os motivos determinantes de ambos" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 70).

"Não é lícito reconhecer a reincidência específica sem prova de quando passou em julgado a condenação por crime anterior" (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17-1-49, *Diário da Justiça* de 1-7-49, pág. 1.599).

"Para efeito de verificação de reincidência específica, não se consideram da mesma natureza os crimes de furto e de estelionato"

conjurou, voluntariamente, o perigo dêle decorrente; 7.º) se o autor, depois da consumação do ato punível, reparou, inteiramente, o dano causado por êste; 8.º) se, por outro lado, o autor se esforçou, voluntariamente, para impedir a execução do ato ou reparar o dano dêle decorrente; 9.º) se êle se acusou, voluntariamente, e prestou confissão completa..." (art. 84); "I. Se o ato punível foi cometido sob a influência de emoção violenta, de outro sentimento passageiro, determinando certo desequilíbrio moral ou outras circunstâncias particulares que diminuam a gravidade da tendência punível, como provam normalmente os atos do gênero em questão, em medida tal que a aplicação da pena prescrita seja demasiadamente severa, esta deverá ser reduzida, podendo mesmo, se a disposição penal em questão não prevê punição mais grave do que a detenção simples, desaparecer inteiramente..." (art. 85). *Código espanhol*: "Tôdas as eximentes, quando não concorram os requisitos necessários para eximir de responsabilidade em seus respectivos casos; a embriaguez não-fortuita; a idade menor de 18 anos; não ter tido o delinqüente intenção de causar um mal de tanta gravidade; ter precedido imediatamente provocação ou ameaça adequada por parte do ofendido; executar o ato em vingança próxima de ofensa grave causada no autor do delito, a seu cônjuge, ascendentes, descendentes, irmãos legítimos, naturais e adotivos ou afins nos mesmos graus; agir por estímulos tão poderosos que tenham naturalmente produzido obcecação e arrebatamento; o arrependimento espontâneo e, enfim, qualquer outra circunstância de igual entidade e análoga às anteriores" (art. 9.º). *Código uruguaio*: "Atenuam o delito, quando não tiverem sido especialmente contemplados pela lei ao determinar a infração, as seguintes: 1.º (legítima defesa incompleta) — A legítima defesa própria ou alheia, quando não concorrerem todos os requisitos exigidos pela lei; 2.º (intervenção de terceiros em estado de necessidade) — O estado de necessidade, quando o agente executar o fato para prevenir o dano que ameaçar a terceiro estranho ou faltar algum de seus elementos essenciais; 3.º (cumprimento da lei e obediência ao superior) — A ordem da lei e a obediência ao superior, quando fôr presumível o êrro a res-

(Tribunal de Justiça de São Paulo, 18-3-49, *Rev. dos Tribunais*, volume 180, pág. 112).

"Não são da mesma natureza os crimes de homicídio doloso e "lesões corporais leves. Não pode, portanto, ser considerado como "reincidente específico, impedido de prestar fiança, o réu que res- "ponde por crime de lesões corporais. anteriormente condenado por "homicídio doloso" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12-9-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 182, pág. 573).

peito da interpretação da primeira ou faltar alguns dos requisitos que caracterizam a segunda; 4.º (a embriaguez voluntária e a culposa) — A embriaguez voluntária, não-premeditada para cometer o delito, e a culposa plena, e a produzida por força maior ou caso fortuito, semiplena; 5.º (menoridade) — A idade, quando o agente fôr menor de 21 anos e maior de 18; 6.º (surdo-mudez) — A surdo-mudez, quando o autor tiver mais de 18 anos e fôr declarado responsável; 7.º (boa conduta) — A boa conduta anterior; 8.º (reparação do mal) — Ter procurado, por meios eficazes, a reparação do mal causado ou a atenuação de suas conseqüências; 9.º (apresentação à autoridade) — Ter-se apresentado à autoridade, confessando o delito, quando das circunstâncias resultar que o agente pôde subtrair-se à pena, por ocultação ou fuga; 10. (móveis jurídicos, altruístas ou sociais) — Ter agido por móvel de honra ou por outros impulsos de particular valor social ou moral; 11. (a provocação) — Ter agido sob o impulso de cólera produzida por fato injusto, ou ter cometido o delito em estado de intensa emoção, determinada por uma grande desventura; 12. (princípio geral) — Qualquer outra circunstância de igual caráter ou análoga às anteriores” (art. 46).

COMENTARIO

SUMARIO: 58. Menoridade e velhice. 59. Cooperação criminosa. 60. Ignorância ou errada compreensão da lei. 61. Motivo de valor social ou moral. 62. Arrependimento e reparação. 63. Coação irresistível e emoção violenta. 64. Conflissão. 65. Influência da multidão. 66. Excesso do elemento material.

58. A menoridade figura como atenuante do crime no Cód'go de 1830 (art. 18, n.º 10) e no Código de 1890 (art. 39, § 11).⁴⁰⁹

Há 110 anos, conserva-se o limite de 21 anos. Pelo Código de 1940, até os 18 anos de idade não há responsabilidade (art. 23), e, dos 18 aos 21, atenua-se a pena do agente.

⁴⁰⁹ Em 1830, quando foi introduzida em nossa legislação, a atenuante da menoridade era desconhecida pela legislação francesa, napolitana e austriaca e, por muito tempo, não foi adotado. Ainda em relação aos menores, e iniciando o primado que viríamos a obter, o Código de 1830 concedeu arbítrio ao juiz no julgamento dos réus de idade inferior a 14 anos.

É a primeira das “circunstâncias que sempre atenuam a pena” a concernente aos menores de 21 e maiores de 70 anos. O Código prevê outras normas com o mesmo espírito (arts. 29, § 3.º, e 115). A redução pela metade dos prazos da prescrição (art. 115) para os “menores delinquentes de mais de 18 e menos de 21 anos” foi conquista feita pelo nosso direito penal por decreto de 24 de fevereiro de 1933, da iniciativa de MELO MATOS. Sabendo-se de sua autoria o preâmbulo respectivo, vale transcrevê-lo na parte útil como a mais autorizada justificação, também, da atenuante em estudo, inspirada nas mesmas diretrizes: “... Há uma idade de transição entre a adolescência e a maioridade penal, que vai dos 18 aos 21 anos feitos, *na qual a responsabilidade do delinquente é atenuada*, sendo diminuídas as penas previstas pelas leis penais (Código Penal, art. 42, § 11; Código de Menores, art. 76); atendendo a que, se as leis assim determinam *nesse período de transição, por ainda não ser completo o desenvolvimento mental e moral do indivíduo pelas suas condições psicológicas e éticas*, é lógico e justo que, *do mesmo modo que ele não é punido com todo o rigor da pena*, também sejam diminuídos os prazos da ação e da condenação; atendendo a que, por esse ato de clemência, o Estado proporciona ao indivíduo, em plena maioridade, libertar-se mais depressa das más consequências de infração da lei, por *ele praticada na menoridade, quando era ainda fortemente influenciável no sentido do bem e do mal, por falta de reflexão perfeita e de plena força de resistência aos maus impulsos*”...⁴¹⁰

A personalidade está em evolução, segundo o desenvolvimento fisiopsíquico.

⁴¹⁰ “A psicologia ensina que, antes de 20 anos, o homem não é psicologicamente maduro, não só em relação à vida social, mas, também, em relação à vida individual” (*Trattato etc.*, cit., 2.º vol., página 81).

Aos 18 anos,⁴¹¹ começa a responsabilidade penal (art. 23).

A atenuante assiste o delinqüente do momento em que completa 18 anos ao momento, exclusive, em que atinge os 21 anos. O Código refere-se ao agente que tiver menos de 21 anos.

O critério da lei civil é idêntico: "Aos 21 anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil".⁴¹² Pela Constituição, "são eleitores os brasileiros maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei".⁴¹³

O Código exclui das sanções penas, disfarçadas ou ostensivas, todos os menores até os 18 anos, reservando-lhes sempre o tratamento tutelar, especificamente edificante, com a preservação, a educação, o aparelhamento físico, mental, moral, técnico, profissional. É um avanço no sentido da aspiração positivista de estender a todos os criminosos igual assistência, recuperando-os para a sociedade, com todos os *deficits* cobertos, com todos os excessos cortados ou contidos pela disciplina, pela saúde, pela cultura, pelo trabalho. Nesse sentido, quanto mais alto o limite de idade, em que o delinqüente se liberta das *penas* propriamente ditas, maior o progresso, fazendo da cência um instrumento humano, mas intransigente, de defesa social.

A orientação moderna no encarar e resolver o problema dos menores representa verdadeiro e próprio progresso positivista que há de abranger os adultos.⁴¹⁴⁻⁴¹⁵

⁴¹¹ FLORIAN justificou a fixação da maioridade penal aos 18 anos com algumas diminuições e variações em confronto com os adultos até os 21 anos (ob. cit., pág. 510).

⁴¹² Código Civil, art. 9.º.

⁴¹³ Art. 131.

⁴¹⁴ *La nuova legislazione sulla criminalità minorile, e la trasformazione del diritto penale*, apud *Scuola Positiva*, Milão, ns. 5 e 6, 1937, pág. 151.

⁴¹⁵ Avulta na bibliografia brasileira: *Menores abandonados e delinqüentes*, ASTOLFO RESENDE, Rio, 1910; *A infância abandonada*, FRANCO VAZ, Rio, 1915; *Tribunais para menores delinqüentes*, NOÉ

A primeira atenuante prevista no Código atinge igualmente os maiores de 70 anos, isto é, os que ultrapassaram essa idade (ver arts. 29, § 3.º e 115).

Os fenômenos fisiológicos e psicológicos da velhice não permitiram ainda a fixação de normas. Ninguém contesta, porém, que a velhice consiste na total decadência, caracterizando-se pela involução orgânica e mental. O caráter contraditório e desconexo dos episódios mantém o tormento dos especialistas.

A velhice avançada comporta, quase inevitavelmente, profundas alterações somáticas que repercutem no estado psíquico. O velho aforismo “o homem tem a idade de suas artérias” é uma verdade que raramente admite exceções. Existe um momento em que o indivíduo deixa de ser, mentalmente, o que sempre foi, em que modifica o próprio tom afetivo, e que as faculdades psíquicas enfraquecem e ele se torna, desarrazoadamente, desconfiado e sugestionável, em que teme, sobretudo, a solidão, em que recorre às puerilidades e às pequenas mentiras, em que a memória de fixação empalidece, vendo furtos onde não existe senão a sua amnésia, descuido e ingratidão onde só há as suas insuportáveis e egoísticas exigências. Em determinada época da vida cada

AZEVEDO, São Paulo, 1920; *A nova legislação da infância*, LEVI CARNEIRO, Rio, 1924; *Criminalidade da infância e da adolescência*, 2.ª ed., Rio, 1927; *As leis de menores no Brasil*, LEMOS BRITO, com prefácio de MELO MATOS, Rio, 1929; *Código de Menores*, BEATRIZ SOFIA MINEIRO, com prefácio de MELO MATOS, Rio, 1929; *O problema de assistência a menores abandonados, delinquentes e anormais em São Paulo*, OLÍMPIA LEMOS FREITAS, São Paulo, 1936; *A defesa da infância contra o crime*, MOTA FILHO, São Paulo, 1936; *A infância desamparada*, SABÓIA LIMA, Rio, 1939; *O problema da criança e a ação social do Juízo de Menores*, AFONSO LOUSADA, Rio, 1940; *Código de Menores*, ALVARENGA NETO, 2.ª ed., Rio, 1941; *Menores Transviados*, OSMAR DA CUNHA MELO, Rio, 1941.

qual deixa de ser *são de mente*, sem, todavia, tornar-se, psiquicamente, um doente.⁴¹⁶

O padre ANTÔNIO VIEIRA falou daquela fase em que estamos mais sem doença do que mesmo com saúde.

Os franceses, com muita propriedade, dizem aqueles velhos *tombés en enfance*, e a aparência de mocidade, através de extravagâncias, malícias, loquacidade, representa “as tintas róseas do crepúsculo”.

Distingue-se um estado fisiológico, um estado misto e um estado patológico na velhice.

Julga-se o estado fisiológico uma tirania literária sem sentido científico. Indica-se como estado misto a ausência de perfeita integridade mental. No entanto, a integridade absoluta das funções psíquicas no velho é exceção.

Passados os 60 anos, a pessoa, até então equilibrada, apresenta sinais de emotividade extraordinária e de atividade diminuída, chegando, brevemente, à perturbação capital, nitidamente característica, à alteração profunda e progressiva da memória.⁴¹⁷

Registra-se a diminuição progressiva da eficiência das funções psíquicas, revelada, sobretudo, a princípio, pela maior fadiga e depois pela *qualidade* inferior do trabalho e pelo enfraquecimento da capacidade de fixação dos estímulos, a propensão para as reações psicológicas e de perseguição, em virtude do exagêro do mecanismo de projeção. A menor vitalidade, a percepção obscura de seu *deficit* interior, predispõem o velho à desconfiança. Daí à idéia superestimada de perseguição ou de prejuízo há somente um passo. Por tudo isso acolhe MIRA Y LOPEZ a expressão popular “o velho é um menino de barba branca”, com a diferença de que o

⁴¹⁶ Ver PELLEGRINI, *Trattato di Medicina Legale*, etc., Pádua, 1932, pág. 963.

⁴¹⁷ FLEURY, *Les fous, les pauvres fous et la sagesse qu'ils enseignent...*, Paris, 1928, pág. 50.

menino se mostra alegre e confiante e o velho triste e medroso.⁴¹⁸

Em 1901, no 5.º Congresso Internacional de Antropologia Criminal, WÄLLENBERG resumiu as conclusões, sustentando que as perturbações intelectuais provocadas pela idade merecem particular atenção das legislações. Estas deveriam fixar a senilidade aos 70 anos, ordenando um procedimento especial para os anciãos sem antecedentes penais. Na reunião de Budapeste, a União Internacional de Direito Penal aprovou a tese de LEPMANN: “O Congresso de Direito Penal resolve que, fora da alienação mental declarada, as alterações intelectuais, que a velhice provoca freqüentemente e que exigem ou reclamam um tratamento especial, merecem ser levadas em consideração particular no direito penal”.

O Código adotou o limite de idade fixado pelo 5.º Congresso de Antropologia Criminal e já constante das atenuantes do projeto da Câmara dos Deputados.⁴¹⁹

O art. 45 do Código do Império dispunha: “Quando o condenado a galés, estando no cumprimento da pena, chegar à idade de 60 anos, ser-lhe-á esta substituída pela de prisão com trabalho por outro tanto tempo quanto ainda lhe faltar cumprir”. O Código de 1890 silencia.⁴²⁰

A lei, por sua própria natureza, no sistema jurídico vigente, não pode deixar de convencionar uma idade, na qual *presume* deva tornar-se, novamente, relativa ou absoluta a

⁴¹⁸ *Manual de Psychologia Jurídica*, Barcelona, 1932; FORTINO, *La Vecchia in quale minorante la responsabilità penale*, Roma, s. d.

⁴¹⁹ O Código da China autoriza a redução da pena pela metade para as pessoas de 80 anos completos (art. 30). Os outros Códigos variam entre 60 e 70 anos, de acordo com as oscilações dos biólogos.

⁴²⁰ Pela Constituição de 1937, “serão aposentados compulsoriamente os funcionários que atingirem a idade de 68 anos” (art. 156, d). A legislação civil, militar e social, sobretudo, contém vários dispositivos inspirados no pressuposto de que a velhice, mesmo antes de caracterizada a demência senil, importa redução da capacidade.

capacidade civil ou penal. Mas os biólogos, estes, não podem ditar critérios gerais e fixos, sobretudo esquematizando sintomas ou ciclos.

Não há velhices, mas velhos, reagindo cada um, segundo o meio, a herança, o sexo, a instrução, a educação, a vida em geral. Merecem, pois, tôdas as reservas as classificações. Há velhos ridículos e respeitáveis, pitorescos e majestosos, fúteis e profundos. Há velhos-moços, como moços-velhos.

EUCLIDES DA CUNHA tinha vontade de perguntar a um OURO PRÊTO, a um LAFAIETE, a um ANDRADE FIGUEIRA se já tinham feito 20 anos.⁴²¹

A atenuante é objetiva e incomunicável, conciliando-se com qualquer outra circunstância. Os fenômenos patológicos da velhice são considerados no art. 22 e seu parágrafo.⁴²²

59. A atenuante do art. 48, II, contrasta com a agravante do art. 45, I.

Suprimida a distinção entre autores e cúmplices (artigo 25), o processo de individualização da pena, inacessível ao casuismo apriorístico e abstrato, exigia a consideração da maior ou menor importância da participação. Foi o que fez o Código, no art. 45, para o primeiro caso, e no art. 48, II e IV, c, 1.^a parte, e parág. único, para o segundo caso. O Código italiano, menos preciso quanto às atenuantes particularmente ponderáveis, deu-lhes caráter facultativo (art. 114), ao contrário do que fez em relação às agravantes. O Código brasileiro, também diversamente, arrolou as atenuantes entre as circunstâncias comuns, situando-as no capítulo sobre a aplicação da pena.

⁴²¹ ROBERTO LYRA, *Influência da velhice na responsabilidade criminal e na temibilidade*, Arquivos do Manicômio Judiciário, Rio, 1933.

⁴²² O Código argentino faculta a detenção, em casa, de mulheres honestas e de pessoas maiores de 60 anos ou valetudinárias condenadas a pena de prisão não-superior a seis meses (art. 10). Ver ainda o art. 7.^o.

As agravantes, porém, foram destacadas (art. 45). Nem por isso as atenuantes perdem o seu preciso enderêço, conservando igual obrigatoriedade. De qualquer forma, o juiz dará, a umas e outras, não um valor matemático, mas o de elemento mais ou menos importante, segundo o seu prudente arbitrio, na fixação da pena-base (art. 42).

A atenuante, que é objetiva e incomunicável relaciona-se, exclusivamente, à materialidade do crime, aproveitando aos partícipes de eficiência causal mínima. Aplica-se no concurso de pessoas no crime culposos.

Com fundamento em TRÉBUTIEN, GARRAUD, CHAUVEAU ET HÉLIE, ALIMENA, IMPALLOMENI, STOPPATO, ANGIOLINI, SETTI, LET, MANZINI,⁴²³ sustentamos sempre a possibilidade do concurso de pessoas nos crimes culposos.⁴²⁴ Citamos vários exemplos, situando a posição dos doutrinadores brasileiros.

O Código resolveu qualquer dúvida a respeito, orientando-se no mesmo sentido.

Da *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS consta o seguinte: “Igualmente, fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposos, pois, neste, tanto é possível a cooperação material quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação”.⁴²⁵

O Código italiano (art. 113) definiu, especialmente, a cooperação no delito culposos.⁴²⁶

Segundo VANNINI, não pode ser beneficiado pela atenuante do art. 48, II, equivalente à do art. 114 do Código italiano, quem se coloca em situação de merecer qualquer das

⁴²³ Em sentido contrário: CARRARA, PESSINA, HAUS, BRUSA, SIGHELE, este admitindo a cumplicidade, que, no Código, está assimilada à co-autoria.

⁴²⁴ *Diretto Penal*, vol. 2.º, cit., págs. 298 e 387.

⁴²⁵ *Revista Forense*, fevereiro, 1941, pág. 451.

⁴²⁶ Sobre a aplicação da atenuante, nesse caso, SALTELLI e DI FALCO, vol. 1, parte 2, págs. 590 e 591; VANNINI, ob. cit., págs. 502 e 503.

agravantes do art. 45, correspondentes, pela função e não pela previsão, às do art. 112 do Código italiano. Havendo êsse artigo aumentado a pena nos casos previstos, fêz presumir *juris et de jure* que a cooperação prestada pelos concorrentes, em confronto com os quais estabeleceu as agravantes, tenha tido notável importância na preparação ou na execução do crime. Um concorrente não pode ser, ao mesmo tempo, mais perigoso e menos perigoso e, por isso, a possibilidade de concurso entre as várias circunstâncias do art. 112 e as do 114 está excluída.⁴²⁷

A atenuação depende do momento e da natureza da cooperação.

60. Segundo o art. 16, a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena (*ignorantia juris neminem excusat*), mas, quando se tratar de lei penal e fôr escusável a ignorância ou o êrro de direito, atenua-se sempre a pena.⁴²⁸

O Código de 1890 não conhecia essa atenuante e, no art. 26, dispunha: "Não dirimem nem excluem a intenção criminosa: a) a ignorância da lei penal...". No art. 42, § 1.º, previa a atenuante da falta de pleno conhecimento do mal.

O Código dinamarquês contém a mesma atenuante: "... se a conduta do autor provém de ignorância ou de má interpretação escusáveis das disposições legislativas que proíbem ou obrigam a execução do ato" (art. 84, 3.º).⁴²⁹

Esclarece a *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS: "O art. 16 dispõe sobre a irrelevância do *êrro de direito*. Não cedeu a Comissão revisora, em matéria de *cri-*

⁴²⁷ Ob. cit., pág. 591.

⁴²⁸ "Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei..." (art. 5.º da Introdução ao Código Civil).

⁴²⁹ Também diminuem ou substituem a pena: Código da Noruega (§ 57), do Peru (art. 87), de Zurique (§ 606), do Japão (§ 38, cap. V).

“mes,⁴³⁰ aos argumentos em prol da restrição a êsse princípio. “O *error juris nocet* é, antes de tudo, uma exigência de política criminal. Se fôsse permitido invocar como escusa a ignorância da lei, estaria seriamente embaraçada a ação social contra o crime, pois se teria criado para os malfeitores um pretexto elástico e dificilmente contestável. Impraticável seria, em grande número de casos, a prova contrária à execução do réu, fundada na incidência da lei.

“Conforme pondera VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, vol. II, pág. 342), pelo menos a prova do *dolus eventualis* teria de ser oposta ao réu, mas, ainda assim, redundaria, muitas vêzes, num *non liquet*, que frustraria a ação repressiva. Aos piores delinquentes, quase sempre originários das classes sociais mais desprovidas de cultura, ficaria assegurada a impunidade. É a justa advertência de WHARTON (*Criminal Law*, vol. I, pág. 134): “*If ignorance of a law were defence for breaking such law, there is not law of which a villain not be scrupulously ignorant. The more brutal, in this view a man becomes, the more irresponsible would be in the eyes of the law, and the worst classes of society would be the most privileged*”.

“E ainda mesmo que se abstraia o ponto de vista da utilidade social, o *nemo censetur ignorare legem*, não traduz uma injustiça, quando se tem em atenção a gênese sociológica da lei, notadamente da lei penal. É de inteira procedência a argumentação de VON BAR (*Gesetz und Schuld*, vol. 2, pág. 393): “Do ponto de vista do indivíduo, não há injustiça em que lhe não aproveite o êrro de direito. Cresce êle como membro da comunhão social, a cuja consciência jurídica deve corresponder a lei penal, e por isso tem, de regra, a clara intuição do que deve evitar para não violar a ordem jurídica”. É certo que nem sempre a lei é um reflexo

⁴³⁰ Ver o art. 8.º da Lei das Contravenções Penais: “No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”.

“da consciência jurídica coletiva, representando apenas conveniências políticas do momento. A tais casos, porém, atende o projeto, na medida do possível, incluindo entre as “circunstâncias que sempre atenuam a pena” o escusável erro de direito.

“O projeto não faz distinção entre erro de direito *penal* e erro de direito *extrapenal*: quando uma norma penal faz remissão a uma norma não-penal ou a pressupõe, esta fica fazendo parte integrante daquela e, conseqüentemente, o erro a seu respeito é um irrelevante *error juris criminalis*”.⁴³¹

A ignorância é ausência de conhecimento; o erro é conhecimento incompleto ou imperfeito. O erro pressupõe a existência de idéia falsa em lugar da verdadeira; a ignorância, a própria falta de idéia.

O erro pode ser fato (*error facti*) ou de direito (*error juris*). O erro de fato é essencial, quando recai sobre as circunstâncias constitutivas do crime (art. 17); é accidental (*error in persona* ou *in objecto*), quando incide sobre as circunstâncias extrínsecas do crime (art. 17, § 3.º). Nessa hipótese, o sujeito produz um resultado equivalente ao querido, equivocando-se, porém, quanto ao objeto ou à pessoa.

A ignorância e o erro de direito figuram no art. 16.

Há quem pretenda que todo erro de fato é erro de direito e *vice-versa*, porque aquele condiciona e determina a posição jurídica do autor em relação ao seu ato (DOHNA).

O caráter absoluto do princípio partia da presunção *juris et de jure* do conhecimento da lei por todos (*leges ignorare non licet*).

O império da lei, a sua força obrigatória exigiriam a rigidez tradicional. Do contrário, a lei, tornando-se condicional, ficaria subordinada à vontade de cada particular, à sua negligência ou malícia (CARRARA). Assim se argumenta de acordo com as imposições da defesa social, mas ninguém

⁴³¹ Revista Forense, 1941, fevereiro, pág. 446.

desconhece que, na realidade, as condições do meio e do sujeito passivo, bem como a natureza da lei e sua deficiente vulgarização, podem induzir à certeza de sua ignorância ou incompreensão.

Não há possibilidade material, mesmo para o *jurisperito*, de ter notícia de tôdas as leis e regulamentos; muitas vêzes, os juízes devem decidir se uma lei continua em vigor.

O conhecimento da lei, portanto, não pode constituir presunção absoluta, pois não se presume o impossível. Não se elimina a dificuldade, dizendo que esta não é uma *presunção*, mas uma *ficção jurídica*, porque o impossível não se pode admitir nem sequer por ficção.⁴³²

Por outro lado, a lei penal acolhe preceitos normalmente indiferentes do ponto de vista moral, atendendo a emergência de ordem política.

Mas, a revelação da periculosidade social não desaparece, mesmo provada a ignorância da lei, quando se trata do dever de abstenção ou de ação, ao alcance do mais elementar senso moral e da mais superficial ou transitória participação na trama social (*atrocitatem facinoris habent*).

Há ações ou omissões que, antes de sancionadas pela lei penal, são condenadas pelos costumes.

Se no espaço e, sobretudo, no tempo diferem o rigor, a forma, o fundamento de tal reprovação, é inegável que, na essência, esta se manifesta sempre, ou, pelo menos, assim se pretende, a bem da unidade moral do grupo.

Por maiores que sejam as disparidades e os antagonismos, há um enderêço comum da sensibilidade, provocando reações éticas, mais ou menos intensas e racionadas, diante de certos desvios extremos da conduta.

A civilização moderna vai reduzindo as distâncias sociais e propagando, acima das fronteiras nacionais, noções e regras que, se não nivelam o aprêço a determinados bens, fazem conhecer o valor que se lhes empresta em tôda a parte.

⁴³² FERRI, *Princípios*, cit., pág. 442.

Sejam quais forem as condições de cultura do indivíduo e do meio, cada maior de 18 anos — esta a idade-limite da responsabilidade penal — distingue a fraude e a violência, nas suas formas essenciais, porque aprendeu no convívio doméstico, escolar, profissional, recreativo, porque, pelo menos, *viu* e *ouviu* a proibição.

E se, apesar da notoriedade, cada vez mais intensificada, aprofundada e ampliada, não conhece, nem compreende, os deveres de suprema, permanente e geral importância, esta seria uma razão a mais para a intervenção educativa, corretiva e inibitória da pena.

A verdade é que bastaria a consciência do ilícito moral e social em gênero. Não se objete que tal ilícito é bem distinto do legal.

Que prejuízo se teria na prática?

Nem todo ilícito moral é ilícito legal, mas, naturalmente, o agente não seria punido pelo ilícito moral e sim pelo ilícito moral que também constitui ilícito penal.

Nem importa que o agente não o saiba precisamente.

O homem normal (quanto ao anormal, não se cogita do problema, para aplicar compulsoriamente medida de segurança) possui capacidade para avaliar as suas ações e compreende, indubitavelmente, a sua ilicitude.⁴³³

O indivíduo é, legal e socialmente, responsável, porque praticou o crime e, em consequência, merece sanções, mais ou menos graves, dessa ou daquela qualidade ou quantidade, segundo a maior ou menor periculosidade. Na avaliação dessa periculosidade, e não preliminarmente, o que importaria desprestígio de todo o sistema jurídico e ameaça à vida do direito, a ignorância da lei e a sua errada compreensão militam ponderavelmente.

A exigência da escusabilidade da ignorância e do erro de direito afasta o perigo de proteger-se a negligência ou a malícia.

⁴³³ MARUCCI, *Scuola Positiva*, 1937, fascs. 5-6, pág. 153.

De qualquer forma, essa circunstância, por si só, não pode dar imunidade ao autor do crime, coonestando e nutrido a omissão cívica, nem fazer excluir o crime que subsiste, como elemento de perturbação social e de sacrifício individual, sejam quais forem a efetiva vulgarização dos preceitos ou a intuição moral do sujeito ativo. A ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando inescusável, nem como atenuante deve funcionar, porque pode, elementarmemente, revelar *deficits* que exigem tôda a ação da pena, pelo menos para fazer assimilar o seu conteúdo ético.

É de ponderar-se, no entanto, que, para os espoliados no direito à instrução e à educação, a escusabilidade é a regra.

O reclamo mínimo da escola positiva, isto é, a faculdade, em determinados casos, de diminuir a pena, foi satisfeito. Para as contravenções, porém, que envolvem “matéria miúda, varia e versátil”,⁴³⁴ deve ser, desde logo, adotada a avaliação subjetiva da ignorância ou errada compreensão da lei (penal ou não), como pleiteiam os positivistas, com a adesão, nem sempre confessada, de seus adversários.⁴³⁵ O problema diz respeito à determinação do conteúdo do dolo.

No direito romano, a norma *ignorantia neminem excusat* nunca teve o alcance de um princípio geral, reconhecendo-se a influência da *ignorantia juris* (FERRI e FALCHI).

No direito canônico, em consequência de seu aprêço à culpa moral, a ignorância da lei chegou a excluir a imputabilidade. Os criminalistas práticos justificam o perdão ao novo cidadão, considerando a rusticidade e a simplicidade como atenuantes (TIRAQUELLUS).

O Código canônico de 1917 dispõe que a violação da lei ignorada não se imputa se a ignorância fôr escusável (cânon 2.202).

A rusticidade do agente ilídia, em regra, a presunção.

⁴³⁴ Vide a Exposição de FRANCISCO CAMPOS, *Revista Forense*, citada, pág. 440.

⁴³⁵ Art. 8.º da Lei das Contravenções Penais.

Pela exclusão dos estrangeiros, quando se trate de contravenções: CARRARA, PESSINA, PINCHERLI, sendo este mais liberal; pela apreciação subjetiva: SERAFINI, POZZOLINI, CANTORE, LANZA. Contra a presunção: VON HIPPEL, FAHRLASSIGKEIT.⁴³⁶

O projeto FERRI restaurou, confessadamente, o direito romano e o canônico, admitindo a justificação do fato, quando executado por ignorância de que é proibido pela lei penal, derivada de força maior, ou por erro substancial de direito ou de fato, não proveniente de negligência (art. 19, n.º 2).

Quando o fato não fôsse completamente justificado, aplicar-se-iam sanções menores.

O projeto germânico (1930) exime de pena quem, por erro escusável de direito, não podia conhecer a ilicitude do fato; se o erro não era escusável, a pena seria diminuída (§ 20).

Na França, prevaleceu a opinião de que a ignorância da lei penal escusa completamente, quando o imputado demonstre que era materialmente impossível conhecer a lei (*vide* o decreto de 5 de novembro de 1870).

O princípio de que a ignorância da lei não escusa está consagrado no Código italiano (art. 5.º), com a fórmula mesma do Código revogado (art. 44), em harmonia com os arts. 1.º e 2.º das disposições preliminares do Código Civil.

Mas, tratando, no art. 47, do erro de fato, dispõe que o erro sobre lei diversa da lei penal exclui a punibilidade, quando ocasionar erro sobre o fato que constitui o crime.

Além dos casos de rusticidade do agente, sobretudo nos crimes eventuais e convencionais, a escusabilidade pode ocorrer, por exemplo, naqueles casos de *fôrça maior* referidos por FERRI: longa ausência no estrangeiro, prolongada e grave doença, calamidade pública na época da publicação da lei.⁴³⁷

⁴³⁶ Para acompanhar o debate: PALAZZO, *L'ignorantia juris et facti nel dir. rom. e nel dir. odierno*, Scuola Positiva, agosto, 1926.

⁴³⁷ *Princípios*, cit., pág. 442.

Desde que CARRARA lhe emprestou a sua autoridade, e, sobretudo, a evidência de sua demonstração, quem tem falsa noção da lei deve ser equiparado a quem dela não tem qualquer noção, para todos os efeitos jurídicos.⁴³⁸

Ao contrário do Código italiano,⁴³⁹ o brasileiro não contempla o chamado *crime putativo*, no qual o autor supõe existir uma norma penal inexistente. Então, não há crime, mesmo aparentemente, se se trata de fato incriminado, mas a que falta elemento constitutivo do crime (furto de coisa própria, julgada pertencente a outrem).

Segundo FERRI, tal ação, subjetivamente criminosa, deve ser assimilada à tentativa de *crime impossível*.⁴⁴⁰

Se o juiz, em espécie, puder identificá-la, disporá da solução dos arts. 14, 76, parág. único e 94, n.º III, do Código.

MANZINI alista êstes exemplos:

Tício, julgando fraudar a Alfândega, introduz clandestinamente uma mercadoria que não está sujeita a tributo; Caio seduz uma maior com promessa de casamento, julgando, errôneamente, que tal ação constitui crime.

Distingue, porém, os casos em que o agente ou omitente, ao executar crime previsto, não preenche tôdas as condições de punibilidade, na persuasão de haver violado a norma penal; alguém, querendo roubar a outrem, tira, por êrro, a coisa própria; ou, julgando corromper um funcionário público, cai, ao contrário, nas rêdes de um estelionatário; ou, ainda, supõe cometer um adultério com mulher que julga regularmente casada com um terceiro, quando esta é concubina daquele etc.⁴⁴¹

61. Nos ns. 31 e 29 tratamos, com o necessário desenvolvimento, dos motivos. A atenuante que destaca “o motivo

⁴³⁸ FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, parte 1.ª.

⁴³⁹ Ver art. 49.

⁴⁴⁰ FERRI, *Princípios*, cit., pág. 443.

⁴⁴¹ *Trattato*, cit., vol. I, pág. 501.

de relevante valor social ou moral” contrasta com a agravante do “motivo fútil ou torpe”, resultando ambas da preocupação do legislador, assim exposta na sua *Exposição* pelo ministro FRANCISCO CAMPOS: “Adquire culminante relêvo o motivo, o *porquê do crime*”.⁴⁴²

O Código de 1890, que incluía, entre as agravantes, “o motivo reprovado ou frívolo” (art. 39, § 4.º), não cogitou da atenuante correspondente.

Para bem atentar na excepcionalidade da atenuante, considerem-se os termos em que está definida. Não basta que o motivo tenha valor social ou moral. É preciso que esse valor, profundamente auscultado e rigorosamente identificado, seja *relevante*, tanto vale dizer, que avulte entre os mais caros ao sentimento público e, por isso, seja capaz de superar a repugnância, o choque, o alarma diante da objetividade do crime. Nem se compreenderia que o Código desse a essa atenuante a influência especial de diminuir, sensivelmente, as penas relativas a crimes dos mais graves (arts. 121, § 1.º, e 129, §§ 4.º e 5.º), sem conceituá-la com o máximo escrúpulo e extrema discrição. Esse escrúpulo e essa discrição, reclamados pelo próprio fato de eleger e proclamar motivos sociais, num fato elementarmente anti-social, devem orientar o juiz.

Na Itália, o abuso da atenuante atingiu a frouxidão pela qual são responsáveis, sobretudo, os comentadores do Código de 1930, esquecidos de seus próprios ensinamentos sobre o fundamento ético da lei penal. Esta não poderia reconhecer, portanto, motivo moral no que, em si mesmo, constituiria imoralidade ou anormalidade. Chegou-se a contemplar com a atenuante o co-réu da adúltera que alegara haver cometido o crime para dar um filho à comparsa, cujo marido não possuía potência *gerandi*.⁴⁴³

⁴⁴² *Revista Forense*, 1941, fevereiro, pág. 452.

⁴⁴³ A jurisprudência italiana consagrou estes outros casos: difamar uma mulher para impedir o seu casamento com o irmão cegamente apaixonado a ponto de não ver a inconveniência desse ato;

É raríssima a coincidência entre o motivo e o interesse social ou a disciplina moral básica. Desarmaria a repressão a sentença que homologasse, como de *relevante* valor social ou moral, as extravagâncias sentimentais ou ideológicas, ainda que nobres pelos critérios individuais.

É o caso, por exemplo, da chamada *eutanásia*. Como conceder ao indivíduo, virtualmente, o direito de matar, estimulando os egoístas que pensam mais em fazer cessar ônus, fadigas e cuidados do que em poupar sofrimentos sem remédio? Em tanto importa proclamar, nesse caso, o *relevante* valor social ou moral, voluntária e conscientemente homicida. Não serão de desprezar os episódios da ganância fantasiada de caridade. O médico, protegido pelo segredo profissional, gozaria de verdadeira imunidade penal.

A Medicina não permite afirmações definitivas. Nem impossíveis, nem infalíveis. O próprio médico não pode prognosticar, com segurança, a morte.

Amanhã, ao lado do homicídio piedoso, viriam o contrabando piedoso, o rapto piedoso, o furto piedoso. Não dizem já os ladrões que *aliviam* as suas vítimas?

Em regra, são de relevante valor social ou moral os motivos harmônicos com os interesses fundamentais do grupo, cujos melindres e conveniências dependem, muitas vezes, de circunstâncias de tempo ou de lugar que somente o juiz pode discriminar. Não é possível, portanto, enumerá-las, sobretudo porque o dinamismo das associações e reações psíquicas abrigam até motivos opostos.

SALTELLI e DI FALCO⁴⁴⁴ apontam, como de particular valor social ou moral, a defesa do patrimônio moral da família

⁴⁴⁴ Ob. cit., vol. I, 1.^a parte, pág. 302.

difamar um candidato desonesto para impedir o seu acesso a uma função pública. Aplicou-se, aí, a tese positivista: na difamação, deve-se atender aos motivos anti-sociais do delinqüente, isento de pena, se obedeceu a objetivos construtores e altruísticos (FLORIAN, *La Teoria Psicologica della Diffamazione*, Turim, 1893). Vide a refutação de FROLA (ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., 2.^o vol., págs. 48 e 49).

(a memória dos mortos), o furto leve para atenuar uma grande desventura ou prover a uma necessidade grave e urgente de pessoa extremamente cara.⁴⁴⁵

Não se trata, porém, da moral de interpretação e concepção individuais, como querem aqueles comentadores, mas da moral prática e dominante. Do contrário, o juiz seria obrigado a submeter a lei a prenoções arbitrárias ou a mergulhar em problemas metafísicos, que foram o tormento e a esterilidade da confusão entre o direito e a moral.

É indispensável insistir na significação do reconhecimento da atenuante pelo juiz, não tanto por sua influência na pena, a qual pode ser regulada específica e individualizada, mas, antes de tudo e sobretudo, pela exaltação e pela recomendação em que importa. Vale por uma reabilitação, em sentido mais alto, mais duradouro e mais profundo, a sentença que proclama o relevante valor social ou moral do motivo. Diante disso, que fica do crime como elemento negativo do merecimento individual e do aprêço público? A sua objetividade desfigurada, e sutilmente avalizada, como prova de extrema e heróica sensibilidade moral e social... Seria um regalo para o erostratismo criminal.

Não tem cabimento o recurso à classificação das paixões, exatamente em morais e imorais, sociais e anti-sociais, como elemento de interpretação.

Em primeiro lugar, não se trata aqui somente de paixões, nem se visa esquematizar sentimentos de infinitas modalidades e imponderáveis encarnações, e sujeitos, na psicologia individual até em relação ao mesmo objeto, à convivência e à flutuação e, mormente na conduta, à interferência mais confusa e fugidia. O julgamento não comporta generalizações arbitrárias e funestas.

Os clássicos (CARRARA) dividiram as paixões, segundo a quantidade, em cegas e racionais, e os positivistas (FERRI)

⁴⁴⁵ Art. 155, § 2.º, do Código de 1940.

distinguiam-nas em úteis e prejudiciais, morais e imorais, sociais e anti-sociais.⁴⁴⁶

Anti-sociais seriam as paixões que tendem a desagregar as condições normais da vida humana, individual e coletiva, segundo as exigências da harmonia (vingança, ódio, despeito, cobiça, cupidez), e sociais as que, normalmente, favorecem e cimentam a vida fraterna e solidária (amor, afeto familiar, patriotismo, honra, fé religiosa, paixão política), contribuindo, em regra, para o desenvolvimento e consolidação da vida social e do progresso humano.⁴⁴⁷

Mas, o próprio FERRI reconhece que a paixão, por si só, não leva ao crime, e que existe no amor, em regra egoístico, uma parte mais vil, excetuando como capazes de aberrações altruísticas o amor materno e a paixão política. E, adianta, se o amor faz juz à mais absoluta e à mais entusiástica apoteose, quando leva à criação e à conservação da vida, tal apoteose não lhe compete quando, aberrando, conduz à destruição da vida. Assim como o amor está à mercê do contrabando, também a honra se presta ao mesmo, desvirtuando-se no seu sentido de dignidade humana e social.⁴⁴⁸

Quem abraçar o mecanismo das paixões e a sua repercussão social não sustentará o caráter social do amor que aberrar de sua natureza e de sua finalidade, convertendo-se em ódio manifestado pela vingança.

Também FERRI é o primeiro a reconhecer que o amor materno às vezes se desvirtua e que o crime político pode esconder o egoísmo, sob a bandeira do ideal.⁴⁴⁹

O projeto preliminar italiano acolhia as razões de honra, mas estas vingaram apenas para o aborto (art. 551)

⁴⁴⁶ FERRI baseou-se, talvez, na vulgarizada distinção de BOSQUET: paixões sociais (amor, honra, política, realigião) e anti-sociais (vingança, cólera, ódio).

⁴⁴⁷ FERRI, *O Delito Passional na Civilização Contemporânea*, São Paulo, 1934, págs. 60 e 61.

⁴⁴⁸ Ob. cit., págs. 58 e segs.

⁴⁴⁹ Ob. cit., pág. 62.

e o abandono (art. 592),⁴⁵⁰ a fim de evitar que, fora desses casos, pudessem ser aplicadas a quem procura escapar às consequências de sua conduta ilícita, como a adúltera que mata a testemunha do crime.

De qualquer forma, não cabe ao criminoso julgar o valor dos motivos. No seu íntimo, em função exclusiva do egoísmo, pode o delinqüente instalar um tribunal, mas as suas sentenças não devem ser confirmadas pela justiça, que não atende às razões de um homem e, sim, às conveniências gerais. Julgar, tendo em vista as versões do criminoso, por mais verídicas e decisivas, é uma forma de justiça privada. Fazer justiça pelas próprias mãos é, nada mais, nada menos, do que um crime (art. 345).⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ O Código brasileiro não previu o infanticídio *honoris causa*, mas admitiu no abandono a modalidade (art. 134). Ver art. 242, parágrafo único.

^{450-a} “A atenuante da letra *a* do n.º IV do art. 48 é incompatível com a legítima defesa” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 22-11-44).

“Age impelido por motivo de relevante valor social e moral quem ‘desagrava a honra conjugal ofendida’” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27-9-43).

“Considera-se como de relevante valor social ou moral o ato que ‘nasce da repulsa a procedimento contrário aos princípios básicos da sociedade e da moralidade dos costumes, decôro e honra familiar, como seja o concubinato da vítima com uma irmã do réu, dentro da casa em que todos residem’” (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 30-3-43).

“Comete o crime por motivo de relevante valor, ao mesmo tempo social e moral, quem mata indivíduo que vivia assediando a sua ‘espôsa’” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 13-4-44).

“O reconhecimento de ter sido de relevante valor moral ou social o motivo do crime, não implica dever a pena-base ser fixada, necessariamente, no mínimo cominado na lei. A pena não é individualizada em função somente dos motivos determinantes do crime” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 18-9-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 171, pág. 69).

“Não pode haver motivo de relevante valor social e moral no furto continuado, embora o agente seja pobre e o emprêgo modesto”

62. O arrependimento, como atenuante, não foi previsto no Código de 1890.⁴⁵¹

O Código arma aquela *ponte de ouro* de von LISZT, com mais propriedade, pois, na tentativa, basta que o agente se detenha voluntariamente (art. 13, 1.^a parte), ao passo que, para a atenuante, o convite é para que ele retroceda, desfazendo, se possível, o mal e, se impossível, minorando-o ou reparando-o.⁴⁵²

O arrependimento ativo ou eficaz justificaria, segundo os doutrinadores alemães, a exclusão da pena. Legislações, como a francesa, a belga, a portuguesa, a alemã, a sueca, a finlandesa cogitam da medida na Parte Especial.

A norueguesa manda diminuir ou excluir a pena, se de multa, quando o agente fez o possível para suspender as consequências danosas do crime, ou reparou o dano, ou confessou o crime.

O projeto alemão, entre as causas que o juiz deve atender para a medida da pena, inclui a conduta depois do fato e, especialmente, se procurou reparar o dano.⁴⁵³

O Código italiano concede a atenuante, se, *antes do julgamento*, o agente se empregou espontânea e eficazmente

⁴⁵¹ O seu art. 41, § 3.º, previa a agravante da “natureza irreparável do dano”.

⁴⁵² O Código espanhol atenua a pena, se o agente procedeu por impulsos de arrependimento sincero para reparar ou diminuir os efeitos do delito, dar satisfação ao ofendido... (art. 9.º, 8.º). Ver, também, o Código dinamarquês (art. 84, 6.º, 7.º e 8.º).

⁴⁵³ Para estudo mais detido: TOLOMEI, *Il pentimento nel diritto penale*, Turim, 1927; ZAMORA Y CASTILLO, *El desistimiento espontaneo y el arrepentimiento activo*, Madri, 1928.

(Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2-9-47, *Revista Forense*, volume 115, pág. 595).

“A infidelidade da mulher casada não autoriza qualquer desfôrço do marido contra o sedutor, sob alegação de legitima defesa da “honra, porque esta, como atributo personalíssimo, não depende de “ato de outrem” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 67).

para ilidir ou atenuar as consequências danosas ou perigosas do crime. O Código brasileiro não o estendeu até o julgamento, como fez com a reparação do dano, na companhia do Código italiano.⁴⁵⁴ Entre nós, somente cabe a atenuante, na sua primeira parte, se a atividade se verificou “logo após o crime”.

Em regra, as circunstâncias são anteriores ao momento consumativo ou à cessação da permanência, mas a exceção, filiada ao art. 42, que manda o juiz atender às “consequências do crime, tem fundo político, quando procura interessar o criminoso na restauração do *statu quo ante*”. Por outro lado, considera a reação do senso moral, que, mesmo tardia, revela a personalidade do agente, através de atitudes positivas e eficazes de lealdade, de piedade, de exação jurídica.

Não se preocupou o legislador com a satisfação dos interesses do ofendido, mas com a expressão moral e jurídica da conduta do agente.

Há, na atenuante, além do elemento objetivo, consistente na eficiência do imediato empenho e, pelo menos, reduzir o mal causado, o elemento subjetivo, que é o principal. Sobreleva, na sua caracterização, a sincera e oportuna atividade do criminoso como prova de reconhecimento de haver agido contra a lei — é o arrependimento espontâneo e não só voluntário e eficiente, manifestado por atos pessoais para neutralizar as consequências danosas ou perigosas do crime.

Como se sabe, o arrependimento pode ser espontâneo (repiscência) e voluntário; o primeiro resulta, exclusivamente, da vontade do agente, o segundo é sugerido por um terceiro ou determinado por certos acontecimentos.

Não tem aplicação, portanto, a atenuante, se o agente, perseguido, abandona o produto do furto ou se é inútil o socorro prestado.

A circunstância tem cabimento em relação aos crimes de perigo. Na verdade, as consequências perigosas ulteriores podem ser evitadas ou minoradas.

⁴⁵⁴ Art. 62, 6.º.

A tentativa (art. 12, II) não é incompatível com a atenuante, nas suas duas partes, porquanto pode dela resultar consequência danosa ou perigosa diversa do evento que integra a consumação.⁴⁵⁵

Nos delitos permanentes não basta a cessação da atividade criminosa, que se limita a libertar o seqüestrado, porque a atenuante se refere a uma conduta posterior à consumação do crime, estranha, não só ao *abstractum* psicológico deste, como às suas modalidades. A cessação da atividade criminosa não equivale à ação espontânea, imediata e eficiente, para evitar ou minorar as consequências do crime.

É, também, atenuada a pena, se o agente, antes do julgamento, reparou o dano (art. 72, I). O Código italiano, redundantemente, exige que a reparação seja completa, mediante ressarcimento e, quando possível, restituição.

Quem diz reparação, diz reparação completa.

A forma e a suficiência desta serão apuradas pelo juiz, segundo a natureza do dano, que pode não ser patrimonial.

Quanto à reparação do dano, não exige o Código o requisito da espontaneidade.

Baseia-se a atenuante num *fato*, verificado antes do julgamento.

Não assiste ao réu o direito de pedir a liquidação do dano antes do julgamento para obter a atenuante. Mas, merece a atenuante mesmo que haja indenizado o titular do direito, por força de sentença no juízo cível. Essa intervenção judicial é, muitas vezes, aguardada para apurar a quem se deve pagar (Código Civil, art. 934) e fazê-lo, segundo as formalidades legais.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Em contrário: SALTELLI e DI FALCO, ob. cit., pág. 403. Note-se que, na definição da atenuante (art. 62, 6.º), o Código italiano excetua o caso do art. 56, última parte, sobre delito tentado. É diferente a redação brasileira.

⁴⁵⁶ O Código suíço, prevendo tal atenuante, prescreve: "quando "ele (o culpado) tiver manifestado por atos arrependimento sincero, "notadamente quando tiver reparado o dano tanto quanto se podia "esperar dele" (art. 64).

A expressão “antes do julgamento” equivale a “antes da sentença” (art. 143).

Depois da condenação em primeira instância, que torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime, não mais se pode pleitear a atenuante.

Nos delitos contra o Estado, não basta reparar o dano do funcionário, mas, também, o do Estado, não como sujeito passivo de todo crime e sim como sujeito passivo direto no crime em espécie.⁴⁵⁷

Não cabe qualquer indagação sobre a origem dos recursos, salvo se ilícitos, com que foi feita a reparação do dano.

A pesquisa do juiz reduz-se, pois, a apurar o fato da reparação e a sua oportunidade.

Tribunais italianos decidiram que não prejudica a atenuante o fato de terem sido recebidos e embolsados, indevidamente, por outrem, os elementos de reparação do dano, desde que remetidos ou entregues pelo réu, salvo se, em si mesmos, precários, como notas promissórias de firma insolvente. Também se discutou a irreparabilidade do dano em certos crimes, como o aborto, por isso excluído da ação da atenuante. Pleiteara-o a defesa, sob o fundamento de que o réu viera a casar-se com a vítima e esta dera à luz um filho dêle...

63. A primeira parte da atenuante do art. 48, IV, letra c, como a do art. 48, II, e a do parág. único desse artigo, refere-se ao concurso de agentes.

Se a coação é irresistível, somente se pune o autor da coação (arts. 18 e 45, II), mas, quando resistível, sem prejuízo da agravante do art. 45, II, para o co-autor, subsiste a punibilidade do coato, com a atenuante em aprêço. A coação desdobra-se em ameaça ou violência, segundo se apre-

⁴⁵⁷ FLORIAN, ob. cit., págs. 391 e segs.; FROSALI, *Reato, danno e sanzioni*, Pádua, 1932, págs. 234 e segs.

senta a *vis compulsiva* ou a *vis absoluta* (arts. 126, parágrafo único, 146, 213, 214 etc.).⁴⁵⁸

A emoção ou a paixão não exclui⁴⁵⁹ a responsabilidade penal (art. 24, I). Quando violenta e injustamente provocada pela vítima, a emoção atenua sempre a pena.

A segunda parte da atenuante corresponde, na essência, ao art. 81 do Código argentino (1921): “estado de emoção violenta que as circunstâncias fizeram escusável (inciso 1.º, § a)”.

O legislador argentino trasladou a disposição do anteprojeto suíço de 1916,⁴⁶⁰ mas a estendeu a outros crimes (arts. 79, 80 a 82, 89 a 91, 93, 104 e 105). O Código brasileiro, tal como fizera o Código dinamarquês,⁴⁶¹ converteu-a em atenuante comum, sem, contudo, admitir a exclusão da pena, em crimes leves, como aquele. Tratando-se de homicídio, de lesão ou de lesão seguida de morte (arts. 121, § 1.º, e 129, §§ 4.º e 5.º, I), a situação atua como causa de diminuição da pena, mas, se o crime é cometido *logo em seguida*, (emoção-choque) à provocação injusta (a atenuante não exige a emoção-choque, mas a emoção-estado) e quando a violência da emoção *domina* o agente (a atenuante alude à *influência*).

O Código argentino quer vagamente que as circunstâncias tornem escusável o estado de emoção violenta, enquanto o Código dinamarquês não estabelece condição. O brasileiro definiu a escusabilidade pela injusta provocação por parte da vítima do paroxismo emocional, por parte da vítima.

⁴⁵⁸ Vide arts. 18, § 2.º, e 27, § 5.º, do Código de 1890.

⁴⁵⁹ Pelo Código italiano, os estados emotivos ou passionais não excluem nem diminuem a imputabilidade (art. 90).

⁴⁶⁰ “Se o delinqüente matou, quando era presa de emoção violenta, que as circunstâncias tornavam escusável, será punido com reclusão até 10 anos ou prisão de um a cinco anos” (art. 105).

⁴⁶¹ O Código dinamarquês (1933), quando o agente procede “sob a influência de emoção violenta”, reduz e até exclui a pena, se esta não é mais grave do que a detenção simples (art. 85).

O Código italiano (art. 62, n.º 2) considerou como atenuante a reação determinada por estado de ira, injustamente provocado. O Código ZANARDELLI (art. 51) aludia ao ímpeto de ira e de intensa dor, e fazia depender a diminuição da pena e mesmo a escusa da maior ou menor gravidade da provocação (*non tam ira, quam causa ira excusat*).

A atenuante tem definição mais ampla no Código brasileiro, quando contempla toda e qualquer emoção, e mais restrita, como se impunha, em relação à quantidade (violenta) e quanto à causa (provocação por ato injusto da vítima e não de terceiro). É claro que essa provocação,⁴⁶² desde que parte da vítima, pode dirigir-se a terceiro, o que não impede a atenuação em favor do agente, desde que haja produzido neste emoção violenta e haja sido injusta.

O Código suíço refere-se à cólera e à dor *violenta*, produzidas por *provocação injusta* ou ofensa imerecida (artigo 64). Essa documentação recomenda a fórmula brasileira, que importa criação, pois selecionou e associou, com mais coerência e precisão, vários elementos, sem falar na originalidade da relativa e dúctil função da atenuante comum (n.º 26).

O Código não conhece emoções privilegiadas, abrangendo a dor, a ira, a cólera e as demais emoções, com critérios nítidos, não só de quantidade, como de qualidade (escusabilidade) — a injusta provocação.⁴⁶³ O fenômeno emocional entra, assim, no Código, tal como é interpretado e estimado pela consciência pública, sem se afastar da experiência psicológica.

⁴⁶² Com referência à injusta provocação, aproveita-se a elaboração doutrinária feita em torno da justificativa da legítima defesa no Código de 1890. O Código de 1940 também alude a "injusta agressão" (art. 21). A diferença única a ponderar é que, na legítima defesa, a reação tem caráter defensivo e, na atenuante, tem caráter ofensivo.

⁴⁶³ A fórmula suíço-argentina foi criticada, porque não menciona, não determina, nem define quais são as circunstâncias capazes de escusar o estado de emoção (TORRES, *Le Emoción Violenta*, Buenos Aires, 1926, pág. 10).

Na avaliação quantitativa da emoção e das relações entre esta e o estímulo, de que trata o Código, o juiz encontrará, na psicologia, o repúdio às definições, às classificações, aos quadros, absolutamente incompatíveis com os fundamentos, o objeto, os métodos e os fins da justiça criminal.

Convém, portanto, fixar alguns dados científicos sobre as variações de caso a caso, de indivíduo a indivíduo.

A doutrina somática da emoção (teoria fisiológica ou periférica de LANGE, JAMES, SERGI, teoria simpática e a da anestesia cerebral de MOSSO, SUTHERLAND, FERRARRI, SOLIER) conduz a uma conclusão fundamental: o processo psíquico da emoção (consciência da emoção) provém do afluxo de estímulos nervosos aos órgãos vasculares e viscerais excitados por determinadas causas e está subordinado às reações desses órgãos.

A psicologia experimental concluiu: 1.º) cada espécie de emoção suscita uma modalidade especial de reações periféricas; 2.º) no processo emotivo, as variações orgânicas precedem os fenômenos psíquicos correspondentes; 3.º) um indivíduo anestesiado na periferia e nas vísceras, mas não-paralítico, em quem um estímulo emocional provocasse as manifestações orgânicas normais, revelar-se-ia, à introspecção, privado de emoção psíquica.

Desprestigiaram-se, assim, as classificações, distinguindo-se os processos emotivos em dois grandes grupos, segundo o colorido afetivo dominante de prazer e desprazer. Mas, não se obteve, experimentalmente, o paralelismo entre as manifestações fisiológicas (cardiovasculares, respiratórias, viscerais) e o colorido sentimental. Aplicado a um grande número de indivíduos o mesmo estímulo sensorial emotivo, diferem as reações orgânicas relativas ao mesmo processo emotivo. Não existem duas emoções iguais, porque os vários indivíduos, e o mesmo indivíduo em vários momentos, reagem diversamente ao mesmo estímulo. Dados os infinitos matizes dos estímulos, intervém uma série infinita de combinações.

Não só o coeficiente pessoal apresenta peculiaridades irredutíveis a fórmulas gerais. Os motivos externos, as circuns-

tâncias colaboram, especializando o fenômeno, caso a caso, indivíduo a indivíduo. Daí, sobretudo, o quadro flutuante da *emotion shock, shock of surprise, emotional seizure*.

Tem-se como certo, no entanto, que a emoção decorre de excitação de ordem sensorial ou representativa, pela irradiação cerebral mais ou menos extensa do estímulo emotivo. Por outro lado, a elaboração cortical do estímulo poria, conseqüentemente, em jôgo um complexo funcional protetor, que se pode desenvolver em parte, também, de modo automático ou subconsciente, acompanhado da correlativa função visceral.⁴⁶⁴

FILIPPO D'ONGHIA confirma o individualismo da emotividade: 1.º) a emoção é fenômeno extremamente complexo, resultante de três elementos, igualmente importantes e fundamentais: representação mental, perturbação cenestética, reação orgânica. A representação mental, ponto de partida, determina o interesse cenestético, e êste as variações orgânicas; 2.º) toda perturbação cenestética sem origem psíquica (estímulos físicos e químicos, tanto endógenos como exógenos) pode, também, gerar variações orgânicas semelhantes às emotivas, mas tal fenômeno não constitui emoção; assim, também, as variações orgânicas provenientes da hiperadrenalina, hipertireoidismo etc., etc.; 3.º) estímulos psíquicos por um lado, e físicos e químicos por outro, podem, reciprocamente, interferir e anularem-se na câmara de ressonância da cenestesia, somando-se e reforçando-se, onde a mesma representação mental produzir, em cada indivíduo e no mesmo indivíduo, em momentos e condições de vida diferentes, esta dos afetivos e emotivos diversos ou mesmo antagônicos; 4.º) não existe e não pode existir uma relação constante, imutável, obrigatória entre a qualidade da representação e a reação orgânica. Esta última é condicionada pela especial cons-

⁴⁶⁴ CAMIS, *Il meccanismo delle emozioni*, Roma, 1935. Ver *Prémiers principes d'une théorie générale des émotions*, de LATOUR, Paris, 1935.

tituição neurovegetativa do indivíduo; 5.º) a reação orgânica pode ocorrer ou falhar, sem que sua presença determine a impressão cenestética do momento. Esta se verifica apenas pela avaliação mental do estímulo psíquico e pela tonalidade particular da própria cenestesia no momento em que o estímulo age (estado de receptividade). As modificações orgânicas refletem-se, por sua vez, sobre a cenestesia e dão colorido mais vivo à perturbação primitiva, sempre de maneira secundária e de forma genérica.⁴⁶⁵

O juiz precisa apurar, pela prova dos autos, sem necessidade de assessores, pois os fenômenos da emoção são conhecidos e experimentados por todos:⁴⁶⁶ 1.º) os fatos da provocação e da emoção; 2.º) a violência da emoção; 3.º) a exclusiva relação de causa e efeito entre a provocação e a violência da emoção; 4.º) a influência desta na reação criminal.

A emotividade é condição psicológica normal. Por outro lado, a própria observação comum indica que só os loucos morais não acusam reações durante e depois do crime. Cobra a sua prática sempre uma acentuação da emotividade.

Não é possível, ainda, confundir a emoção-causa com a emoção-efeito do crime, para creditar-se ao delinquente fenômenos corriqueiros da psicologia humana.

O organismo nasce aparelhado para adaptar-se à vida.

Sabe-se que não existe ação, honesta ou desonesta, moral ou imoral, lícita ou ilícita, conforme ou contrária à lei, que não seja determinada por um motivo emocional, por um motivo passional.

Todos sofrem as influências dos motivos emocionais e, vivendo em sociedade, civilizada ou não, têm o dever primário de elevar, purificar e disciplinar as suas emoções. O homem pode e deve fazê-lo.

⁴⁶⁵ *Biologia delle Emozioni*, Bolonha, 1933, pág. 156.

⁴⁶⁶ Quando considera a atenuante, o juiz já terá fixado a *responsabilidade*.

As contingências compreensivas da unanimidade dos criminosos não podem atenuar a pena, sobretudo por uma razão tão excepcional que autoriza a diminuição da do homicídio.

A vida impõe ao indivíduo, dadas a intensidade de suas lutas e a excitação progressiva do ambiente, a resistência correspondente, encorajando-o pelas condições anormais da existência contemporânea.

É bastante difícil indicar, com nitidez e exatidão, a diferença entre a emoção e a paixão. Será uma diferença de natureza? Não, porque a emoção é a fonte donde decorre a paixão. Será uma diferença de grau? Esta distinção é precária, porque, se existem emoções calmas e paixões violentas, se encontra, também, o contrário. Fica uma terceira diferença: a duração. Diz-se, geralmente, que a paixão é um estado que dura: a emoção é a forma aguda, a paixão é a forma crônica. Violência e duração — tais são os caracteres que lhes são respectivamente assinalados.⁴⁶⁷

“A emoção obra como a água que rompe o seu dique, “como uma torrente que cava cada vez mais profundamente seu leito; a emoção, como a ebrez que fermenta, a paixão, “como uma enfermidade que resulte de uma constituição “viciada ou de um veneno absorvido” (KANT).

Para FERRI, a emoção seria o contragolpe fisiopsíquico momentâneo de um sentimento provocado por uma sensação, enquanto a paixão corresponderia à idéia fixa no campo intelectual. A emoção seria o estado agudo, explosivo; a paixão, o estado crônico, permanente. Quando se aprecia — esclarece ainda FERRI — um delito determinado pela honra ou pelo amor, se ocorreu durante a explosão momentânea de um *raptus*, mais ou menos consciente, temos o verdadeiro, próprio e preciso tipo de delinquente emotivo. Quando, porém, o delito é resultante de uma paixão, através mesmo de um processo de premeditação, temos, então, o

⁴⁶⁷ RIBOT, *Psychologie des Sentiments*, Paris, 1922, pág. 20.

verdadeiro, próprio e preciso tipo de delito passional. Conclui FERRI: o delito emotivo é determinado pela descarga nervosa de uma tempestade psicológica momentânea — improvisada e imprevista; o delito passional, ao invés, é a conclusão de toda uma evolução de graus de resistência e de aberrações.⁴⁶⁸

Já no meu prefácio, à tradução do trabalho de FERRI, notei que muito se fala nas *tempestades da alma*. Após as tormentas, lavado o céu e acalmadas as ondas pela ação sedativa do sol, mágicamente, voltam à normalidade os elementos em fúria, como por um supremo milagre de helioterapia. Não ficariam sinais, também, daquelas tempestades, na alma... Os fenômenos são, contudo, diferentes. A emoção pode ser o minuto tempestuoso na superfície psicológica; a paixão, para os que apreciam essas imagens, seria o vulcão, cujas lavas se elaboram subterrâneamente, numa lenta acumulação.

PELLEGRINI prestigia a distinção: “Entendemos por paixão um estado afetivo, de maior ou menor continuidade, particularmente intenso e concentrado num determinado eenderço; tais são o amor, o ódio, o ciúme, o fanatismo político e religioso, a avareza, a ambição etc... Por emoção entendo uma perturbação fugaz, momentânea, do estado somático e, particularmente, do aparelho cardiovascular e respiratório, a que instantaneamente sucede uma perturbação psíquica de diferente duração.”⁴⁶⁹

De tudo resulta que a paixão é a emoção permanente, profunda, cronificada, intelectualizada, sistematizada, prolongada.

De qualquer forma, a paixão revela melhor a personalidade, que a propicia, afeiçoa, amolda, assimilando-a longamente, hospedando-a intimamente nos seus recessos psicológicos, transmitindo a sua imagem e a sua essência. A

⁴⁶⁸ *O Delito Passional*, etc., cit., pág. 65.

⁴⁶⁹ *Trattato*, cit., pág. 1.061.

paixão é o conteúdo sintético, a personalidade é o continente indeformável.

Não há, no entanto, alteração dos processos mentais na passagem da emoção (a cólera, por exemplo) à paixão (o ódio, por exemplo) e, depois, à vingança — ao crime.

PELLEGRINI, tratando de paixão e emoção, adverte: “Devemos distinguir a paixão da passionalidade, e a emoção da emocionalidade. Paixão e emoção são um estado particular psico-somático em ato; passionalidade e emocionalidade representam, ao invés, a capacidade potencial (enormemente diversa, segundo os temperamentos, as raças, as idades, os sexos etc.) de obter uma reação passional ou emotiva de determinada intensidade, mediante um estímulo externo ou interno”.⁴⁷⁰

As emoções foram classificadas, segundo a origem dos motivos determinantes, em morais e imorais, sociais e anti-sociais. Mostra ALTAVILLA que tal indagação favorece o conhecimento da personalidade do culpado, revelando a correspondência entre o crime e a estrutura ética de seu autor. COLL, antes de ALTAVILLA, há quase 30 anos, esboçou a nova teoria, pela qual também a escusabilidade das emoções depende dos sentimentos nobres que as inspirem, do seu valor ético-social.⁴⁷¹

As emoções comportam as seguintes modalidades: retardadas, suscitadas por um trabalho mental posterior, comprimidas e renovadas por uma excitação exterior. Em geral, há a emoção-estado (art. 48, IV, c) e a emoção choque (artigo 121, § 1.º).

No art. 121, § 1.º, define-se elementariamente, o crime de ímpeto.

⁴⁷⁰ Ob. cit., pág. 1.053. Vide DUPRÉ, *Pathologie de l'Imagination e de l'Emotivité*, Paris, 1952. Sobre a chamada constituição hiperemotiva de DUPRÉ: ROBERTO LYRA, *Rev. de Direito Penal*, vol. I, pág. 19.

⁴⁷¹ ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, cit., vol. 2.º, pág. 536.

Não tem cabimento a atenuante, se o provocador foi o agente ou terceiro; se o agente ignorava o ato injusto ou procedeu, na realidade, por outras razões; se o ato era justo, embora parecesse injusto.

É indiferente que o provocador seja responsável ou punível, ou que tenha consciência ou culpa da injustiça do ato. Trata-se de fixar a realidade do *ato* (note-se bem que o Código fala em *ato*) injusto.

Para identificar a injustiça, há os conceitos jurídicos e morais, o conhecimento das idéias e dos fatos humanos.

Na apreciação da causalidade psicológica entre o ato injusto e a emoção violenta, deve ser atendida a personalidade do agente e, sobretudo, a sua emocionalidade, os seus costumes, a sua educação.

O Código não reclama exata contemporaneidade⁴⁷² nem proporcionalidade entre a ação e a reação. Aliás, não pode deixar de ocorrer excesso, segundo a lei biológica de que a reação ultrapassa sempre a ação.

Quem, originariamente, motivou a provocação, não pode pleitear a atenuante.

Nesse caso, é preciso apurar a qual dos dois deva ser atribuído o fato injusto. Aquêle que, com sua conduta, causa ressentimento ou irritação, não pode invocar a atenuante se, por sua vez, a pessoa provocada *paga com a mesma moeda*, salvo se a reação, grave e exorbitante, constitua fato novo de provocação, diante do que parece remoto e ineficiente o inicial.

64. Aplicam-se à atenuante da letra *d* os comentários à letra *b*.

O Código espanhol (art. 9.º, 7.º) também considera atenuante a confissão à autoridade antes do procedimento judicial. O Código brasileiro não faz essa restrição e, enquanto ignorada ou imputada a outrem a autoria, a confissão espontânea perante a autoridade integra a atenuante.

⁴⁷² Essa contemporaneidade é, porém, exigida nos casos dos artigos 121, § 2.º, e 129, § 4.º.

O Código dinamarquês (art. 84, 7.º) limitou-se a prever a atenuante, quando o agente se acusa voluntariamente e faz confissões completas.

O Código uruguaio (art. 46, 9.º) cogita da apresentação à autoridade, confessando o delito, quando das circunstâncias resultar que o agente podia subtrair-se à pena pela ocultação ou pela fuga.

Não é preciso que a confissão seja completa, como prescreve o Código dinamarquês, contentando-se o legislador com a revelação da autoria, desconhecida ou atribuída a terceiro.

A confissão deve ser feita perante a autoridade policial ou judicial.

A espontaneidade da confissão não diz respeito, é claro, à sua prestação, em que seria redundante a referência, mas ao comparecimento do agente, ainda livre de qualquer suspeita, para dizer a verdade contra si mesmo.

A autoridade ignora a autoria ou a atribui a outrem. Trata-se da espontaneidade, com que se acusa o culpado, evitando erro ou omissão da Justiça.

Não é necessária indagação sobre os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade.

O projeto italiano premiava com a atenuante a delação, no que, em boa hora, retrocedeu o legislador fascista. ^{473-473-a}

⁴⁷³ Art. 66 da Lei das Contravenções Penais. Ver arts. 340 e 341 do Código.

^{473-a} “A confissão do réu, depois de preso como sendo o autor, “ não é espontânea, nem a outrem foi imputada a autoria, senão a “ê” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30-8-44).

“A confissão do acusado, considerando-se que foi êle preso em “ flagrante, não deve ser levada em conta para que se reconheça a

65. Essa atenuante, desconhecida da legislação anterior, provém, do art. 22, n.º 6, do projeto FERRI de 1921. O chefe positivista assinalou, em *Exposição de motivos*,⁴⁷⁴ que êsse fenômeno de psicologia coletiva foi analisado e juridicamente sistematizado pela criminologia italiana, cuja prioridade é incontestável. As propostas da escola positiva sobre os crimes multitudinários, completando as primeiras induções de SIGHELE, adquiriram, desde logo, direito de cidade nos tribunais italianos, sob o império do Código de 1889. Como, porém, êste não previa explicitamente o caso da multidão delinqüente, a jurisprudência, obrigada a considerar a realidade humana, teve de recorrer à aplicação do art. 47, concernente à parcial alteração da mente.⁴⁷⁵

Observou FERRI que o partícipe de multidão tumultuária pode perder a força inibitória da vontade e até o senso moral.

Os delitos multitudinários são quase sempre improvisados e só o fato de ter agido “por sugestão de multidão tumultuária” deve ser considerado como circunstância de menor periculosidade, excetuados os provocadores e instigadores, principalmente quando premeditam. Os outros não come-

⁴⁷⁴ *Revista Forense*, 1921, vol. 36.

⁴⁷⁵ SIGHELE sustentou a aplicabilidade da dirimente, menos quanto aos chamados *criminosos natos*.

“seu favor a atenuante do art. 48, n.º IV” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12-10-44).

“A circunstância atenuante da confissão espontânea não pode “ser invocada quando nunca houve dúvida sobre a autoria do delito “praticado pelo réu” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 24-5-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 171, pág. 612).

“A circunstância atenuante do art. 48, letra d, do Código Penal “não deve ser reconhecida se o delito foi praticado em local de movimento e à vista de testemunhas, embora a identidade do réu não “possa ser imediatamente determinada” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 24-3-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 180, pág. 523).

teriam tais excessos nas condições ordinárias da vida e fora do furacão psicológico desencadeado pela multidão.⁴⁷⁶

TARDE apresentou a *multidão* como “feixe de contágios psíquicos essencialmente produzidos por contatos físicos”, e o *público* como “coletividade puramente espiritual, disseminação de indivíduos fisicamente separados, cuja coesão é tódá mental”. Certos escritores, como LE BON, não foram tão prudentes, e usaram até o abuso do conceito de *multidão*.⁴⁷⁷

O estudo positivo do problema foi iniciado por FERRI e continuado por SCIPIO SIGHELE, PASQUALE ROSSI e a *Rivista Italiana di Sociologia*. FERRI assentara o princípio de que um agrupamento não dá nunca um resultado igual à soma dos indivíduos tomados em particular.

SIGHELE sustentou que o resultado de uma reunião de homens não é uma soma, mas um produto. Pertencem-lhe estas duas leis: na multidão — agregado homogêneo e inorgânico — os sentimentos e as paixões são reforçados (daí a aptidão das multidões para o crime e a loucura); as idéias são rebaixadas e as altas manifestações da inteligência abolidas. ROSSI aceitou, em conjunto, essas conclusões, recusando-se a ver unicamente fenômenos mórbidos nas manifestações da alma das multidões. Admitiu que uma *alma coletiva* se desprende do concurso das almas individuais em razão da semelhança, ao mesmo tempo, da excitação exterior e das consciências individuais que a recebem. Distinguiu este “produto psicocoletivo estático”, que caracteriza a multidão, dos “produtos psicocoletivos dinâmicos”, que são a obra das sociedades permanentes (família, nação etc.). Encontrou ROSSI aí a base de sua diferenciação entre a *psicologia coletiva*, a das multidões, a *psicologia social*, a dos povos ou das sociedades, e a *sociologia*, síntese das ciências sociais particulares.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ *Revista Forense*, *idem*.

⁴⁷⁷ TARDE, *L'Opinion et la Foule*, Paris, 3.^a ed., 1924; SIGHELE, *I delitti della folla*, Turim, 1923; *La Coppia Criminale*, Turim, 1909; *La Delinquenza Settaria*, Milão, 1897.

⁴⁷⁸ *Introduction à la psychologie collective*, Paris, 1934.

Em regra, verifica-se a incerteza da noção de *multidão* identificada com as de *público*, de *povo*, de *massa*, de *sociedade* e, mesmo, de *raça*. BLONDEL fala no “dédalo de quiproquós e de paralogismos” criado por LE BON.⁴⁷⁹ Na Quarta Semana Internacional de Síntese (1932) discutiu-se o conceito de multidão. DUPRÉEL, denunciando “o pequeno livro incrivelmente apressado, que é a *Psicologia das multidões*”, acrescentou: “A ambição de nossos autores não é pequena. Trata-se de explicar a história e os destinos da Humanidade. Um LE BON ou um ROSSI percebem, na perspectiva de “sua psicologia das multidões, toda a atividade dos homens associados. LE BON raciocina sobre as multidões, concluindo do sobre as raças humanas, as nações, o regime parlamentar, a instituição do júri etc.”... As idéias de LE BON e dos criminalistas italianos provieram da Alemanha, com o nome de *Völkerpsychologie* (psicologia do povo).

O Código italiano de 1930 (art. 62, 3.º) não cumpriu, fielmente, as recomendações de FERRI quanto aos *méneurs*. O Código brasileiro, porém, excluiu da atenuante o provocador do tumulto.

Por outro lado, dispensou a referência ociosa a “reuniões e ajuntamentos”⁴⁸⁰ e com uma só palavra — *lícita* — tornou de maior alcance o que mais dispendera para obter menos. Se não, vejamos. Fórmula italiana: “quando não se trata de reuniões ou ajuntamentos vedados pela lei ou pela autoridade”; fórmula brasileira: “se, *lícita* a reunião”.

O Código italiano afasta do benefício o delinqüente ou contraventor habitual ou profissional e o delinqüente por ten-

⁴⁷⁹ *Idem*.

⁴⁸⁰ *Ajuntamento* está compreendido em reunião. Em Portugal: AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Lisboa, 1925, pág. 70; no Brasil: *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, organizado por um grupo de filólogos, Rio, 1938, pág. 32, e LAUDELINO FREIRE, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio, 1941, pág. 348. Ver o art. 119 do Código de 1890 sobre ajuntamento ilícito.

dência. Seria de mais, realmente, “contraventor por tendência”... O Código brasileiro limita a exceção ao reincidente,⁴⁸¹ mas, entre os reincidentes (art. 41) estão, necessariamente, o habitual, o profissional e o chamado *delinqüente por tendência*, salvo se de tendência íntima, discreta, irrevelada e, portanto, inofensiva.

O Código italiano alude, como FERRI, à *sugestão*, enquanto o brasileiro fala em *influência*.

É preferível falar-se em *influência* de multidão em tumulto, e não em *sugestão*, pois, em doutrina penal, a palavra *sugestão* está ligada à opinião de que o contágio moral característico da multidão tem sua causa no fenômeno da sugestão, o qual seria da mesma natureza da sugestão hipnótica e que dêle não é senão o primeiro grau (SIGHELE).

Por isso mesmo, os comentadores italianos precisaram advertir os aplicadores do Código.⁴⁸²

É inegável, porém, que as ações humanas não resultam unicamente de elementos representativos e afetivos, derivando, em grande parte, da sugestão. A influência sugestiva, tão ampla no campo das idéias dos sentimentos, é ainda maior no campo da ação, dominando-o pronta e irremediavelmente, segundo a receptividade de cada um. O indivíduo como que se dilui na multidão, despersonalizando-se e delegando, servilmente, a vontade e a consciência.

Não se discute a força sugestiva da multidão, mas apenas varia a sua explicação psicológica. É certo, porém, que a consciência e a vontade se concentram em torno de uma idéia ou de um sentimento, tornando mais rápida e livre a passagem à ação.

⁴⁸¹ “Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, “desde que ao juiz se confira um amplo arbitrio na aplicação concreta das sanções legais” (*Exposição de motivos, Revista Forense*, cit.).

⁴⁸² NINO LEVI, em UGO CONTRI, ob. cit., pág. 266. Vejam-se as indicações de BARATONO e MANCI.

Daí a menor periculosidade da vítima dessa influência que, embora procurada, às vezes, por ato inicial da vontade, pode converter em criminoso, imprevista e incontinentemente, o menos dotado de periculosidade.

SIGHELE, depois de considerar agravante a participação plural e quase igualar a periculosidade do súcubo à do incubo, mudou de parecer diante do fenômeno da multidão. Nesta, cada indivíduo agiria impulsionado pela reunião tumultuosa, de que faz parte; os sentimentos bons cederiam aos maus, derivando um processo de sugestão que assegura a vitória da idéia do delito. Cada um dos participantes, recebendo o impulso ao delito de condição psicológica excepcional, seria menos temível do que o delinqüente isolado, o membro de par ou de associação criminosa.

Ao *méneur* não aproveita a atenuante e ainda pode caber agravante (art. 45).

Não há dúvida de que, algumas vezes, há a *sugestão* regressiva sobre quem provocou a multidão, virando-se o feitiço contra o feiticeiro. Mas, o incendiário não é menos culpado se não consegue escapar à propagação das chamas que desencadeou.

O Código usou a palavra *reunião* no sentido mais lato, abrangendo toda e qualquer aglomeração, convocada ou não, preparada ou espontânea, pública ou privada, em recinto fechado ou não, para fins lícitos — assembléias, sessões, cerimônias, procissões, demonstrações, passeatas, *meetings*, festas, espetáculos, desde que, pela quantidade, possa constituir uma multidão.

Os critérios para identificar a multidão e o tumulto dependem, caso a caso, das condições do meio, dos motivos e objetivos da reunião.

Não se aplica a atenuante se se cogita de reunião ilícita (art. 122, 10.º, da Constituição de 1937; dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938; Lei das Contravenções Penais, art. 39).

O fato ilícito não pode constituir título para atenuação da pena. Mesmo, porém, que se trate de reunião lícita, a atenuante não socorre o reincidente genérico ou específico

(art. 46), cuja periculosidade se acha judicialmente documentada, e contra o qual se pode presumir que, em vez de ser arrastado, arraste os outros a violências ou excessos.

Quem toma parte em reuniões ilícitas já está fora da lei.

O tumulto pode, no entanto, surgir, sem provocação determinada, das próprias circunstâncias, como exaltação coletiva.

Nesses casos, é difícil discriminar provocadores, menos os oradores espontâneos, desgovernados, que recebem sugestões do ambiente e são simples expressões dêle, do que indivíduos disfarçados no meio da multidão, e isolados de suas correntes, para a obra premeditada, astuta e sorrateira de agentes-provocadores.⁴⁸³

66. A atenuação especial do art. 48, parág. único, supõe concurso de agentes, como as atenuantes comuns do n.º II e do n.º IV, letra c, 2.ª parte, do mesmo artigo. No Código de 1890 figurava no § 1.º do art. 42 a atenuante da "falta de direta intenção de praticar o mal".

Assim como participam, de qualquer modo, da ação ou omissão (arts. 11 e 25), dando causa ao crime, pela atividade, ou abstenção, conjunta, os co-autores, também, participam do dolo (art. 15, I), ou da culpa (art. 15, II), que concorre, com a relação de causalidade material, para integrar e caracterizar a infração. Mas, a relação de causalidade subjetiva como a de causalidade material (arts. 45, I, II e III, e 48, II) comporta, de partícipe a partícipe, diversa intensidade ou graduação (arts. 42, 45, IV, e 48, IV, c). É essa diversidade que, também, considera o parág. único do art. 48, mandando atenuar a pena para quem quis *participar de crime* menos grave.

⁴⁸³ Sobre os pontos abordados: SIGHELE, *La teoria positivista della complicità*, Turim, 1894; MANCI, *La Folla*, Roma, 1934; SETTI, *Psicose Epidemica*, Roma, 1889.

O princípio geral, em matéria de concurso de agentes, é de que a atividade física e moral dos partícipes deve convergir para a produção do mesmo evento.

As diferenças subjetivas ou objetivas das ações convergentes na co-delinquência são levadas em conta, não para atribuir, a qualquer delas, diversa importância causal, mas apenas para um diagnóstico de maior ou menor periculosidade.

Fora do concurso de agentes não se aplica a atenuante, sem prejuízo de atender o juiz, em caso de autoria singular, à intensidade do dolo ou grau da culpa (art. 42).

Também o Código italiano, no art. 116, estipula a diminuição da pena, em relação a quem queria crime menos grave do que o cometido.

O Código brasileiro, porém, dele difere, não só por haver deslocado o dispositivo para o capítulo referente à aplicação da pena, como, também, porque manda fazer a diminuição dentro de determinados limites, com respeito ao mínimo da pena estabelecida para o crime cometido.

O anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO previa, não só a diminuição da pena “para quem houver querido participar de crime menos grave do que o cometido”, como o aumento “para quem houver querido participar de crime mais grave do que o cometido” (arts. 19, III, e 20, II).

O aumento podia atingir o máximo da pena do crime pretendido, punindo-se, assim, a pura e simples intenção.

Se o agente queria crime menos grave do que o cometido — é o que deixa bem claro o dispositivo — responde atenuadamente pelo crime cometido, salvo se não cooperou, de qualquer modo, para o resultado deste. Se não cooperou, de qualquer modo, para o crime cometido, não lhe caberia qualquer sanção, porque o crime querido ficara na vontade (art. 27), e ao crime cometido eram estranhas tanto a vontade como a atividade.

Não se justificaria, também, punir-se a pura e simples intenção de um crime mais grave do que o cometido e nem sequer tentado (art. 27).

A definição do dolo extrai tôda a importância prática ao problema, porque não distingue, para a existência do crime, embora o faça para a aplicação da pena, entre os matices do dolo ou da culpa. Quem coopera num crime deve representar-se a *eventualidade* de crime diverso, sobretudo na progressão criminosa.^{483-a}

Concurso de
circunstân-
cias agra-
vantes e
atenu-
antes

Art. 49. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Aumento ou
diminuição
da pena

Art. 50. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.

Parág. único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

^{483-a} “A atenuação especial de pena, prevista no parág. único “do art. 48 do Código Penal, só se aplica no caso de concurso de de-
“linqüentes” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12-5-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 181, pág. 141).

“Nos crimes preterintencionais, em os quais, pois, o resultado da
“ação não estava na intenção do agente, não tem propriedade a
“atenuante do art. 48, parág. único, do Cód. Penal. Motivo não-per-
“feitamente esclarecido não é de considerar-se fútil para os efeitos
“da exacerbação da pena” (3ª Câmara, Tribunal de Justiça do Dis-
trito Federal, 29-1-48, *Diário da Justiça* de 1-7-48, pág. 1.742).

DIREITO ANTERIOR — Art. 62 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Quando a lei dispõe que a pena seja aumentada ou diminuída dentro de determinados limites, o aumento ou a diminuição se opera sobre a quantidade da pena que o juiz aplicaria ao culpado, caso não concorresse a circunstância que a faz aumentar ou diminuir. Se concorrem várias circunstâncias agravantes, ou várias circunstâncias atenuantes, o aumento ou a diminuição da pena opera-se sobre a quantidade dessa, resultante do aumento ou da diminuição precedente. Quando, para uma circunstância, a lei estabelece uma pena de espécie diversa, ou determina a medida de modo independente da pena ordinária do crime, o aumento ou a diminuição para as outras circunstâncias não se opera sobre a pena ordinária do crime, mas sobre a pena estabelecida para a circunstância mencionada. Se concorrem diversas circunstâncias agravantes entre as indicadas na segunda parte deste artigo, aplica-se somente a pena estabelecida para a circunstância mais grave, mas o juiz pode aumentá-la. Se concorrem diversas circunstâncias atenuantes, entre as indicadas na segunda parte deste artigo, aplica-se somente a pena menos grave fixada para as mencionadas circunstâncias, mas o juiz pode diminuí-la” (art. 63). *Projeto da Subcomissão Legislativa*: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena se aproximará do limete indicado pelas circunstâncias preponderantes, e como tais se qualificarão as que resultarem dos móveis do crime, da personalidade do criminoso e da reincidência” (art. 109).

COMENTARIO

SUMÁRIO: 67. Concurso de agravantes e atenuantes. 68. Causas de aumento e de diminuição.

67. SÁ PEREIRA, na Exposição de motivos ao seu primitivo projeto, expôs o processo de modificação quantitativa da pena: “Quer atenuar, quer agravar, o juiz terá sempre uma escala por percorrer, cujos degraus extremos serão o mínimo e o máximo específicos ou, excepcionalmente, os genéricos.”⁴⁸⁴ Se quer atenuar, instalar-se-á no degrau culminante, no máximo da pena, e irá descendo a escala até fixar-se naquele grau que as circunstâncias favoráveis indicarem,

⁴⁸⁴ Máximos genéricos (art. 55).

“ não podendo, porém, passar o mínimo específico. Se quer
“ agravar, fará a operação contrária, ascenderá do mínimo
“ específico em demanda do máximo até encontrar o grau em
“ que, segundo as circunstâncias desfavoráveis, se deva fixar.
“ Sendo esta a operação que naturalmente se impõe ao espírito,
“ e sendo os nossos juizes bacharéis em direito, pareceu-
“ -me ocioso consigná-la expressamente. Acredito que todo o
“ mundo compreenderá que se opera movimento ascensional
“ em demanda do máximo, quando se quer agravar a pena, e
“ movimento descensional em demanda do mínimo, quando
“ se quer atenuá-la. O ponto de partida está naturalmente
“ indicado, e será o mínimo, se demandamos o máximo, ou
“ será o máximo, se demandamos o mínimo. Dentro desta
“ escala move-se livremente o juiz, orientando-se pelos cri-
“ térios objetivos e subjetivos que lhe são impostos nas leis
“ para a fixação da pena. Sem essa liberdade, será impos-
“ sível individualizá-la”.⁴⁸⁵

Substituindo a palavra *grau*, em que, por evidente lapso, insistiu SÁ PEREIRA, pela palavra *quantidade*, não há o que modificar na explicação.

Os arts. 42 e 43, como vimos, fornecem os critérios gerais de individualização, dos quais o juiz extrai, livremente, as circunstâncias que funcionarão, juntamente com as dos artigos 6.º e 44 a 48, de influência obrigatória.

Concorrendo agravantes e atenuantes, quer as *legais* (arts. 6.º e 44 a 48), quer as *judiciais* (arts. 42 e 43), o juiz não de fazer preponderar sempre as circunstâncias ligadas aos motivos, à personalidade e à reincidência (art. 49). Mas, essa preponderância não corresponde a cotas precisas de atenuação ou agravação.

Elas apontam ao juiz o máximo ou o mínimo, para que se *aproxime* de um ou de outro, conforme o caso. O n.º 1 do art. 47 contém um critério de proximidade aproveitável — acima da metade da soma do mínimo com o máximo, o juiz se avizinhara do máximo; abaixo da mesma metade.

⁴⁸⁵ Cit., pág. 117.

acercar-se-á do mínimo. Quem tem a pena de seis a 20 anos para aplicar, estará perto do máximo ou mínimo, a partir dos 13 anos para cima ou para baixo, respectivamente.

E, assim, com essa única limitação — a do art. 49 — o juiz determinará a pena-base. Digamos, 15 anos, porque, apesar das agravantes preponderantes, a força das atenuantes decidiu a sua consciência, empenhada no preciso estabelecimento da individualização, a não ascender demasiado.

Como notamos (n.º 38), por força do art. 42, não há hipótese em que o juiz possa proclamar a inexistência de agravantes ou atenuantes.

Se se trata de concurso de agentes, não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime (art. 26). As circunstâncias, que integram os elementos constitutivos do crime (art. 12, I), comunicam-se a todos os agentes, ainda que inerentes a um só deles.

Quanto às condições e qualidades do sujeito passivo, ver arts. 17, § 3.º, 45, III, e 53.

Não tem interesse prático, portanto, a indagação sobre a subjetividade (n.º 27) ou objetividade da circunstância. A doutrina, aliás, não fornece elementos tranqüilos para resolver os problemas que tanto tormento e perplexidade causaram a juizes e pleiteantes na aplicação dos Códigos de 1830 e 1890. O tumulto e a esterilidade da teoria obrigaram o legislador italiano a convencionar para os *efeitos da lei penal*: são *objetivas* as circunstâncias que concernem à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao tempo, ao lugar e a toda outra modalidade da ação, à gravidade do dano ou do perigo, ou às condições ou às qualidades pessoais do ofendido; são *subjetivas* as circunstâncias que concernem à intensidade do dolo ou grau da culpa, ou às condições e às qualidades pessoais do culpado, ou às relações entre o culpado e o ofendido, ou às circunstâncias inerentes à pessoa do culpado, nomeadamente a imputabilidade e a reincidência (art. 70).

Não há inconciliabilidade *conceitual*, não há incompatibilidade prévia entre agravantes, entre atenuantes ou entre

agravantes e atenuantes legais (arts. 6.^o e 44 a 48). Quanto às agravantes e atenuantes judiciais (art. 42), o juiz velará pela respectiva harmonia. Sòmente em espécie podem, excepcionalmente, deixar de conviver, ou de aplicar-se à culpa ou ao dolo, cujos extremos se tocam (dolo eventual e culpa consciente). Nenhum crime, de plano e em si, afasta absolutamente a pesquisa de qualquer das circunstâncias *comuns* por definição.

As agravantes ou atenuantes não são descontadas ou abonadas ao crime, mas ao autor e, dada a fórmula universal de participação (art. 25), as mais diversas e mesmo opostas atitudes da consciência, da vontade, da inteligência, da efetividade, da atividade podem ocorrer na prática, para a discriminação individualizadora da sentença.

Também a absorção de uma circunstância por outra sòmente pelos pormenores do caso concreto, e raramente, pode verificar-se. Sòbre incomunicabilidade, ver art. 26 e *Exposição de motivos*, n.^o 22.

De qualquer forma, o problema não exige alta indagação, mas consulta direta à realidade, que revelará, especificamente, se a vida é, mesmo, segundo o paradoxo célebre, mais imaginosa do que a imaginação. O juiz reconhece a circunstância, porque ela ocorreu, segundo a prova. Está dispensado, portanto, de angústias metafísicas, de evasões transcendentais, por entre o temível cipoal das sutilezas e das complicações psicológicas.

As circunstâncias que agravam ou diminuem a pena são aplicadas *sempre* (arts. 44 e 48), quer dizer, são habitadas ou creditadas ao agente, ainda que desconhecidas dèste ou julgadas, erròneamente, inexistentes ou existentes.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ Ver art. 59 do Código italiano. O art. 26 do Código suíço prescreve que as relações, qualidades e circunstâncias pessoais especiais, cujo efeito é o aumentar, diminuir ou excluir a pena, não terão êsse efeito senão em relação ao autor, instigador ou cúmplice a quem concernem.

A relação de causalidade física sòmente é indispensável à imputação quanto à existência do crime (art. 11). Assim, também, a relação de causalidade psíquica (art. 15).

Também as causas de aumento ou diminuição da pena, diversas das circunstâncias agravantes e atenuantes — convém insistir neste ponto essencial ao domínio da anatomia e da fisiologia do Código — comportariam as mesmas distinções e, em consequência, dúvidas que o Código afasta, sòmente permitindo a exceção do parág. único do art. 50. Em relação às agravantes e atenuantes comuns, o advérbio *sempre* bem acentua o descabimento de qualquer hesitação.

O verdadeiro rumo do intérprete é o critério fundamental do legislador ao distribuir as cominações e aparelhar os elementos que as conduzem à individualização. Não foi por capricho que a essa ou àquela circunstância ou causa o legislador atribuiu influência na pena.

O método de aplicação desta pelo Código de 1940 é, sobretudo, lógico, embora operando sôbre quantidades aritméticas, enquanto o do Código de 1890 era puramente aritmético.

O juiz, ao reconhecer as circunstâncias legais ou criar outras, nos termos do art. 42, aplicará a pena, como se não ocorresse causa de aumento ou diminuição.

E estabelecida, assim, a pena-base, operará o aumento ou a diminuição, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, conforme dispuser a lei e autorizar a prova.

68. A pena-base, obtida da consideração ampla e profunda do caso, é que receberá, segundo o art. 50, o aumento ou a diminuição da pena, porventura previstos. As causas de aumento ou diminuição diferem, sobretudo pela função, das agravantes e atenuantes (*vide* n.º 26). Se concorrem causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial (parág. único do art. 50), o juiz pode computar sòmente a causa que mais aumente ou diminua a pena. As causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral, porém, são sempre computadas, ainda concorrendo mais de uma de-

las, salvo as dos arts. 20, § 2.º 22, parág. único, e 24, § 3.º, que importam faculdade: “o juiz pode”, “a pena pode...”.

A precedência da causa que aumenta ou da que diminui a pena é indiferente aritmeticamente, pois o aumento, ou a diminuição, representa fração imposta ou escolhida da pena. Quando uma quantidade penal possa ou deva ser aumentada da metade e diminuída de um terço, o resultado é o mesmo, quer se faça primeiro o aumento da metade e depois a diminuição do terço, ou *vice versa*.

Concorrendo várias causas de aumento e diminuição, devem estas ser computadas em tal ordem e de tal maneira que não conduzam a absurdo, cuja atribuição ao legislador é vício de hermenêutica.

De qualquer forma, o aumento, ou a diminuição, se opera sobre a quantidade de pena resultante do aumento ou diminuição precedente. Concorrendo causas de aumento ou de diminuição, começa-se pelas causas de aumento. Para evitar consequências insustentáveis, dentro do sistema geral, há a regra do art. 50, parág. único, em relação à Parte Especial e o caráter facultativo das causas de aumento dos arts. 20, § 2.º, 22, parág. único, e 24, § 2.º.

Resta salientar que o aumento, ou a diminuição, se faz sobre a pena-base.

Na fixação desta, confiada ao prudente, lúcido e fundamentado arbítrio do juiz, este terá presentes os efeitos lógicos da aplicação da pena e o meio de conduzir a individualização a termos juridicamente sistemáticos.⁴⁸⁶⁻²

486 a “A sentença foi lavrada com obediência aos preceitos legais, tendo o Dr. juiz, para fixar a pena a que condenou o apelante, no uso do poder discricionário que a lei lhe confere, atendido aos seus antecedentes e à sua personalidade, às circunstâncias do crime e às condições em que foi praticado, reveladores de certa periculosidade do réu, não obstante tratar-se de primário. Punido com a pena de reclusão de dois a oito anos, e multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 12.000,00, o crime que praticou o apelante, foi, portanto, a pena aplicada fixada com acerto e justiça, bem individualizada, em atenção à gravidade do crime e à personalidade do réu, não há,

**Concurso
material**

Art. 51. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

**Concurso
formal**

§ 1.º Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se idênticas, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas apli-

pois, por que modificá-la. Aos fundamentos da sentença apelada só há uma restrição a fazer: àquele em que o Dr. juiz, considerando não haver circunstâncias atenuantes nem agravantes, conclui: “inexistir, assim, *causa de aumento ou de diminuição da pena*, a ser fixada, dentro dos limites legais”. Se o Dr. juiz quis referir-se à regra do art. 50 do Código Penal, cumpre acentuar, a bem da uniformidade da interpretação e aplicação da nova legislação penal, que as atenuantes e agravantes são *circunstâncias* e não *causas* de diminuição ou aumento da pena; são consideradas, para fixação desta, pelo art. 42 e não pelo art. 50, ambos do Código Penal. Se a elas, neste último artigo, pretendesse o legislador se referir, certo não o teria feito nos termos em que está redigido esse dispositivo. As “causas de aumento ou de diminuição”, a que se refere o art. 50, são as causas de aumento ou diminuição referidas na Parte Geral e na Parte Especial do Código (entre outras: arts. 12, parág. único, 20, § 2.º, 22, parág. único, 24, § 2.º, 48, parág. único, 121, §§ 1.º e 4.º, 129, §§ 4.º e 7.º, 133, § 3.º, 135, parág. único, 141, 150, § 2.º, 155, §§ 1.º e 2.º, etc.). Reforçando essa interpretação, está o disposto no parág. único do mesmo art. 50: “O concurso de causas de aumento ou de diminuição *previstas na Parte Especial...*”, como a indicar quais sejam aquelas causas referidas no artigo. A disposição mesma da matéria do capítulo relativo à aplicação da pena (cap. II do Tít. V) está a mostrar também que as circunstâncias agravantes e atenuantes especificadas nos arts. 44, 45 e 48 incluem-se entre as *circunstâncias* gerais do crime a serem atendidas na fixação da pena nos termos do art. 42, cujos efeitos, porém, — como uma res-

cam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos.

Crime con-
tinuado

§ 2.º Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Aplicação
da multa
ou das pe-
nas acce-
sórias no
concurso
de crimes

Art. 52. As penas não-privativas de liberdade são aplicadas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes.

Erro na
execução

Art. 53. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no art. 17, § 3.º, segunda parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51.

“ trição a mais ao poder discricionário conferido por esse artigo ao juiz — não são deixados ao seu arbitrio, por isso que *sempre agravam* ou *sempre atenuam* a pena, como dispõem os arts. 44 e 48. A leitura do projeto ALCÂNTARA MACHADO (arts. 41 a 46) — sobre o qual foi plasmado o Código vigente, — não deixa dúvida sobre ser essa a legítima e verdadeira orientação em matéria da fixa-

**Resultado
diverso do
pretendido**

Art. 54. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do § 1.º do artigo 51.

**Limite das
penas**

Art. 55. A duração das penas privativas de liberdade não pode, em caso algum, ser superior a trinta anos, nem a importância das multas ultrapassar cem mil cruzeiros.

**Concurso
de crime
e contra-
venção**

Art. 56. No concurso de crime e contravenção observa-se o disposto nos arts. 51, 52 e 53, executando-se por último a pena cominada à contravenção, quando aplicadas cumulativamente penas privativas de liberdade.

“ção da pena aplicável” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-8-41).

“O raciocínio adotado na fixação da pena-base e consistente em “que, por se tratar de reincidência, não há cogitar das circunstâncias judiciais do art. 42, é errôneo. Pena alguma pode ser imposta sem consideração dos elementos que aquêle dispositivo reúne. Sentença que não observa seus preceitos é nula. É êle, diz ROBERTO LYRA, o masi importante do novo Código” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28-9-43).

“Só há a cogitar de pena-base quando ocorrem casos de especial aumento ou diminuição de quantidade fixa ou dentro de determinados limites; não ocorrendo êsses casos, a pena fixada, de acôrdo com o arbítrio que o art. 42 confere ao juiz, consideradas obrigatoriamente as circunstâncias especiais que sempre agravam ou atenuam a pena, é a definitiva” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-5-42).

“O juiz vale-se das circunstâncias do art. 42, que existem sempre e devem ser apreciadas, das circunstâncias legais e das causas

DIREITO ANTERIOR — Art. 66, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código argentino*: “Art. 54. Quando um fato incidir em mais de uma sanção penal, aplicar-se-á somente a que estabelecer pena maior. Art. 55. Quando concorrerem vários fatos independentes, punidos com a mesma espécie de pena, a pena aplicável ao réu terá, como mínimo, o mínimo da pena maior e, como máximo, a soma resultante da cumulação das penas correspondentes aos diversos fatos. Não obstante, esta soma não poderá exceder do máximo legal da espécie de pena de que se trate. Art. 56. Quando concorrerem vários fatos independentes punidos com penas divisíveis, de diferente natureza, aplicar-se-á a pena mais grave, tendo em consideração os delitos de pena menor. Se alguma das penas não fôr divisível, aplicar-se-á esta unicamente, salvo o caso em que concorrerem a de prisão perpétua e a de reclusão temporária, em que se aplicará a de prisão perpétua. A inabilitação aplicar-se-á sempre sem observância do disposto acima. Art. 57. Para os efeitos do artigo anterior, a gravidade relativa das penas de diferente natureza será determinada pela ordem em que se acham enumeradas no art. 5.º. Art. 58. As regras precedentes aplicar-se-ão também no caso em que, depois de uma condenação pronunciada por sentença definitiva, se deve julgar a mesma pessoa, que esteja cumprindo pena por fato distinto; ou quando se tiverem pronunciado duas ou mais sentenças definitivas com violação das ditas regras. Caberá ao juiz, que tenha aplicado a pena maior, proferir, a pedido da parte, a sentença única, sem alterar as declarações de fato contidas nas outras. Quando, por qualquer causa, a justiça federal, em autos em que tenha intervindo, não possa aplicar esta regra, fá-lo-á a justiça ordinária nacional ou provincial que tomou conhecimento da infração penal, segundo o caso”. *Código peruano*: “Art. 105. Quando várias disposições penais forem aplicáveis ao mesmo fato, êste será regulado por uma delas e, no caso de serem diferentes, segundo a que

“de aumento e de diminuição” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28-9-43).

“Na fixação da pena, as agravantes e atenuantes, especificadas “ nos arts. 44, 45 e 48, são as circunstâncias consideradas no art. 42, “ e não as causas de aumento ou diminuição previstas no art. 50; in- “ cluem-se entre as circunstâncias gerais do crime, referidas naquele “ artigo, as quais, uma vez verificadas, sempre agravam ou sem- “ pre atenuam a pena, não ficando os seus efeitos, quanto à fixa- “ ção da pena, como as demais, ao arbitrio do juiz” (2.ª Câmara, Tri- bunal de Apelação do Distrito Federal, 6-8-42).

estabelecer pena mais grave. As penas acessórias e as medidas de segurança poderão ser aplicadas ainda mesmo que não estejam previstas senão em uma dessas disposições. Art. 106. Se existir uma lei penal especial para um ato ao qual seja aplicável uma disposição geral, só se aplicará a especial. Art. 107. Quando várias violações da mesma lei penal houverem sido cometidas no mesmo momento de ação, ou em momentos diversos com atos executivos da mesma resolução criminosa, considerar-se-ão como um só delito continuado, e reprimir-se-ão com a pena correspondente a este. Art. 108. Quando haja concorrência de vários atos puníveis que devam ser considerados como outros tantos delitos independentes, impor-se-á a pena do delito mais grave, devendo o juiz ter em conta os outros, de conformidade com o art. 51, para determinar a repressão mais severa. Art. 109. As multas serão cumuladas. Não obstante, a sua importância não deverá exceder de mil libras, a não ser que, para uma das infrações, exista um máximo superior. Toda e qualquer outra pena acessória ou medida de segurança poderá ser aplicada, mesmo quando só esteja prevista para uma das infrações em aprêço. Art. 110. Se após a sentença condenatória definitiva fôr descoberto outro ato punível cometido antes dela pelo mesmo condenado, este será submetido a novo julgamento e aumentar-se-lhe-á a pena ou aplicar-se-lhe-á a pena correspondente a esse delito". *Código italiano*: "Art. 71. Quando, com uma única sentença ou com um só decreto, se deve proferir condenação por vários crimes contra a mesma pessoa, aplicam-se as disposições dos artigos subsequentes. Art. 72. Ao culpado de vários delitos, cada um dos quais importa pena de ergástulo, aplica-se a pena de morte. No caso de concurso de um delito que importa pena de ergástulo com um ou mais delitos que importam penas detentivas temporárias, aplica-se a pena de ergástulo, com isolamento diurno, por um período de tempo não-inferior a seis meses e não-superior a quatro anos. Art. 73. Se vários crimes importam penas temporárias detentivas da mesma espécie, aplica-se uma única pena, por tempo igual à duração global das penas que se deveriam impor para cada crime. Quando concorrem vários delitos, para cada um dos quais se deva impor a pena de reclusão não-inferior a 24 anos, aplica-se o ergástulo. As penas pecuniárias da mesma espécie aplicam-se por inteiro. Art. 74. Se vários crimes importam penas temporárias detentivas de espécie diversa, estas se aplicam distintamente e por inteiro. A pena de prisão é executada por último. Art. 75. Se vários crimes importam penas pecuniárias de espécie diversa, estas se aplicam todas distintamente por inteiro. No caso em que a pena pecuniária não tenha sido cumprida integralmente, a soma paga, para os efeitos da conversão, é deduzida do montante da multa. Art. 76. Salvo se a lei dispõe de outra forma, as penas da

mesma espécie, concorrentes, nos termos do art. 73, consideram-se como pena única, para qualquer efeito jurídico. As penas de espécie diferente, concorrentes, nos termos dos arts. 74 e 75, consideram-se, igualmente, para qualquer efeito jurídico, como pena única da espécie mais grave. Consideram-se, não obstante, como penas distintas, para os efeitos de sua execução, da aplicação das medidas de segurança ou em qualquer outro caso prescrito pela lei. Se uma pena pecuniária concorre com outra pena de espécie diversa, as penas são consideradas distintas para qualquer efeito jurídico. Art. 77. Para a determinação das penas acessórias e qualquer outro efeito penal da condenação, considera-se cada um dos crimes pelos quais é proferida a condenação, e as penas principais que, se não tivesse havido concurso de crimes, deveriam ser impostas para cada um deles. Se concorrem penas acessórias da mesma espécie, estas se aplicam integralmente. Art. 78. No caso de concurso de crimes, previsto pelo art. 73, a pena a ser aplicada, na conformidade do referido artigo, não pode ser superior ao quintuplo da mais grave entre as penas concorrentes, nem de qualquer forma exceder: 1.º de 30 anos, para a reclusão; 2.º de seis anos, para a prisão; 3.º de 150.000 libras para a multa e de 30.000 libras para o ressarcimento; ou ainda de 400.000 libras para a multa e 80.000 para o ressarcimento, se o juiz usa da faculdade indicada no § 2.º do art. 24, e no parágrafo do art. 26. No caso de concurso de crimes, previsto pelo art. 74, a duração das penas a aplicar, na conformidade do referido artigo, não pode exceder de 30 anos. A parte da pena que exceder esse limite é deduzida, em qualquer caso, da prisão. Quando as penas pecuniárias devem ser convertidas em pena detentiva, por insolvência do condenado, a duração global desta pena não pode ultrapassar quatro anos para a reclusão e três anos para a prisão. Art. 79. A duração máxima das penas acessórias temporárias não pode ultrapassar, em seu total, os seguintes limites: 1.º 18 anos, se se trata da interdição de cargos públicos ou da interdição de profissão ou de arte; 2.º cinco anos, se se trata da suspensão do exercício de profissão ou de arte. Art. 80. As disposições dos artigos antecedentes aplicam-se igualmente no caso em que, depois de uma sentença ou de um decreto de condenação, se deve julgar a mesma pessoa por outro crime praticado anterior ou posteriormente à mesma condenação, ou ainda quando, contra a mesma pessoa, devam ser executadas várias sentenças ou vários decretos de condenação. Art. 81. Quem, com uma só ação ou omissão, viola diversos dispositivos de lei ou pratica várias violações do mesmo dispositivo legal, é punido na conformidade dos artigos precedentes. As disposições dos artigos precedentes não se aplicam a quem, com várias ações ou omissões executivas de um mesmo desígnio criminoso, pratica, embora em ocasiões diversas, várias violações do mesmo disposi-

tivo legal, mesmo de diversa gravidade. Em tal caso, as diversas violações se consideram como um crime único, aplicando-se a pena que se deveria impor para a mais grave das violações praticadas, aumentada até o triplo. Art. 82. Quando, por erro no uso dos meios de execução do crime, ou por outra causa, se ofende pessoa diversa daquela à qual a ofensa era dirigida, o culpado responde como se houvesse praticado o crime em detrimento da pessoa que queria ofender, excetuadas, com relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, as disposições do art. 60. Sempre que, além da pessoa diferente, seja igualmente ofendida a pessoa à qual a ofensa era dirigida, o culpado fica sujeito à pena estabelecida para o crime mais grave, aumentada até a metade. Art. 83. Excetuados os casos previstos no artigo antecedente, se, por erro no uso dos meios de execução do crime, ou por outra causa, se ocasiona evento diverso do querido, o culpado responde, a título de culpa, pelo evento não-querido, quando o fato é previsto na lei como delito culposos. Se o culpado houver ocasionado, além disso, o evento querido, aplicam-se as regras sobre o concurso de crimes. Art. 84. As disposições dos artigos precedentes não se aplicam quando a lei considera como elementos constitutivos ou como circunstâncias agravantes de um só crime fatos que, por si sós, constituiriam crime. Embora a lei, na determinação da pena para o crime complexo, mencione as penas estabelecidas para cada um dos crimes isolados que o constituem, não podem ser ultrapassados os limites máximos indicados nos arts. 78 e 79". *Código suíço*: "Art. 68. 1.º Quando, por um só ou por diversos atos, um delinqüente tiver incorrido em diversas penas privativas de liberdade, o juiz condená-lo-á à pena da infração mais grave e aumentará sua duração, segundo as circunstâncias, mas não além da metade acima do máximo da pena prevista para esta infração. Estará ele, além disso, adstrito ao máximo legal do gênero da pena. Se o delinqüente incorreu em diversas multas, o juiz condená-lo-á a uma multa proporcionada à sua culpabilidade. Toda pena acessória, medida de segurança ou outra medida poderá ser aplicada mesmo se não está prevista senão para uma das infrações em concurso ou para uma das leis em concurso. 2.º Se o juiz deve pronunciar uma condenação em razão de infração punida com pena privativa de liberdade e que o delinqüente cometeu antes de condenado por uma outra infração punida igualmente com pena privativa de liberdade, ele fixará a pena de tal forma que o delinqüente não seja mais severamente punido do que se as diversas infrações tivessem sido objeto de um só julgamento". *Código dinamarquês*: "Art. 88. 1.º Se, por um ou diversos atos, um indivíduo cometeu diversas infrações da lei é aplicada para estas uma pena comum da categoria das medidas penais em vista ou, se diversas destas categorias entram

em consideração, daquela que contém as medidas mais severas. Em caso de circunstâncias particularmente agravantes, a pena pode ultrapassar a metade no máximo da mais severa das punições previstas para as infrações em questão. 2.º) Se as infrações que devem ser tomadas em consideração na determinação da pena acarretam penas privativas de liberdade de diferentes gêneros, o Tribunal pronuncia uma pena comum privativa de liberdade do gênero mais severo. 3.º) Se uma das infrações cometidas acarreta pena privativa de liberdade e uma multa, o Tribunal, em lugar de uma pena comum privativa de liberdade, pode condenar a multa juntamente com a pena privativa de liberdade. 4.º) Um indivíduo condenado a internamento em casa de trabalho ou estabelecimento de segurança não pode ser condenado, ao mesmo tempo, a pena privativa de liberdade. Se o acusado, fora da infração pela qual, em virtude do art. 62, pode ser condenado a internação em casa de trabalho, cometeu, além disso, um ou diversos atos puníveis, pode ser condenado, por todas as infrações cometidas, a internação em casa de trabalho. Art. 89. 1.º) Se um indivíduo já condenado é, além disso, julgado culpado por um ato punível cometido antes de proferida dita condenação, ser-lhe-á infligida uma pena acessória, no caso em que uma condenação simultânea tiver acarretado pena mais elevada. Se a primeira pena pronunciada não está ainda inteiramente cumprida, aplicar-se-ão, tanto quanto possível, as regras previstas no art. 88; e uma pena acessória pode neste caso ser aplicada por duração inferior àquelas previstas nos arts. 33 e 44. 2.º) Se o último ato julgado é passível de pena de prisão, enquanto que a pena anteriormente aplicada era detenção simples, esta última deve, se ainda não está inteiramente cumprida, ser transformada pela autoridade encarregada da execução das penas, segundo as regras indicadas no art. 90. 3.º) Se o ato punível, trazido por último ao Tribunal, acarreta uma pena privativa de liberdade e o julgamento anterior tenha imposto internação em casa de trabalho ou estabelecimento de segurança, o Tribunal decide se a primeira das condenações deve ser mantida ou se o acusado deve ser condenado, para as duas infrações, a pena de prisão. Se, neste último caso, o condenado já foi internado durante certo período em casa de trabalho ou em estabelecimento de segurança, o julgamento decidirá que uma parte proporcional da pena pronunciada deva por este fato ser considerada como cumprida. 4.º) Se a última das condenações impõe internação em casa de trabalho ou em estabelecimento de segurança, enquanto que a primeira comportava pena privativa da liberdade, esta primeira condenação deverá ser anulada. No caso em que ela tenha sido inteira ou parcialmente cumprida, a duração da internação já cumprida deve ser deduzida das durações previstas nos arts. 63 e 66 para o

internamento em casa de trabalho ou em estabelecimento de segurança. Se se trata de pena de detenção simples, a dedução deve ser feita segundo as regras contidas no art. 90". *Código polonês*: "Art. 31. § 1.º No caso de condenação simultânea por diversas infrações a uma pena privativa de liberdade, o tribunal inflige uma pena cumulativa, tomando por base as penas cominadas separadamente para cada uma das infrações concorrentes. § 2.º A pena cumulativa não pode ser inferior à mais grave das penas cominadas para cada infração em particular, nem ultrapassar o total das penas cominadas ou de mais da metade o máximo previsto pela lei para a infração passível da pena mais grave, ou o máximo previsto pela lei para esta categoria de pena. § 3.º Em caso de condenação a pena de prisão e a pena de *arresto*, uma pena cumulativa de prisão é de infligir-se: dois dias de prisão correspondem a três dias de *arresto*; o ano equivale a 12 meses e o mês a 30 dias. Art. 32. Os mesmos princípios são aplicáveis em caso de condenação simultânea a multa por diversas infrações. Art. 33. § 1.º Em caso de condenação simultânea por diversas infrações a penas privativas de liberdade e a multa, o tribunal inflige, cumulativa e separadamente, a pena privativa de liberdade e a pena de multa. § 2.º Em presença de condenação a pena de morte, nenhuma outra pena principal pode ser infligida. Art. 34. § 1.º As penas acessórias e as medidas de segurança são aplicáveis mesmo se elas não estavam cominadas senão para uma só das infrações concorrentes. § 2.º Em caso de condenação simultânea por diversas infrações a penas acessórias privativas de direitos da mesma categoria, é feita a aplicação das disposições correspondentes ao art. 32. Art. 35. É igualmente feita a aplicação das disposições correspondentes aos arts. 31 a 34, no caso em que o autor tenha sido condenado por diversos julgamentos passados em julgado por infrações cometidas antes de pronunciado pelo tribunal de primeira instância o primeiro destes julgamentos, sem levar em conta a execução da pena. Art. 36. Se o ato proibido sob ameaça de pena viola diversas disposições da lei penal, o tribunal aplica a disposição que prevê a pena mais grave, sem prejuízo da aplicação de penas acessórias ou das medidas de segurança previstas pelas outras disposições". *Código cubano*: "Art. 23. a) Consideram-se como um só delito: 1) As ações criminais que se cometam em relação de meio a fim. 2) A violação de preceitos distintos do Código quando resulte de uma só ação. b) Em todos estes casos aplicar-se-á a sanção correspondente ao delito mais grave. c) A pluralidade de infrações de um mesmo preceito, em tempos distintos, constituirá um só delito ou uma contravenção de caráter continuado se, ao executá-lo, tiver obedecido o agente a uma só determinação criminosa genérica comum a todas as infrações; a sanção,

porém, aumentar-se-á de quarta parte até a metade, a juízo do tribunal, tendo em conta a periculosidade do agente demonstrada pelo número de infrações e pelas circunstâncias concorrentes nas mesmas. Art. 24. Ao responsável por dois ou mais delitos ou contravenções, a respeito dos quais não seja possível aplicar as regras do artigo anterior, impor-se-ão tôdas as sanções em que houver incorrido para seu cumprimento simultâneo, se fôr possível, ou sucessivo, no caso contrário, pela ordem de sua gravidade, com sujeição às seguintes regras: a) O máximo de duração da sanção não poderá exceder do triplo do tempo que compreende a sanção de maior duração aplicável. b) Em nenhum caso poderá exceder o máximo superior a 30 anos”.

COMENTARIO

SUMÁRIO: 69. Considerações gerais. 70. Concurso material. 71. Concurso formal. 72. Crime continuado. 73. *Aberratio ictus*. 74. Limite das penas e outras regras. 74-A. Concurso de crime e contravenção.

69. No direito romano não era ignorada a distinção entre o concurso real e o concurso formal (FERRINI, COGLIOLO; contra: MANZINI).

Avultam êstes princípios: *“Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam”* (ULPIANO); *“cum ex uno delicto plures nascuntur actiones; sicut evenit cum arbores furtim caesae discuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit”* (HERMOGENIANO).

Em sentido oposto: *“Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti, probatum est”* (MODESTINO); *“Senatus sensuit ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret”* (PAULO); *“Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruerit, in insulam deportandus est quia duplex crimen est: incestum quia cognatam violavit contra fas; et adulterium vel stuprum adiungit”* (MARCIANO).

A intuição do concurso formal resultava dos objetivos de não ser indulgente ou inexorável contra os princípios de justiça. Assim, por exemplo, se a injúria e o dano provêm

do mesmo fato, não há razão para condenar por crimes distintos nem para punir apenas pelo dano. Daí o cabimento da *actio injuriarum* mesmo depois da condenação por dano.

O concurso formal (*duplex crimen est*) implicava tratamento autônomo pela múltipla violação jurídica.

O direito romano desconheceu, porém, a figura do crime continuado.

No direito franco-lombardo e no direito canônico desenhava-se o sistema do cúmulo material, encontrando-se no primeiro ⁴⁸⁷ exemplos de absorção. No chamado *direito intermediário* registraram-se exceções, ao sistema, pela constante interferência da absorção. No Código de Modena de 1771 apareceu o cúmulo jurídico. Com o Código de instrução criminal francês de 1810 (art. 365), impunha-se a pena mais grave no caso de condenação por diversos delitos. O princípio da absorção, do cúmulo jurídico reduzido, encontrou ampla aplicação no art. 85 do Código das Duas Sicílias (1819), no Código sardo-italiano (1859), no toscano e no italiano de 1889.

No Código brasileiro de 1830, o concurso era assim disciplinado: “Art. 61. Quando o réu fôr convencido de mais “de um delito, impor-se-lhe-ão as penas estabelecidas nas leis “para cada um dêles, e sofrerá as corporais uma depois das “outras, principiando e seguindo da maior para a menor, “com atenção ao grau de intensidade, e não ao tempo de “duração; excetua-se o caso de ter incorrido na pena de morte, no qual nenhuma outra pena corporal se lhe imporá, “podendo sòmente anexar-se àquela a pena de multa. Art. 62. “Se os delinquentes tiverem incorrido em duas ou mais penas que se lhe não possam impor uma depois de outra, se “lhes imporá, no grau máximo, a pena do crime maior que “tiverem cometido, não sendo a de morte, em cujo caso se “lhes imporá a de galés perpétuas”.

⁴⁸⁷ No Código canônico de 1927 (cânon 2.224) figura a regra do concurso material, confiando-se ao juiz a solução dos casos excepcionais.

Pelo Código italiano de 1930, o concurso material e o concurso formal, embora conceitualmente distintos, foram unificados nos efeitos jurídicos; pressuposto comum a ambos é que à mesma pessoa sejam atribuídas diversas violações da lei penal, intervindo sempre, portanto, pluralidade de ações. A diversidade assenta sobre a unicidade (formal) ou pluralidade (material) de ações.

O Código de 1930 abandonou o *fato* do Código de 1889, para voltar à ação do Código toscano (§ 729), e, praticamente, aboliu a figura do concurso formal. O tratamento penal é idêntico.

O concurso ideal, segundo KOHLRAUSCH,⁴⁸⁸ deveria, a rigor, situar-se na teoria do crime e o concurso real na da pena. Mas, dessa posição de recíproca integração e interdependência dos dois problemas deriva sua autonomia conceitual.

Não há, a rigor, concurso de *crimes* no sentido clássico de entidades abstratas, de figuras geométricas, consideradas separadamente, mas no sentido de indivíduo autor de diversos crimes, cada um destes apreciado em função do criminoso e apenado individualmente.

Já IMPALLOMENI via nos diversos crimes índices de uma responsabilidade única progressiva, não podendo esta ser igual em duração e intensidade ao conjunto das penas correspondentes a cada delito.⁴⁸⁹ PRINS reduziria o concurso a uma agravante.

Na doutrina menos recente, o concurso era considerado por muitos como incriminação única e causa de única e progressiva responsabilidade (IMPALLOMENI, ALIMENA).

No entanto, se diversos os crimes, segundo a lei, seria absurdo falar-se de responsabilidade única que, no maior número dos casos, resultaria de crimes de índole diferente,

⁴⁸⁸ Ver MEZGER, ob. cit., 2.º vol., pág. 308.

⁴⁸⁹ *Concorrenza Reale e Concorrenza Formale dei Reati*, Catania, Palermo, 1884-1887.

cometidos separadamente no campo. A responsabilidade única exigiria relações particulares aptas à unificação. E já não estaríamos no campo do concurso.

A doutrina alemã de BINDING a LISZT, a BAUGMARTEN, a MEZGER, embora afirmando teses opostas (monistas ou pluralistas), em relação à interpretação do § 73 do Código Penal, parte, sempre e unicamente, desta indagação: se a unidade da ação pode, ou não, dar lugar, ontologicamente, a pluralidade de crimes. Para BINDING: a ação é, na realidade, plural em tema de concurso formal; para LISZT, o crime é único, porque única a ação; para BAUGMARTEN e MEZGER, o crime é único, porque única é a ação, mas esta é juridicamente avaliada sob diversos pontos de vista e, por isto, dá motivo a concurso ideal de crimes diversos. Com a isenção de técnico jurídico, reconheceu CARNELUTTI que a questão do tratamento penal é uma questão de mera conveniência política e, propondo-se a nova sistematização da teoria do crime, não mencionou o concurso material.⁴⁹⁰

Os positivistas autorizados começaram por indagar se os diversos crimes foram cometidos pelo mesmo indivíduo, como prova da maior periculosidade, estimando os fatos como reflexo da personalidade do delinqüente, sobretudo pelos motivos. Por isso mesmo, atribuem fundo comum às teorias do concurso e da reincidência, como dois sintomas de delinqüência habitual, dignos, segundo SALEILLES, de tratamento quase igual.

De qualquer forma, se a reincidência é mais grave sob o aspecto social, pois o reincidente já sofreu, pelo menos, advertência, sem se corrigir, é menos grave, porque o reincidente saldou as suas contas com a sociedade pelo crime anterior.

Ainda os positivistas pleiteiam, para os casos mais graves, a faculdade de mudar o gênero da pena e a substituição do cálculo aritmético, de todo objetivo, pela pesquisa com-

⁴⁹⁰ Ob. cit.

pleta, subjetiva e objetiva ao mesmo tempo: da personalidade do réu e da natureza e da gravidade dos delitos.

O Código de 1940 enceta o novo caminho, uma vez que cada crime concorrente suporta as luzes e os frisos da individualização. As medidas de segurança, principalmente, não são afetadas, em essência, pelo concurso de crimes (art. 84).⁴⁹¹

Caminhamos, pois, na medida de nossa capacidade de adaptação às conquistas científicas, no provimento da defesa social, para a síntese positivista: a periculosidade do delinquente dispensa a discussão sobre a forma e a medida em que podem ser mitigadas e compenetradas as penas dos crimes concorrentes.

O perigo de uma série de infrações é maior do que o perigo de uma só infração.

Defendendo a teoria do fim, a que se filia o Código, escreveu FLORIAN: "Quando o delinquente, embora com um só fato, se propõe cometer dois ou mais delitos, deverá ser julgado responsável por todos os crimes resultantes. A circunstância de ser único o fato é acessória, acidental, não podendo favorecê-lo de maneira alguma. Teremos, portanto, nesse caso, um concurso material de crimes a seu cargo. Quando ao contrário, sejam únicos o fato e o fim delituoso, mesmo resultando dele dois ou mais crimes, o delinquente não poderá ser julgado responsável por outros tantos crimes".⁴⁹²

O resultado múltiplo seria avaliado para os efeitos da periculosidade, de acordo com os critérios gerais, uma vez

⁴⁹¹ Vejam-se projetos: suíço de 1918, art. 65; alemão de 1925, § 65, e de 1930, § 67; Códigos: polonês, art. 34, § 1.º; italiano, artigo 209; projeto francês, art. 110. O projeto FERRI (art. 23) mandava aplicar sanção para o delito mais grave, considerando os outros delitos como circunstâncias de maior periculosidade e fazendo o cúmulo material das multas, dentro de certos limites (200.000 liras). Ver art. 25 do Código brasileiro.

⁴⁹² FLORIAN, *Trattato*, cit., 2.º, pág. 738.

que, no caso de um só crime, a periculosidade é, geralmente, menor.

Por concurso aparente — expressão por muitos erradamente usada como sinônimo de concurso formal — entende-se a aparente multiplicidade de violações jurídico-penais.

Nesse caso, porém, não se registram diversas violações reduzidas à unidade de conduta, como no concurso formal, mas uma só violação de norma penal única.

Não pode haver confusão, também, com concurso de normas ou concurso legal,⁴⁹³ com o crime complexo (artigos 103 e 108, parág. único, 1.^a parte) e com o crime progressivo.

No crime complexo faz-se, pura e simplesmente, a aplicação do princípio: *Non bis in idem*.

Convém assinalar a diferença entre o crime complexo e o crime pressuposto de crime acessório (art. 108, parágrafo único).

Há crime progressivo quando, de um crime mais simples, a atividade do sujeito passa a formas mais graves que incluem elementos constitutivos do crime inicial. Deve-se a MASSARI a melhor noção da progressão: 1.^o) a atividade criminosa deve realizar uma pluralidade de atos capazes, cada um deles, de constituir crime por si mesmo; 2.^o) entre os dois fatos deve mediar relação de *minus ad maius*; 3.^o) entre o crime inicial e a forma progressiva deve existir fundo comum de elementos constitutivos.⁴⁹⁴

Difere do crime complexo, porque êste constitui crime único, autônomo, e aquêle anula a figura criminosa menor, pouco a pouco, enquanto vai assumindo a figura criminosa mais grave; distingue-se do concurso formal, porque neste, se trata de ação única, e naquele pode ser única ou múltipla. Além disso, no concurso formal, as diversas disposições são violadas contemporaneamente e, no crime progressivo, sucessivamente (MAGGIORE).

⁴⁹³ FROSALI, *Concorso di norma e concorso di reati*, Cidade do Castelo, 1937.

⁴⁹⁴ Ob. cit., pág. 219.

O concurso formal pode ser homogêneo e heterogêneo se os crimes são, ou não, da mesma natureza.

Poderia ser adotada a mesma distinção quanto à primeira e à segunda parte do art. 51, § 1.º, que induzem, respectivamente, à homogeneidade e à heterogeneidade do concurso formal. As consequências penais do concurso formal heterogêneo são as mesmas do concurso material.

Em suma, se a ação e o evento são múltiplos, há concurso material; se a ação é única e são múltiplos os eventos, há concurso formal. A ação compreende, também, a omissão e é, muitas vezes, descrita pelo evento, caso em que tôdas as ações se tornam fungíveis.⁴⁹⁵

O fato constitui a soma da ação e do evento. Do conjunto dos atos resulta a ação. Esta, contudo, pode ser integrada por um só ato. O evento é a consequência da ação (dano ou perigo) e não se identifica a acontecimento material.

A conexão, por sua vez, não induz, necessariamente, a concurso e, além de agravante (art. 44, II, b), pode influir no valor sintomático do crime (art. 42). Equipararam a conexão ao concurso formal: CARMIGNANI, CARRARA, ROBERTI, ZUPETTA, PESSINA, BRUSA, CRIVELLARI.

O Código italiano de 1889 encarou-a como concurso material (art. 77) e, nesse sentido, rumou a antiga doutrina.

No Código brasileiro, o crime-fim não absorve o crime-meio, pois ambos são crimes perfeitos. Não há dupla imputação do mesmo elemento subjetivo, que, embora conexos, são, por definição, distintos.

Não se devem esquecer as várias modalidades da conexão: ideológica (falso para cometer estelionato), consequencial (morte do roubado para que não se descubra o roubo), ocasional (A, tendo-se desvencilhado de B, golpeia-o, não para que deixe de denunciar o furto, mas por perversidade).

⁴⁹⁵ DELITALA, *Il fatto nella teoria del reato*, Pádua, 1930, pág. 159.

A solução do problema penal do *concursum delictorum* é oferecida por vários sistemas, entre os quais: o do cúmulo material (*quot delicta tot poenae*), o da absorção, o do cúmulo jurídico, o da responsabilidade única, o da pena única progressiva.

O principal argumento contra o cúmulo material consiste em apresentá-lo como disfarce das penas perpétuas,⁴⁹⁶ mas o art. 55 do Código de 1940, como o art. 66, § 4.º, do Código de 1890, afasta a objeção.

O sistema do cúmulo jurídico foi preconizado por MITTERMAYER, mas MANZINI o considera “sofisma psicológico”, aumentando o efeito aflitivo da pena em progressão mais geométrica do que aritmética. A pluralidade de crime funcionaria como circunstância atenuante.

O sistema da absorção conduziria, diz-se, à impunidade dos crimes menos graves.

O Código de 1940 adotou o sistema do cúmulo material (art. 51 e § 1.º, 2.ª parte) para o concurso material e para o concurso formal heterogêneo, e o do cúmulo jurídico para o concurso formal homogêneo e para o crime continuado.^{496-a} A pena é proporcionada à entidade criminosa de todos os crimes na base de conceito unitário.

⁴⁹⁶ Proíbe-as a Constituição de 1937 (art. 122, n.º 13).

^{496 a} A propósito de crítica a esta passagem, o advogado BRUZZI MENDONÇA, que particularmente se dedicara a estudar o assunto, forneceu ao Dr. C. PICKERSGILL DE MEDEIROS a seguinte nota:

“O Dr. ... manifesta suas dúvidas sobre a interpretação dada por ROBERTO LYRA, em seus magistrais *Comentários*, ao art. 51, § 1.º, e pergunta:

“1. Está o concurso formal heterogêneo previsto na parte final do § 1.º do art. 51 ?

“2. É o designio autônomo, ou não, que distingue o concurso formal homogêneo do concurso formal heterogêneo ?

“3. Que se entende por designio autônomo e designio não-autônomo ?

“Em face do nosso direito positivo, as questões suscitadas não oferecem dificuldade. Entretanto, para melhor compreensão, é necessário um mergulho na doutrina que as inspirou e um sucinto

Há quem considere de todo errônea a distinção entre concurso real e concurso formal, sendo um e outro igualmente verdadeiro e próprio concurso de crimes.⁴⁹⁷ No mesmo sentido: JOHN, BERNER, KOSTLIN, HAELSCHNER, VON BURI. O

⁴⁹⁷ SABATINI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Roma. 1935, 1.º, página 344.

“exame dos conceitos de concurso material, concurso formal, concurso homogêneo e concurso heterogêneo.

“A primeira parte é resolvida com facilidade pela própria letra da lei (art. 51 do Código Penal), cuja redação não deixa margem a polêmicas. Daí a pluralidade de ações ou omissões e pluralidade de crimes, sendo indiferente a homogeneidade ou heterogeneidade destes.

“Em relação ao *concurso ideal ou formal* (§ 1.º do art. 51) temos unidade de ação e pluralidade de delitos, com o que bem se caracterizam a semelhança com o concurso material (resultado múltiplo) e a discrepância (unidade de ação ou omissão).

“A expressão “idênticos ou não”, usada no art. 51, *caput*, mira à homogeneidade ou heterogeneidade do *concursus delictorum*. Lê-se na *Exposição de motivos*: “contemplando a hipótese do concurso homogêneo (atividade única e múltipla incidência em *penas idênticas*)”. ROBERTO LYRA, cuja interpretação tem a força de autêntica, mais preciso, explica: “O concurso pode ser homogêneo e heterogêneo, se os crimes são, ou não, da mesma natureza”. Não conseguiu o Dr. ... conciliar tais conceitos com os seguintes, também extraídos da obra de ROBERTO LYRA: “O designio autônomo, caracterizando o concurso formal heterogêneo...”. E, mais: “O Código de 1940 adotou o sistema do cúmulo material (art. 51 e § 1.º, 2.ª parte) para o concurso material e para o concurso formal heterogêneo”.

“A explicação é bem mais fácil do que possa parecer e não existe contradição. Na primeira definição, o insigne mestre seguiu o mesmo critério da *Exposição de motivos*, atendendo-se à lei como ela é... Na segunda, despidido de quaisquer outros compromissos que não os de fidelidade doutrinária, *sugere*: “Poderia ser adotada a mesma distinção (homogêneo e heterogêneo) entre a primeira e a segunda parte do § 1.º do art. 51”. O que vale dizer: *poderia ser chamado* concurso homogêneo aquele em que há unidade de designio, e concurso heterogêneo aquele em que se verificasse pluralidade de designios. Com essa *sugestão*, o inimitável mestre atendeu a

Código italiano vigente equiparou as duas modalidades. Mas, até hoje, sujeito o direito penal positivo à determinação legal

“que, em face da lei vigente, a natureza dos crimes não tem a menor influência na gradação da pena a ser aplicada ao concurso formal. O exemplo é a melhor explicação: quem, sem desígnio autônomo, mata com um único tiro duas pessoas, está sujeito à mesma pena que aquele que, também com um só tiro, mata um e fere outro. Não há, pois, razão para estranheza. O trecho, que alvoroçou o Dr. ..., está filiado à definição *proposta*.”

“Vejamos, agora, as dúvidas enunciadas inicialmente:

“Em relação à primeira pergunta, se o Dr. ... aceita a terminologia proposta pelo Prof. ROBERTO LYRA, evidentemente o concurso heterogêneo estará previsto na parte final do § 1.º do art. 51, pois será o enderêço mesmo dêle. Caso contrário, também nada impede que ocorra um concurso de crimes de natureza diversa e decorrentes de desígnios autônomos, como, por exemplo, estupro e lesões corporais, com ação única e ideação distinta.

“Como se viu, a segunda pergunta depende de opção e não é lícito exigir a pacificação da doutrina...”

“A definição solicitada para *desígnio autônomo* pode ser fornecida por qualquer dicionário sofrível do vernáculo. No entanto, não procede a crítica de que ela tenha sido omitida nos *Comentários ao Código Penal*. Sômente à leitura desatenta poderia escapar o que vai dito sôbre o assunto, na pág. 372.

“Estranhou, ainda, o Dr. ... a diferença existente entre GALDINO SIQUEIRA (*Tratado de Direito Penal*) — “Em caso de concurso formal e de crime continuado, segue (o Código) o sistema da absorção de penas...” — e ROBERTO LYRA (*Comentários*) — “O Código adotou o sistema do *cúmulo jurídico* para o concurso formal homogêneo e para o crime continuado”.

“Cada cabeça, cada sentença... Mas, *data venia*, afigura-se-nos indiscutível o acêrto de ROBERTO LYRA. A absorção só ocorre em relação aos crimes que perdem sua autonomia, para tornarem-se meios de execução de outros crimes. O crime-meio perde seu *nomen juris* e a pena que lhe seria imposta é absorvida pela mais grave, a do crime-fim. Enquanto, no *cúmulo jurídico*, aplica-se a pena mais grave aumentada de uma fração, a fim de evitar as penas perpétuas; na absorção, cuida-se de evitar o *bis in idem*, a dupla punição pelo mesmo fato. Quem bem distingue os dois sistemas é PIROMALLO: “O *cúmulo jurídico* é a média entre os dois sistemas opostos — *cúmulo material* e absorção” (*in Guida allo studio del Diritto Penal Positivo*, Roma, 1950, pág. 76).”

das penas, embora relativa, não se respondeu ao argumento da desproporcionalidade das sanções pela mesma ação ou omissão, sem designios autônomos em que importará a aplicação da regra do concurso material.

Outros encaram o concurso formal como ficção, pois ao fato único só poderia corresponder violação da lei penal única. Vulgarizou-se o conceito na doutrina moderna, sobretudo a francesa.⁴⁹⁸

70. O Código de 1890 definia o *concursum delictorum realis* no art. 66, § 1.º: “Quando o criminoso fôr convencido de mais de um crime, impor-se-lhe-ão as penas estabelecidas para cada um dêles”. O Código de 1940 refere-se à pluralidade de “ação ou omissão”, bem distinguindo o concurso formal do concurso material e afastando qualquer dúvida sobre o concurso de crimes omissivos e entre crimes omissivos e comissivos.

Ficou expresso, também, que é indiferente a identidade dos crimes concorrentes. Suprimiu-se o resíduo medieval do convencimento do criminoso.

No concurso material — e nisso difere, sobretudo, do concurso formal — há pluralidade de ações ou omissões distintas. Cada uma delas constitui um crime, tentado ou não.

A multiplicidade de ações ou omissões supõe diversos momentos, mas tolera o mesmo espaço.

A pena é aplicada, segundo o princípio *quot delicta tot poenae*, abrangendo o cúmulo material, tanto as penas privativas de liberdade, como as pecuniárias e as acessórias (artigo 52), com a limitação do art. 55. Mas, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, aplica-se primeiro a de reclusão.^{498-a}

⁴⁹⁸ Roux, *Cours de Droit Criminel*, Paris, 1927, pág. 128.

^{498-a} “Na espécie há concurso real de crimes. Tratando-se de bem jurídico eminentemente pessoal, qual seja a integridade física, não há falar-se em crime continuado, quando diversos os ofendidos, pouco importando a contemporaneidade da ação. O que ocorreu

71. O concurso formal foi assim definido no Código de 1890: “quando o criminoso, pelo mesmo fato e com uma só intenção, tiver cometido mais de um crime, impor-se-lhe-á no grau máximo a pena mais grave em que houver incorrido”.

Pelo Código de 1940, o concurso ideal apresenta duas modalidades: se são autônomos os desígnios, verifica-se o cúmulo material das penas, tal como no concurso real; se não são autônomos os desígnios, recorre-se ao cúmulo jurídico das penas. O Código de 1890 não conhecia a primeira modalidade e dava tratamento diverso à segunda — grau máximo da pena mais grave, — quando o de 1940 manda aplicar a pena mais grave e, se idêntica, uma delas, com o aumento, num caso e noutro, de um sexto até metade.

Deixa-se margem para a individualização, ao contrário do Código de 1890, que automatizava a ação do juiz adstrito sempre ao máximo da pena mais grave.

O Código de 1890 usava a expressão *fato*, substituída, no de 1940, por *ação ou omissão*. Evidencia-se, assim, que os crimes omissivos, juntamente com comissivos ou não, teletram, também, concurso formal.

Subordinando à unicidade de intenção o concurso formal, era este incompatível com o crime culposos, no Código de 1890. No de 1940, ficou bem clara a compossibilidade, salvo na hipótese da segunda parte do art. 51, § 1.º, que somente diz respeito à ação ou omissão dolosas. Ficou, assim, resolvido o grave problema da pluralidade de eventos no crime culposos.

“no caso vertente foi concurso material de infrações da mesma natureza” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 23-11-44).

Tentativa de roubo e resistência. “Os crimes de tentativa de roubo e o de resistência ante a ameaça de prisão são crimes diferentes e as penas devem ser aplicadas cumulativamente, por se tratar de concurso material” (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 14-6-48).

A jurisprudência vinha aplicando a pena correspondente ao evento singular mais grave, mesmo nos casos de eventos diversos.

Reconhecia unidade de violação da lei penal, não obstante multiplicidade alarmante de eventos e mais que, no tocante a êstes, quando heterogêneos, devia ser aplicada a regra *major absorvet minorem*. De outro modo, argumentava-se, não sendo admissível o concurso ideal, restrito aos crimes intencionais, ter-se-ia de chegar, em muitas espécies, à consequência aberrante de tratamento penal mais rigoroso do crime culposos em cotejo com o doloso. Tais fundamentos eram contraditórios, porque se apegavam, simplistamente, ora a uma fórmula clássica, ora a um critério político. Se julgada estranha à culpa a regra do concurso real, como aplicar-lhe a da absorção? Onde, na lei anterior, a suposta incompatibilidade?

O Código distinguia a gravidade do evento, punindo, diferentemente, as lesões corporais culposas (art. 306) e o homicídio culposos (art. 297). Por outro lado, o art. 297 falava, da pena estabelecida, em "*um homicídio*". A natureza especial do crime é atendida na medida da pena.⁴⁹⁹

O pressuposto essencial e característico do concurso formal é a unicidade de ação ou omissão.

Aliás, a ninguém é dado praticar, simultaneamente, diversas ações (CASTORI), salvo se aceitar o exemplo clássico: com a mão direita matar e com a esquerda incendiar.

Segundo MEZGER, existe unidade natural da ação (nos crimes omissivos assim se considera a ação pensada ou esperada) quando na base da mesma há um único ato de vontade, um ato volitivo de natural unicidade.⁵⁰⁰ Distingue-se, portanto, o concurso formal do crime complexo.

Trata-se, em suma, de ação única de efeito plural.

⁴⁹⁹ RAUL MACHADO sustentou que o Código de 1890 conduzia à aplicação da regra do concurso material (*A Culpa no Direito Penal*, Rio, 1929).

⁵⁰⁰ Ob. cit., 2.º vol., pág. 309.

A noção de *unidade de desígnio* formulada por CARRARA e constante da definição de crime continuado no Código italiano vigente (art. 81, 2.^a parte) fornece, negativamente, a de autonomia.

O desígnio autônomo, que, caracterizando o concurso formal heterogêneo, implica o cúmulo material de penas, provém de múltipla ideação e determinação da vontade, com diversas individualizações. Assim, os vários eventos não são um só perante a consciência e a vontade, embora o sejam externamente. O dolo não é, portanto, unitário, como no concurso formal homogêneo. Quem mata, com um só tiro, duas pessoas é, pelo menos, tão perigoso quanto quem o faz, uma após outra, com dois tiros distintos, revelando-se menos apto na escolha dos meios.

O art. 51, § 1.^o, alude aos crimes a que se cominam penas privativas de liberdade.

São todos os previstos no Código, pois a multa, como vimos, é sempre cominada cumulativa ou alternadamente.

A identidade das penas refere-se à cominação e ocorre quando, nesta, correspondem, não só os limites de quantidade e a qualidade, como, também, o critério de aplicação: cumulativa, alternativa ou isolada.

A maior gravidade da pena privativa de liberdade obedece à seguinte ordem de qualidade: reclusão e multa, reclusão, reclusão ou detenção, detenção e multa, detenção, detenção ou multa.

Seja qual fôr a quantidade, a reclusão é sempre mais grave (arts. 30, 57, 69, parág. único, I, II, III, b, c, 91, I e II etc.). Veja-se o art. 118.

O aumento de um sexto até metade é feito sobre a pena que se aplicaria, não fôsse o concurso. Para a determinação da pena-base já terá procedido o juiz ao cálculo lógico resultante do art. 42, computadas as agravantes e atenuantes legais, e ainda as causas de aumento ou diminuição.

Ao utilizar a margem, oferecida no parág. único do artigo 51, não repetirá aquêle cálculo, mas atenderá, sobretudo,

ao número de crimes concorrentes e à sua diversa ou igual natureza (art. 46, § 2.º).

As penas não-privativas de liberdade são aplicadas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes (art. 52).^{500-a}

72. Vimos que a figura do *delictum continuatum* era estranha ao direito romano (FERRINI), o que ocorre até com algumas legislações modernas.⁵⁰¹

As primeiras fórmulas menos imprecisas foram as dos Códigos bávaro (1813), toscano (1853), sardo (1853) — este indica, mas não define. A lei toscana de 1795, no entanto,

^{500-a} “O art. 51, § 1.º, admite o concurso formal de crimes culposos: morte de um passageiro e lesões corporais de vários outros” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 13-1-44).

“A multiplicidade de lesões infligidas, ainda que por diversos meios, contra uma mesma pessoa, não importa concurso de crimes; o fato, a sua totalidade, constitui um único delito” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 13-5-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 181, pág. 137).

“Aplica-se a regra punitiva, estatuída para o concurso formal de delito, quando o agente, por erro de execução (*aberratio ictus*), além de ofender a pessoa visada, atinge pessoa diversa (art. 51, § 1.º, combinado com o art. 53, 2.ª parte, ambos do Código Penal). Provimento da apelação da Justiça Pública para a reforma da decisão apelada, do presidente do Tribunal do Júri” (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22-11-48, *Diário da Justiça* de 1-7-49, pág. 1.596).

“Nos crimes culposos também se aplica o art. 51, § 1.º, do Código Penal, no caso de concurso formal” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 176, pág. 479).

“Ao contrário da legislação anterior, o atual Código Penal admite o concurso de delitos também quanto aos crimes culposos” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 176, pág. 473).

“O Código Penal não exclui o concurso formal de crimes culposos que ocorre quando, dirigindo um ônibus, o agente colhe dois ‘pingentes de bonde’ (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 14-2-44).

⁵⁰¹ Códigos: francês, inclusive o recente projeto, belga, de Vaux, de Zurique, húngaro, antigo holandês, germânico, soviético, espanhol de 1848, de 1850 e de 1870. O de 1920 referia-se à *ação contínua*; o de 1932 voltou ao silêncio.

teve precedência no tempo.⁵⁰² O Código toscano serviu de modelo ao art. 66, § 2.º, da Consolidação das Leis Penais, transcrevendo o dec. n.º 4.780, de 1923, e ao Código italiano de 1889.

Os glosadores forneceram as luminosas antevisões de BARTOLO (1313-1355), atendendo a um critério de fim, e BALDO (1327-1390), que se fundava no critério temporal. Se os pós-glosadores trataram mais do crime complexo, os práticos, levados pelo sentimento de humanidade para salvar da pena de morte o culpado de terceiro furto, são precursores atilados, avultando CLARUS e, sobretudo, FARINÁCIO (1554-1618). *Potest pro tribus furtis quanvis minimus poena mortis imponi.*⁵⁰³

FEUERBACH, do ponto de vista jurídico, foi o primeiro sistematizador do instituto.

Na Alemanha, a doutrina compensou a omissão legislativa, violentando a rigidez do texto do § 73 do Código, relativo ao concurso formal, para obrigar à hospedagem do crime continuado (*Fortgesetzte Verbrechen*). Este vem fazendo, também, estadas clandestinas no § 74 (concorrência). O Código alemão, no capítulo V (§§ 73 e segs.), com o título *Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen* (diversas ações concorrentes puníveis), só trata do *Tatenheit* e do *Tatmehrheit*. As exigências práticas da justiça impuseram a usurpação do Poder Legislativo.

Os projetos alemães de 1913 e 1919 cogitaram de crime continuado, mas os de 1925, 1927 e 1930 não o fizeram.

Quanto à Itália, vimos que o Código de 1889 reviveu o Código toscano. O projeto FERRI confundiu o crime continuado com o concurso formal, vendo nêlo uma circunstância de maior periculosidade social.

⁵⁰² O Código bávaro considerava um só crime agravando os fatos dirigidos, várias vezes, contra o mesmo objeto ou a mesma pessoa.

⁵⁰³ DEL GIUDICE atribui ao direito germânico a origem sentimental do crime continuado (*apud* FLORIAN, ob. cit., n.º 612).

No projeto preliminar, não foi definida a continuação, assim sujeita às normas do concurso material. Mas Rocco, acolhendo as objeções contra êsse rigor, em matéria menos dependente das considerações técnicas do que das exigências na prática, alojou-a ao lado do concurso formal, já de si desfigurado: “as diversas violações *consideram-se* como um só crime” (art. 31, § 2.º).

No início dos comentários do art. 51 transcrevemos outros Códigos dignos de menção.

Vale destacar o Código chinês: “Quando vários atos sucessivos constituem uma mesma espécie de infração, eles são tidos como uma só infração” (art. 25). É um sapato chinês sem sola.

No Brasil, o Código de 1830 não cuidou da continuação, e o de 1890 pretendeu fazê-lo.

BATISTA PEREIRA, modificando o sistema de aplicação da pena, com o primitivo § 2.º do art. 66, quis definir o delito continuado do art. 79 do Código italiano. Do contrário, ficaria sem objeto o parágrafo citado, que parecia uma combinação infeliz dos arts. 109 e 110 do Código da Baviera, com o acréscimo das expressões “em tempo e lugar diferentes”.

O crime continuado foi, de fato, introduzido na legislação brasileira com o art. 39 do dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923: “Quando o criminoso tiver de ser punido por “dois ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de “uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, em-“bora cometidos em tempos diferentes, se lhe imporá a pena “de um só dos crimes, mas com aumento da sexta parte”. Por essa forma, ficou caracterizado o crime continuado pela unidade de resolução e pela identidade de natureza dos crimes plurais.

A emenda convertida no artigo em aprêço é da autoria do deputado MAURÍCIO DE LACERDA, que, justificando-a, escreveu: “O art. 66, § 2.º, desnatura, por completo, a figura do crime continuado”. Por outro lado, acrescentando-se *embo-ra*, aceita o crime continuado, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o que não se dava no texto de 1890. Aludim-

do a “pena de um dos crimes”, concedia arbítrio ao juiz, em face das circunstâncias gradativas e qualificativas. Era indiferente a identidade do sujeito passivo.

Não se entende a doutrina sobre a conceituação do crime continuado, assinalando vulgarizadores alemães, com a visão confinada às próprias divergências, duas correntes. A teoria subjetivo-objetiva reclama, além de determinados fundamentos objetivos, os subjetivos, isto é, ligados à consciência e à vontade do autor.⁵⁰⁴

Aceitam a teoria mista: LOBE, KOHLER, GERLAND, DOERR, VAN CALKER. Esta, porém, não exige unidade, mas igualdade de dolo.

A teoria objetiva pura, preferida pelo Código brasileiro de 1940, prepondera entre os escritores alemães e se contenta com as características objetivas da conexão entre os vários atos. ALLFELD quer a unidade do bem jurídico, a conexão temporal e certa conexão *interna* (não há tanta pureza assim). Para LISZT-SCHMIDT: realização repetida em partes do mesmo tipo penal, utilizando a mesma ocasião, ou a independência causal da mesma ocasião. Para FRANCK: atividade plural homogênea unida pelo caráter *unitário do dolo* (veja-se a pureza) ou pelo aproveitamento da mesma ocasião ou da mesma relação permanente, dirigida, contra o mesmo interesse — bem jurídico. Para VON HIPPEL e HONIG, várias ações integrantes do mesmo tipo fundamental, sempre que aproveitem a mesma ocasião ou atuem em razão dela. Em suma, a objetividade se caracterizaria assim: semelhança do tipo, ho-

⁵⁰⁴ Esta a jurisprudência do Tribunal do Reich (*Reichsgericht*): *ações homogêneas* (igualdade do bem jurídico lesado ou pôsto em perigo e homogeneidade dos diversos atos) e *conexão em virtude de dolo unitário*, desde o início. Se se intercala uma condenação entre os diferentes atos, interrompe-se o caráter unitário, e, assim, a continuação. O mesmo entende-se no caso de modificação da lei. As diferentes ações conterão o tipo do mesmo delito, o que, de ordinário, ocorre quando se dirigem contra o mesmo preceito penal. O bem jurídico deve ser suscetível de lesão gradual.

homogeneidade de execução, caráter unitário do bem jurídico, conexão temporal, utilização das mesmas relações e da mesma ocasião.

MEZGER, que reproduz essas posições, é, também, objetivista puro. Para êsse tratadista, o caráter unitário do dolo, que exige o Tribunal do Reich, constitui, geralmente, uma ficção.

Por outro lado, acrescenta, ainda que a necessidade de pena mais benigna não constitua o único motivo de reconhecimento da ação continuada, a consequência efetiva de tal reconhecimento é uma penalidade fundamentalmente mais benigna do que a resultante de várias ações independentes. Se o agente obedecia, na realidade, de antemão, a dolo unitário, êste, a seu ver, não seria, certamente, motivo de atenuação, mas de agravação. Mas o seu exemplo não seria de crime continuado,⁵⁰⁵ e sim de reiteração, pela nova atitude da vontade. De qualquer forma, MEZGER concede que as características do delito continuado não são suscetíveis de fixação esquemática, preferindo razoável arbítrio para estabelecer a conexão material das diversas ações no caso concreto. E esta tarefa orientar-se-ia pela unidade do tipo básico, pela unidade do bem jurídico lesado, pela homogeneidade da execução, pela conexão temporal adequada e, nos ataques pessoais, pela identidade da pessoa ofendida.⁵⁰⁶

Na Alemanha, ainda, avulta o objetivista MEYER.

Êste o principal argumento dos objetivistas: a unidade de resolução ou de desígnio para multiplicidade de crimes seria, como índice de maior periculosidade, razão para exacerbar, e não para mitigar, a pena. Não o seria menos o *motu continuo* celerado, que é antes reiteração do que continuação.

Na própria Alemanha, onde não teve consagração legislativa a teoria objetiva pura, o Tribunal do Império e alguns

⁵⁰⁵ Abusar de uma criança nas ocasiões propícias, sucumbindo à tentação.

⁵⁰⁶ Ob. cit., pág. 312.

autores empreendem caminho intermediário através da teoria mista, partidária do caráter objetivo-subjetivo do instituto (*Einheitlichkeit des Rechtsguts*).

Continuo a preferir a teoria subjetiva, dos franceses, italianos e brasileiros, que sustentei em livro.⁵⁰⁷

Aliás, o Código obedece a orientação profundamente subjetivista, de que não se desviou mesmo em relação ao grave problema do erro (art. 17). Não entibiaram ao legislador os perigos de desvirtuações propícias à impunidade.

Seja como fôr, se a tolerância pudesse acolher a predominância, teria de repelir a exclusividade de um objetivismo infenso ao programa do Código.

O juiz, colhendo, policialmente, as pegadas da continuação, não teria outro remédio, ao filiá-las e enfeixá-las, senão recorrer à unidade posta por um homem, em sua trajetória. E indagaria, exatamente, da subjetividade coerente e homogênea de que é reflexo.

Confio em que a influência da elaboração doutrinária anterior concorra, pelo menos, para murar as fronteiras da continuação e evitar o seu rastro.

A última palavra da doutrina na Alemanha não é o objetivismo puro, mas a que considera o delito continuado simples variação do *Tatmehrheit*, desconhecendo àquele qualquer razão de existência como construção jurídica particular (DILLER). O conceito do crime continuado desapareceria da praxe jurídica quando os conceitos de *Tateinheit* e de *Tatmehrheit*, como tipos de formas do fato, se libertassem das pré-noções do Código alemão vigente.

A verdadeira doutrina germânica é a que levou MITTERMAYER a afirmar que a continuação pressupõe pluralidade de atos cometidos em tempo diverso, mas através de especial determinação da vontade que está no fundo deles, formando um todo jurídico, é a que conduziu BERNER, como o referido MITTERMAYER, a ponderar, austeramente, na unidade de pro-

⁵⁰⁷ *Direito Penal*, cit., 2.º vol., pág. 218.

pósito. Não é a que inspirou a um BELING a simplicidade de considerar *Truggeister* tôdas as indagações sôbre o elemento subjetivo.⁵⁰⁸ A continuação não é vínculo posterior ou adventício, tendo caráter intrínseco e, por isso, o agente se apresenta socialmente menos perigoso e juridicamente menos culpado.

A natureza do crime continuado é apreendida diferentemente pelos doutrinadores. Daí as teorias da unidade real, da ficção jurídica e mista.

Alguns juristas sustentam que a multiplicidade de violações jurídicas forma uma unidade real, um ato único na sua essência (IMPALLOMENI, ALIMENA, PESSINA, MASUCCI, ZAMMELLI, FLORIAN, MITTERMAYER, BERNER, SCHULTZE, HAUS, GARRAUD). Segundo outros, ao contrário, o crime continuado constitui unidade jurídica para todos os efeitos, apresentando simples aparência de unidade, razão por que tal teoria foi chamada de unidade fictícia ou ficção jurídica (CARRARA, MANZINI, CRIVELLARI, PAOLI, ROCCO, JANNITTI-PIROMALLO, SALTIELLI e DI FALCO, DEL GIUDICE, MAGGIORE, ALTAVILLA).

Há, ainda, a teoria mista (SABATINI, MANFREDINI, DELITALA, MASSARI).⁵⁰⁹

Abona a teoria da unidade real a consideração de que cada um dos fatos, isoladamente, é um crime perfeito, constituindo, porém, a manifestação parcial da intenção.

Esta funde os crimes distintos numa só consciência dirigida para a realização do mesmo propósito, da mesma determinação fundamental da vontade. As determinações especiais, que acompanham cada momento de atuação, estão

⁵⁰⁸ *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pág. 369. Vejam-se pormenores sôbre a concepção alemã do crime continuado: MEZGER, ob. cit., págs. 317 e segs., e PISAPIA, *Reato Continuato*, Nápoles, 1938, págs. 244 e segs.

⁵⁰⁹ MASSARI, a princípio adepto da teoria da ficção jurídica, evoluiu para a posição intermediária, como se verifica em *Le Dottrine Generali del Diritto Penale*, cit.

unificadas pelo ato volitivo que as gerou. Daí a tradicional distinção entre unidade de resolução e identidade de intenção.

Os atos sucessivos obedecem a seqüência natural, formando um todo. Portanto, pela teoria da unidade real, os diversos crimes em continuação são momentos ou atos de uma só ação ou omissão que a todos compreende. A unificação jurídica corresponderia à do fato único e indivisível.

Os partidários da teoria da simulação ou ficção jurídica entendem que a unidade não é substancial, mas parcial e aparente. Se, no crime continuado, há unidade, esta provém da vontade do legislador e não da realidade.

CARRARA, principal criador da teoria da *fictio juris*, prejudicou sua elaboração pela intenção sentimental.

MANZINI, superou-o, fixando o âmbito da aplicação do instituto e limitando-o às sanções.

Se o legislador não tivesse considerado único o crime, teríamos um concurso material de penas.

A teoria da ficção jurídica resultaria de transação entre a coerência lógica, a utilidade e a eqüidade (MANZINI).

Para os adeptos de CARRARA, o propósito criminoso se afigura elemento psicológico muito genérico, muito remoto, além dos limites da vontade, para ter a força de unificar, na sua essência, uma pluralidade de crimes. O *dolo* seria elemento volitivo e não intelectual, como o propósito. O legislador o erigiu em denominador comum de uma multiplicidade de crimes para temperar as sanções.

Segundo a teoria mista, na continuação não há unidade nem pluralidade de crimes, mas um terceiro gênero especial e característico.

A unidade real seria contra-senso repellido pela realidade das coisas. Por outro lado, não só a noção do crime continuado, como a de todo e qualquer crime, proviria da vontade do legislador e, nesse sentido, constituiria ficção jurídica. De qualquer forma, não existiriam distinções entre entidades reais e entidades fictícias.

A teoria mista é uma transação hábil com sacrifício da verdade. Justamente porque há vários crimes, não se pode

dizer que, na realidade, haja caracteres próprios no conjunto. Que caracteres são estes? MASSARI não tem razão, porque, no chamado crime progressivo, como no complexo, falta vida própria às partes. DELITALA mostra-se incoerente, pois é o primeiro a reconhecer a multiplicidade de crimes e a derogação das normas sobre concurso material para evitar o exagêro das penas.

Sua opinião produziria efeito contrário

Inclino-me pela teoria da unidade real, embora reconheça o predomínio da ficção jurídica, que resulta das fontes históricas do instituto. Não é o legislador quem empresta essa unidade à continuação. Esta é que lhe impõe, pela evidência, o reconhecimento de que corresponde a uma verdadeira realidade psicológica e humana.⁵¹⁰

O juiz, e não a lei, encara o crime continuado *a posteriori* e a distância, divisando, não por ilusão de óptica, mas *realmente*, um caminho percorrido pelo criminoso na perseguição do mesmo fim e animado da mesma resolução, que se determina por estações. A estrada palmilhada é, de fato, única, sem atalhos ou curvas. Os partidários da teoria da ficção jurídica, incapaz de totalizar a visão panorâmica, descansam os olhos em cada estação atravessada pelo criminoso, considerando, isoladamente, as suas paradas. Por isso, atribuem paradoxalmente, ao crime continuado, uma descontinuidade efetiva, imaginando ver, quando estão vendo, uma continuidade, não obstante os estacionamentos parciais. De qualquer forma, por êsse critério, toda realidade material, mesmo instantânea, comporta divisões e subdivisões.

Trata-se de uma obra escrita em capítulos.

O crime continuado não apresenta título especial, agravante,⁵¹¹ nem, muito menos, atenuante, mas concurso especial de crimes.

⁵¹⁰ MANFREDINI, *Scuola Positiva*, 1933, I, pág. 208.

⁵¹¹ Consideram a continuação como agravante: Códigos sueco e uruguaio e projeto de São Marinho (1934).

FRANCK, que é objetivista, define a continuação como a atividade plural e igual coligada pela unidade do dolo e o aproveitamento da mesma ocasião ou da mesma relação permanente dirigida contra o mesmo interesse.⁵¹²

O Código italiano situa o instituto, no concurso de crimes,⁵¹³ como parágrafo do art. 51. O Código italiano, como vimos, inclui-o no mesmo artigo em que cuida do concurso formal, aliás penalmente equiparado ao concurso material. O nosso acentua ainda a sua diretriz, ao abranger, na regra do art. 52, os três desdobramentos do concurso de crimes, sob a rubrica “Aplicação da multa ou das penas acessórias no concurso de crimes”.

Um único elemento é privativo da continuação — a homogeneidade dos crimes.

Pela doutrina objetiva alemã (VON HIPPEL, MEYER, ALFELD, MEZGER), em relação aos bens jurídicos pessoais (*Höchstpersönlichen*), só há continuação se é a mesma a pessoa ofendida. Proclama-se mesmo que, a rigor, não existem crimes continuados, mas bens que só podem ser violados de modo descontínuo.⁵¹⁴

A permanência é conciliável com o crime continuado. Ter-se-á crime de seqüestro continuado, por exemplo, no caso em que se priva alguém de liberdade, quando a vítima, tendo escapado, é novamente seqüestrada, em condições semelhantes (art. 148).

Mas, o crime permanente distingue-se do crime continuado; naquele, a lesão jurídica prolonga-se além do momento consumativo.

⁵¹² Vide LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Nápoles, 1933, pág. 242.

⁵¹³ Lê-se na *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS: “Nos arts. 51 e 52 é regulado o concurso de crimes, inclusive o crime continuado” (*Revista Forense*, 1941, fevereiro, pág. 453).

⁵¹⁴ Ver PILLITU, *Il reato continuato*, Pádua, 1936.

Costuma-se simbolizar o crime instantâneo por meio de um ponto, o continuado por meio de reticências, e o crime permanente por meio de um travessão.

Referindo-se a “mais de uma ação ou omissão”, o Código tornou expressa a compatibilidade da continuação com os crimes omissivos.

Por outro lado, afastou dúvidas, como as que levaram LUCCHINI a sustentar, contra BERNER, IMPALLOMENI, MAJNO, o requisito da unicidade do sujeito passivo em cada caso, colocando-se ALIMENA, MANZINI, CRIVELLARI, CASTORI em posição intermediária.⁵¹⁵

Na doutrina, mesmo entre os subjetivistas, admitia-se a continuação culposa (IMPALLOMENI, LETO, ALIMENA, sendo que este a julgava difícil). Apesar de constar do Código italiano o requisito da unidade de desígnio, LEVI é da mesma opinião.⁵¹⁶ MANZINI a adota, se ignorado o primeiro fato pelo réu.

Para LISZT, também, o réu pode não se aperceber do evento produzido e, por isto, perseverar na ação ou omissão.

São clássicos os exemplos do cozinheiro que emprega, em diversas vezes, o mesmo utensílio em condições de produzir o envenenamento de diversas pessoas, e do automobilista que, durante a noite, correndo com excessiva velocidade, se choca, sem perceber, contra uma pessoa, e, mais adiante, contra outra.

A teoria objetiva, adotada pelo Código, implica a continuação nos crimes culposos, chegando BELING a admiti-la no concurso entre crimes culposos e crimes dolosos.⁵¹⁷

Da *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS consta o exemplo do motorista que, com o seu veículo em excessiva velocidade, atropela um transeunte e, prosseguindo na carreira desenfreada, atropela outro.⁵¹⁸ Não se registra aí,

⁵¹⁵ RENDE, *Reato continuato e pluralità di soggetti passivi*, *Riv. it. di Dir. pen.*, 1932, pág. 57.

⁵¹⁶ CONTI *Il Codice*, etc., cit., pág. 294.

⁵¹⁷ Vide PISAPIA, *Reato continuato*, Nápoles, 1938, pág. 248.

⁵¹⁸ *Revista Forense*, 1941, fevereiro, pág. 454.

certamente, pelo objetivismo, a que se sujeitou o instituto, a circunstância de não se ter apercebido o agente do primeiro evento.

O crime tentado convive com a continuação, pois a não-consumação do crime (o agente vem roubando um banco e, um dia, é surpreendido) não suprime, a semelhança das condições objetivas. Mas a opinião subjetivista predominante, embora proclamando a possibilidade de ser o crime continuado integrado por diversas tentativas, não o estendeu ao caso de um crime consumado e de uma tentativa. É que a consumação objetiva, própria do crime consumado, não encerra a repetição da consumação subjetiva, própria da tentativa (CARRARA).

Não interessa ao novo direito a polêmica sobre se, na continuação, há unidade ou pluralidade de crimes. O § 2.º do art. 51 alude a “dois ou mais crimes”.

Pela Consolidação das Leis Penais, a homogeneidade objetiva das ações se caracterizava pela idêntica natureza dos crimes (art. 66, § 2.º), considerando-se como tal a violação do mesmo artigo (art. 40).

Por isso mesmo, impunha-se “a pena de um só dos crimes”, pressuposta, portanto, a identidade das cominações. Mas o art. 51, § 2.º, do Código de 1940, prevê a incidência em penas idênticas ou diversas. Se os crimes ligados pelo vínculo da continuação fôsem sempre previstos no mesmo dispositivo legal, necessariamente corresponderiam à mesma pena e não haveria razão para cogitar-se de penas diversas. Explica-se, assim, que, no art. 51, o legislador se refira a crimes *idênticos* e no seu § 2.º a crime da mesma espécie ou natureza (*vide* art. 46, § 2.º).

Pelo menos em certos casos, reingressará, na conceituação do crime continuado, animando-a e enriquecendo-a, através dos motivos determinantes, a substância subjetiva.

A certeza de que os crimes ligados pelo vínculo de continuação obedecem a designios autônomos não implica a trasladação da hipótese para o domínio de concurso material, como ocorre em relação ao concurso formal. Mas, para

não converter a exceção (crime continuado) em regra (crime único — concurso material), o art. 51, § 2.º, supõe inconfundível a imagem material da continuação (*devem* ser havidos).

Quando entender o juiz que não deve considerar as condições sob a excepcional conexão, aplica-se a norma sobre o concurso material. É o que acontecerá, ordinariamente, quando apurar a autonomia dos desígnios nos crimes objetivamente associados.

Assim se atenderá ao justo propósito do legislador de dispensar ao crime continuado tratamento mais severo do que o reservado ao concurso formal. Aquêles só se distingue dêste por elementos reveladores de maior periculosidade, sobretudo em face da sensibilidade pública — a pluralidade de ações ou omissões e a sua especialidade (art. 46). Por isso mesmo, o aumento de pena para o crime continuado pode ir até dois terços.

Não existe incompatibilidade entre a associação, bando ou quadrilha de malfeitores (art. 78, V), e a continuação dos crimes cometidos por seus associados.

Na legislação anterior eram indiferentes as condições de tempo e lugar. No Código, tais condições são enumeradas em primeiro lugar, não para cobrar rigorosa unidade — a de tempo seria de impossível configuração — mas para recompor o bloco da continuação.

O instituto está ligado ao arbítrio judicial. Só o juiz pode identificá-lo, apurando a coexistência e a subsistência, em cada um dos crimes unificados, dos extremos físicos ou psíquicos das infrações.

Jogando com o aparelho e o mecanismo das penalidades, partindo do pressuposto técnico e humano de que não atribuirá à lei critérios absurdos, com a aplicação de penas desproporcionadas, impróprias, contraproducentes em relação à quantidade e à qualidade das infrações, o juiz, mais corajoso do que prudente, mais lúcido do que rigoroso, interpretará, especificamente, a norma.

A tendência subjetivista do direito penal não permite ligar o crime, exclusivamente, à materialidade.

Para acompanhá-la, em atenção à teoria do Código, não conseguirá dispensar o roteiro subjetivo.

Históricamente, a continuação proveio de propósito generoso. Hoje, no entanto, deve-se atender, ainda, à finalidade da pena, que a defesa social quer justaposta a cada revelação de temibilidade. Se o instituto não tivesse evoluído, figuraria entre as medidas de política criminal. Orienta-se, pois, o juiz pela necessidade de obter a readaptação oportuna, proveitosa e equilibrada.

No Brasil, o problema é importantíssimo, porque as prisões estão cheias de criminosos, felizmente bisonhos e sem o aparelhamento das grandes organizações, e que recorrem a essas empreitadas por tarefas para tornar mais fácil a execução e burlar a vigilância.

Das falsas impressões dos magistrados decorre, muitas vezes, a apenação dos crimes contra a propriedade de forma mais grave do que a dos crimes contra a vida, esgotando-se, perdulâriamente, os recursos heróicos.

Se, em consequência da aplicação da regra do art. 51, § 2.º, resulta prejuízo, o juiz considerará, isoladamente, os crimes.⁵¹⁹

As questões mais freqüentes são de fato e não de direito. A aplicação da pena obedece ao mesmo processo do concurso formal.^{519-a}

⁵¹⁹ A continuação não pode nunca importar pena maior do que a resultante da soma das penas correspondentes a todos os fatos (CARRARA, *Programa*, § 528, cit., pág. 447).

^{519 a} "O delito é continuado, quando o agente comete ou executa sua resolução criminosa por partes, já pela impossibilidade de "praticá-la de uma só vez, já pela conveniência de assim proceder" (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-4-45).

"O Código em vigor não concedeu ao julgador maior elastério na "apreciação da unidade do chamado *delito continuado*. O legislador "não teve o propósito de alargar de tal forma o conceito de delito "continuado, a ponto de absorver nêle a habitualidade criminal.

73. O êrro de fato (*error in objecto*) pode ser essencial ou acidental; o primeiro recai sôbre os elementos constitutivos do crime, de modo que, se o agente houvesse conhe-

"Delito continuado continua sendo aquêle produzido por um plano único, ideado *in concreto* e desenvolvido por etapas. Não foi propriamente abolido o elemento subjetivo, o que seria um verdadeiro *nonsense*, dado que *continuação* implica unidade de desígnio. O que se alterou foi a maneira de pesquisar essa unidade de resolução: ela deve ser procurada nos elementos objetivos do caso. A análise dos fatos, mostrando que os diferentes atos se ligam entre si, colimando uma só finalidade bem determinada, revela indiretamente a existência do elemento moral da unidade do delito. A resolução, fenômeno subjetivo insuscetível de observação direta, só vale quando exteriorizada em fatos de significação inequívoca. É bem de ver que a resolução *in genere* de perpetrar muitos delitos da mesma espécie não imprime, nessas condições, unidade aos fatos criminosos, não caracteriza o crime continuado. De uma certa maneira, pode-se mesmo afirmar que o novo Código foi até mais rigoroso ao traçar o quadro de delito continuado. Exige uma unidade de ação sensível objetivamente, e permite maior imposição de pena, com a agraviação da pena maior de um sexto a dois terços" (maioria, Tribunal de Apelação de São Paulo, 27-4-43).

"Para que se verifique a figura jurídica do delito continuado, exige-se, além da unidade de resolução criminosa, que todos os delitos sejam da mesma natureza, isto é, que infrinjam o mesmo artigo da lei penal" (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 9-9-42).

Consideram-se continuados dois crimes praticados seguidamente, na mesma noite, e quase no mesmo lugar, uma vez que as vítimas eram vizinhos" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 3-11-43).

"Se a subtração de arame de cercas se realizou em uma mesma ocasião, no mesmo local, trata-se de crime continuado, embora pertençam as cercas a pessoas diferentes, circunstância talvez ignorada pelo réu" (maioria, 2.^a Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 20-1-44).

"Não se verifica crime continuado se os delitos, embora da mesma natureza, são diversos, cada um com o seu lugar, tempo, vítima e condição peculiares" (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 9-9-43).

Se o Código deixou à margem o elemento subjetivo de univocidade intencional para a caracterização do crime continuado, não

cido a realidade, não teria cometido o fato; o segundo liga-se somente às circunstâncias acessórias, sem as quais o crime subsistiria, embora modificado, deixando íntegras, no agente, a intenção e a crença de delinquir.

O erro de fato essencial (art. 17), como o erro de fato acidental, é vencível ou relativo e invencível ou absoluto, segundo possa ou não ser atribuído à negligência do agente ou ser evitado pelo uso da diligência humana média.

O erro de fato essencial vencível ou relativo é disciplinado no art. 17, § 1.º.

“é menos certo que hoje o critério da objetividade vem nitidamente “expresso” (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 15-4-43).

“Definem-se os crimes continuados pela pluralidade de ações sucessivas, perfeitas e acabadas, infringentes tôdas do mesmo preceito penal, praticadas em momentos diferentes, mas subordinadas “a idêntica resolução delituosa contra a mesma ou diversa pessoa” (Supremo Tribunal Federal, 30-1-44).

“Não basta a continuidade de tempo para o crime continuado. A habitualidade é elemento a ser apreciado” (Supremo Tribunal Federal, 19-4-44).

“Não há crime continuado, mas reiteração de crimes ou concurso “real de delitos homogêneos, pois *perseverantia sceleris* do criminoso “habitual ou profissional, ou o seu dolo genérico, não se confunde “com aquêle mesmo desígnio ou resolução criminosa que preside ao “crime continuado. Embora muitos, e separados no tempo, os fatos “criminosos, há entre êles um único nexô moral, a subordinação a “um plano. Não basta a continuidade no tempo para caracterizar a “mesma resolução” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-11-43).

“Não são crimes da mesma espécie e, portanto, não podem entrar “na formação do crime continuado o furto e a apropriação indébita. “Não cabe dúvida quanto a não poderem ser havidos como da “mesma espécie crimes básicos diferentes ou modalidades de um e “outro desses crimes. Assim o furto e o estelionato” (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 2-5-44).

“Tratando-se de crime continuado, não é justo que se reúna o “total do furto para agravar a situação do apelante. A instituição do crime continuado é para beneficiar, e não agravar, o agente. “O total é de Cr\$ 650,00, sendo, aliás, excessiva. As coisas são de

O erro de fato accidental implica discordância entre o objeto representativo da vontade dilituosa e o objeto real da ação executada.

Entre as principais modalidades do erro de fato accidental figura a *aberratio ictus* (arts. 53 e 54), que como a *aberratio delicti*, não isenta de pena e abre exceção sobre a consideração das condições ou qualidades da vítima da aberração. Mas, a *aberratio ictus* exerce influência na qualidade e na quantidade da pena e na caracterização do elemento subjetivo do crime.

A *aberratio ictus* pode importar *error in persona* (artigo 53), isto é, *aberratio a persona in personam* ou em objetos jurídicos de *espécies diversas* (art. 54).

“pequeno valor” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19-10-44).

“A aplicação retroativa do art. 51, § 2.^o, está em função da aplicação também retroativa dos dispositivos que conceituam e apenam os delitos a unificar. Fazê-lo isoladamente é contrário à índole do sistema penal” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-7-42).

Se o crime é continuado em ações criminosas praticadas ao tempo de leis diversas, deve ser aplicada a última, isto é, a vigente por ocasião dos últimos atos, visto que esta lei é a vigente ao tempo da consumação do delito” (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 23-9-43).

“Trata-se de crime continuado, deduzido o conceito da ação continuada dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade — furto por três vezes de animais ovinos, subtraídos do mesmo lesado, do mesmo lugar e da mesma maneira” (1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28-9-43).

“Os tribunais não podem, sob pena de falsear os intuitos salutaros do legislador, malbaratar e amplificar o conceito do crime “continuado” (Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 12-7-44).

“O art. 51, § 2.^o, do Código Penal alterou profundamente o conceito do crime continuado. O Código — como está, aliás, explicado na *Exposição de motivos* do ministro referendário — adotou, na conceituação do crime continuado, a teoria objetiva, que deduz o conceito de ação continuada dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade, dispensada a unidade de resolução, a que se

No caso do art. 53, não se toma uma pessoa por outra (art. 17, § 3.º).

São acidentes ou erros na execução, por exemplo, o movimento da vítima, o desvio de golpe, a deformidade do instrumento, o engano do local.

O Código resolveu o problema típico da *aberratio ictus* (art. 53), optando pelo critério que nela encontra um só crime doloso, no qual se absorvem a tentativa contra a pessoa visada e a tentativa ou o crime consumado contra a pessoa

“referia o art. 66, § 2.º, da Consolidação das Leis Penais” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 2-7-42).

“O novo Código pôs de parte o requisito da unidade de resolução” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-7-42).

“Pode o crime continuado ser praticado por mais de um indivíduo, mas é essencial, para que se configure, a ocorrência de dois ou mais crimes da mesma espécie. Não basta a pluralidade de atos materiais da mesma ação criminosa. É necessário que haja pluralidade de delitos, ações criminosas convergentes para o mesmo fim” (Supremo Tribunal Federal, 9-6-48, *Revista Forense*, vol. 119, pág. 525).

“Embora se trate de crimes da mesma espécie, não se verifica a continuação, mas o concurso material de delitos, se forem diversos os sujeitos passivos. Para a configuração do crime continuado não basta a unidade da lesão jurídica, sendo indispensável a unidade do sujeito passivo” (unânime, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 30-9-47, *Revista Forense*, vol. 116, pág. 255).

“Se o segundo delito não é a continuação do primeiro, não há crime continuado. Devem ser julgados cada qual pelo juiz competente, dada a sua autonomia” (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 24-7-47, *Revista Forense*, vol. 116, pág. 230).

“As características de um crime continuado são perfeitamente possíveis em delitos contra a pessoa, independentemente da condição da unidade do sujeito passivo” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 26-10-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 83).

Unificação de pena. “O Código Penal adotou a teoria objetiva na caracterização do delito continuado” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 27-4-49, *Diário da Justiça* de 28-9-49, pág. 3.086).

“Tendo havido empate na votação, deixa-se de tomar conhecimento do pedido de unificação de penas, por ser solução mais favorável ao peticionário, uma vez que lhe ensejará a renovação do

atingida, quando não é, também, atingida a pessoa visada. Se o é, passa a existir concurso formal de crimes dolosos.

O art. 53 trata de ofensa a pessoa diversa daquela que o agente pretendia ofender, por acidente ou erro no uso dos meios de execução e só por esta causa. Nesse caso, responde-se pelo crime como se praticado contra a pessoa visada,

“pedido em primeira instância, com direito a recurso” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 23-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 173, pág. 109).

“Não havendo conexão entre os crimes contra a propriedade, praticados em dias diferentes, lugares diversos e contra várias pessoas, não há unificação do processo que torne incompetente qualquer dos juizes, a que vários processos foram submetidos” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 8-4-48, *Diário da Justiça* de 31-7-48, pág. 1.935).

“Há crime continuado, quando, mediante unidade de resolução, os demais crimes são da mesma espécie e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outros semelhantes, os subseqüentes devem ser havidos, como continuação do primeiro” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2-9-47, *Revista Forense*, vol. 115, pág. 595).

“Se os pacientes estavam praticando uma contravenção continuada quando sobreveio o dec.-lei n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946, e continuaram a fornecer mercadoria fora da tabela, passaram a praticar um delito continuado, não havendo motivo para se insurgirem contra a classificação da infração” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 22-8-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 182, pág. 566).

“Os crimes de falsificação de papel-moeda e a sua introdução na circulação são delitos autônomos. Praticados, porém, pela mesma pessoa, integram um delito continuado, nos termos do art. 51, § 2.º, do Código Penal” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça de São Paulo, 28-8-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 170, pág. 512).

“A unidade de processo somente se justifica quando os contraventores presos no mesmo local atuam em concurso mútuo e não quando, embora praticando contravenção da mesma natureza, dela participam de modo autônomo. Confirmação da sentença condenatória” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 11-4-49, *Diário da Justiça* de 8-9-49, pág. 2.707).

“Admite-se a possibilidade de crime continuado contra a pessoa, independentemente da condição de unidade do sujeito passivo” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 176, pág. 488).

“Quando a pena resulta de cúmulo material, pelo concurso de crimes, a prescrição é autônoma para cada um” (Conselho de Jus-

considerando-se as condições ou qualidades desta (art. 17, § 3.º, 2.ª parte).

Se, no entanto, fôr também atingida a pessoa visada, verifica-se concurso formal (art. 51, § 1.º), subsistindo, para todos os efeitos, nomeadamente a apuração da pena mais grave, aquelas condições ou qualidades.

O art. 54 cuida de outras hipótese — a do evento diverso do pretendido, não sòmente por acidentes ou êrro no *uso dos meios* de execução (art. 53) e sim por outra causa, também. O agente será punido a título de culpa, se o fato é previsto sob essa modalidade subjetiva (art. 15, parág. único). Se ocorre, também, o resultado pretendido, caracteriza-se o concurso formal.

Há sempre unidade de ação ou omissão.

tiça, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 6-2-48, *Revista Forense*, vol. 119, pág. 540).

“A prática de mais de uma ação delituosa, dando causa, pelo mesmo motivo, a mais de um crime da mesma natureza, não pode deixar de ser considerada como crime continuado, se as condições de tempo, lugar, maneira de execução e até mesmo unidade de resolução autorizam a considerar-se o segundo delito continuação do “primeiro” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4-11-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 171, pág. 455).

“Não basta, para configurar o delito continuado, que duas infrações se sucedam interrompidamente. É preciso que as infrações “subseqüentes sejam havidas como continuação da primeira” (Supremo Tribunal Federal, 21-9-49, *Revista Forense*, vol. 131, pág. 234).

“Prevalece, na conceituação do crime continuado, a teoria objetiva, pela qual não se indaga do designio criminoso, critério difficilmente apurável, mas procuram-se os elementos constitutivos exteriores da homogeneidade dos fatos considerados” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 25-6-49, *Revista Forense*, vol. 129, pág. 240).

“É perfeitamente admissível, face ao novo Código Penal, a configuração do crime continuado de peculato. A lei anterior, agravando a pena de acôrdo com o prejuízo, imprimia-lhe um caráter “unitário. Esse entendimento não mais prevalece, pois o novo estatuto penal faz abstração do valor da subtração ou da coisa “apropriada” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 17-2-50, *Rev. dos Tribunais*, vol. 185, pág. 658).

É o acidente ou o erro que determina a força causal do evento jurídico não-pretendido. O art. 53 cogita de ofensa que atinge pessoa diversa daquela a quem era dirigida ou a ambas.

O art. 54 ocupa-se, não do evento querido, mas exorbitante ou desviado, e sim de evento diverso, de outro evento que não o querido.⁵²⁰

Na 2.^a parte do art. 53, dada a unidade da atividade criminosa, há concurso formal de crimes dolosos; na 2.^a parte do art. 54 há concurso formal de crime doloso e, conforme a espécie, crime ou crimes culposos. Na 1.^a parte do art. 54, há um só crime culposos, se contemplada a modalidade.

A palavra *ofensa* denota uma lesão jurídica que se pode verificar a respeito de qualquer crime.

A palavra *resultado* compreende tanto a lesão quanto o perigo de lesão, dano efetivo ou potencial e, por isso, também, a tentativa.⁵²¹

O Código identifica na *aberratio* um só crime doloso, caracterize-se ou não a tentativa contra a pessoa visada.

Se esta fôr, também, atingida, há concurso formal, vale dizer, pune-se o crime mais grave, com aumento especial.

Na aplicação do Código de 1890, se não caracterizada a tentativa, a jurisprudência dominante desprezava a ação contra a pessoa visada e somente punia o resultado aberrante, mas a título de culpa.

Vejamos dois exemplos de homicídio simples, com as penas do Código de 1890. A, visando B, mata C: pena — dois meses a dois anos (homicídio culposos). A, visando B, mata B e C: pena — seis a 24 anos e mais dois meses a dois anos.

⁵²⁰ A Exposição do ministro FRANCISCO CAMPOS esclarece: "Tal é o caso figurado por MAGGIORE de quem, querendo quebrar a janela alheia com uma pedrada, fere um transeunte, ou *vice versa*" (*Revista Forense*, 1941, fevereiro, pág. 454).

⁵²¹ Exposição de motivos, FRANCISCO CAMPOS, *idem*, pág. 446.

No Código de 1940: no primeiro caso — pena: 6 a 20 anos; no segundo — pena: 6 a 20 anos, com aumento de um sexto até metade.

Combate-se, assim, a fortuna que fêz, entre nós, o alvítre de HAUS, a expensas da defesa social.

Sempre sustentei a opinião adotada pelo Código, combatendo a solução que CARRARA considerou engenhosa e MANZINI artificiosa: considerar-se culposo o crime resultante da aberração.⁵²²

A objetividade está sujeita à subjetividade que animou o ato na sua trajetória — o dolo, o qual não admitia divisibilidade, através de fórmula mista, de que não cogitara o legislador da primeira República e que, como exceção, devia ser inconfundivelmente expressa.

Seria separar, artificialmente, a ação criminosa, que resultou do mesmo movimento celerado, do mesmo *nisus voluntatis*, a intenção inicial, íntegra, una e subsistente. Pelo Código de 1890, era mesmo da essência da culpa e da casualidade a prática do ato lícito. Chegava-se ao absurdo de, na ausência de previsibilidade, absolver o criminoso.

BATISTA PEREIRA deixara bem claro que acolhera a doutrina de VON LISZT, KOSTLIN, WATCKER, PESSINA, GARRAUD, segundo a qual, na *aberratio ictus*, só há um fato doloso.

O Ministério Público demonstrou, inútilmente, que quem atira intencionalmente em alguém traz no seu ato o elemento que o qualifica como doloso, embora o dano vise outrem que não o atingido. A lei protege genericamente todos os cidadãos e não somente aqueles que o criminoso visa ferir. O essencial é que ninguém sofra dano, causado em virtude de deliberação criminosa. Tanto faz que o agente queira ferir a este ou a outrem. Mas, se é capaz de exorbitar pela insegurança da execução, apresenta muito maior temibilidade do que quem resolve e executa na medida do que se propôs.

A lei tutela a vida, e não a vida de A ou de B.

⁵²² *Direito Penal*, cit., 2.º vol., pág. 443.

A ação pública não se interessa pelo enderêço da ofensa, salvo para qualificar, agravar ou atenuar.

74. O art. 52, como vimos, exclui a absorção da multa e das penas acessórias. Estas são aplicadas, distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes.⁵²⁸

Pelo art. 55, as penas privativas de liberdade, em caso algum, poderão exceder de 30 anos. Assim, também, pelo art. 66, § 4.º, do Código de 1890.

É inovação, no entanto, o máximo genérico das multas: Cr\$ 100.000,00.

O art. 56 manda observar os arts. 51, 52 e 53, no concurso entre crime e contravenção.

74-A. As regras sobre o concurso de crimes são aplicáveis às contravenções (art. 10 do Código Penal e art. 1.º da Lei das Contravenções Penais) e ao concurso entre crime e contravenção (art. 56 do Código Penal).

O crime não absorve a contravenção conexa "*quando la contravvenzione non sia considerata elemento costitutivo o circostanza agravante del delitto*" (VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1933, 1.º vol., página 531). Mas, "*se la contravvenzione, consistente nell'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o disciplini, è, come di solito, elemento costitutivo del delitto colposo, la contravvenzione rimane assorbita in questo, come, ad es., nel caso di chi, per inosservanza delle prescrizioni dell'Autorità crice l'incolumità pubblica, dia causa ad un disastro*" (*id.*, *id.*). Exemplos de MANZINI: de concurso material de crime doloso e contravenção — porte de arma e homicídio; de crime culposo e contravenção — alguém, depois de colocar um vaso na janela, bate imprudentemente nêle (fato distinto do primeiro), fazendo-o cair e ofender um transeunte.

⁵²⁸ Ver art. 75 do Código italiano; art. 68 do Código suíço; art. 34 do Código polonês; art. 109 do Código peruano.

Vide os arts. 19 e 37, parág. único, da Lei das Contravenções Penais.

Em nossa doutrina: JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, Rio, 1944, págs. 231-232. Apóia-se em MANZINI, IMPALLOMENI e CHAUVEAU ET HÉLIE no combate ao sistema de absorção.

O art. 56 do Código Penal manda observar, no concurso de crime e contravenção, o disposto nos arts. 51, 52 e 53, executando-se por último a pena cominada à contravenção, quando aplicadas cumulativamente penas privativas de liberdade. As penas não privativas de liberdade são aplicadas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes (art. 52 do Código Penal).

O art. 84 do Código Penal dispõe, sob a rubrica “Pessoa julgada por vários fatos”: “Se aplicada mais de uma medida de segurança da mesma espécie, somente uma se executa. § 1.º. Se de espécies diferentes, o juiz deve impor uma ou mais dentre elas, tendo em conta o grau de periculosidade do indivíduo, sem excluir, todavia, a medida detentiva aplicável em caso de periculosidade presumida. § 2.º. Observam-se as mesmas regras com referência às medidas de segurança impostas em Juízos ou processos diferentes, ainda que iniciada a execução de uma delas”.

Na sede da execução, a pena de prisão simples, imposta cumulativamente com outra pena privativa de liberdade, é a última a ser cumprida. O art. 681 do Código de Processo Penal prescreve: “Se impostas cumulativamente penas privativas da liberdade, será executada, primeiro, a de reclusão, depois a de detenção e por último a de prisão simples”.^{523-a}

^{523 a} Assim se tem orientado a jurisprudência:

“A contravenção só não constitui infração autônoma quando é “elementar do crime; circunstância elementar é aquela sem a qual “o crime não seria cometido. Não está certa a sentença. A contravenção só não constitui infração autônoma quando é elemento “do crime; circunstância elementar é aquela sem a qual o crime

“ não seria cometido. Ora, na espécie, os apelados dispararam arma de fogo em lugar habitado e, em seguida, com outro instrumento, produziram na vítima lesões corporais leves. É impossível afirmar, portanto, que os disparos constituem elemento do crime de lesões corporais. Isso é o mesmo que dizer que um motorista não-habilitado, estando a dirigir um veículo, desentenda-se com um passageiro ou com um pedestre e o agrida, e que não está ele sujeito a duas penas: uma pela contravenção e outra pelo crime doloso. É bem de ver que a contravenção de estar dirigindo sem habilitação legal nada tem com o crime. Há um exemplo mais frisante, pôsto que muito raro: um motorista não-habilitado legalmente, dirigindo um automóvel, dolosamente atropela um pedestre; está ele sujeito a duas penas, a serem aplicadas cumulativamente, porque a falta de habilitação não constitui elemento do crime doloso; mas se o atropelamento é culposo, se a culpa decorre da imperícia, é certo que a contravenção está integrada no crime: foi por não estar o motorista habilitado que o atropelamento se deu. Todavia, se as provas mostrarem que o fato foi casual, desaparecendo o crime culposo, deve o agente ser condenado pela contravenção que, então, subsiste, absorvida que não foi pelo crime” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça de São Paulo, 25-5-50).

No mesmo sentido:

“Inexistência do *concurso realis* da contravenção do art. 32 e do crime culposo do art. 129, § 6.^o. As contravenções são infrações que se caracterizam pelo perigo a que expõem os demais cidadãos. Se êsse perigo se concretiza, se se traduz em lesões corporais ou morte, não há mais falar em contravenção. Um dos pontos visados pelo Dr. promotor é o *concurso realis* da contravenção do art. 32 e do crime culposo (art. 129, § 6.^o). Segundo o nosso entendimento há um profundo equívoco na defesa dêsse concurso. Como já salientou o preclaro Des. VICENTE DE AZEVEDO, em acórdão de que foi douto relator, “é noção elementar do direito penal que as contravenções são infrações que se caracterizam pelo perigo a que expõem os demais cidadãos. Se êste perigo se concretiza, se se traduz em lesões corporais ou morte, não há mais falar em contravenção” (*Rev. dos Tribunais*, vol. 17, pág. 66). Vale apontar ainda... a contravenção do art. 34, que é mais exatamente a infração onde entrou a preocupação legal do perigo colocado como centro da argumentação contida nas razões de fls. ... Entretanto, mesmo nesta hipótese, ocorrendo o delito maior (homicídio ou lesão culposa), a contravenção é absorvida. É a aplicação da regra chamada da *consumação*. Vide BENTO DE FARIA, *Das Contravenções*

“*Penais*, pág. 132” (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23-6-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 189, pág. 608).

“Constitui concurso material de infrações o caso de indivíduo que é surpreendido e preso quando, depois de penetrar na *privada* de um botequim, oculta-se em cima de uma caixa d’água, ali permanecendo depois de fechado o estabelecimento, tendo sido encontrado em seu poder um pé de cabra, que é instrumento usualmente empregado na prática de furto mediante arrombamento. Não há argumentar que a lei penal, ao proteger a inviolabilidade do domicílio, exclui o botequim (taverna), pois, evidentemente, tal exclusão somente diz com o botequim enquanto aberto ao público. No caso vertente, o apelante entrou, é certo, no botequim, quando este se achava aberto; mas, clandestinamente, ali permaneceu depois de cerradas as portas, incidindo, assim, sem dúvida alguma, no art. 150 do Código Penal. Ao considerar o apelante incurso no art. 25 da Lei das Contravenções Penais, fê-lo a sentença apelada com fundamento no art. 383 do Código de Processo Penal, pôsto que a posse e apreensão do *pé de cabra* foram consignadas explicitamente na denúncia, pouco importando que esta, na sua parte conclusiva, omitisse referência ao citado artigo da Lei das Contravenções. E como bem acentuou a sentença apelada, não se tratando de contravenção que represente elemento constitutivo ou meio formal de execução de crime de violação de domicílio, apressenta-se no caso um concurso material de infrações, aplicando-se cumulativamente as penas” (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 27-7-50, *Diário da Justiça* de abril de 1951, apenso, pág. 380).

CAPÍTULO III

Da suspensão condicional da pena

Requisitos
da suspensão da
pena

Art. 57. A execução da pena de detenção não-superior a dois anos, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3.º, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:

I, o sentenciado não haja sofrido, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime; ou condenação, no Brasil, por motivo de contravenção;

II, os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Penas a que
não se esten-
de a sus-
pensão

Especifica-
ção das
condi-
ções

Revogação
da sus-
pensão

Parág. único. A suspensão não se estende à pena de multa nem à pena acessória.

Art. 58. A sentença deve especificar as condições a que fica subordinada a suspensão.

Art. 59. A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I, é condenado, por sentença irrecorrível, em razão de crime, ou de contravenção pela qual tenha sido imposta pena privativa de liberdade;

II, frustra, embora solvente, o pagamento da multa ou a reparação do dano.

§ 1.º *A suspensão pode ser também revogada, se o sentenciado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou é incorrivelmente condenado, por motivo de contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.*

§ 2.º *Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou por motivo de contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.*

Prorrogação
do período
de prova

§ 3.º *Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se éste não foi o fixado.*

Cumprimen-
to das con-
dições

§ 4.º *Se o prazo expira sem que haja ocorrido motivo para revogação, não mais se executa a pena privativa de liberdade.*

DIREITO ANTERIOR — Consolidação das Leis Penais, arts. 51 e 52.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Art. 163. Ao proferir sentença de condenação a reclusão ou a prisão por tempo não-superior a um ano, ou a pena pecuniária que, só ou conjugada à pena detentiva e convertida segundo a lei, privaria da liberdade por tempo não-superior, em conjunto, a um ano, o juiz pode ordenar que a execução da pena fique suspensa pelo prazo de cinco anos, se a condenação é por delito, e de dois anos, se a condenação é em virtude de contravenção. Se o crime foi cometido por menor de 18 anos, ou por quem já completou 70 anos, a suspensão pode ser ordenada quando se deva infligir uma pena restritiva de liberdade pessoal não-superior a dois anos, ou uma pena pecuniária que, só ou conjugada à pena detentiva e convertida por norma de lei, privaria da liberdade pessoal por tempo não-superior, em conjunto, a dois anos. Art. 164. A suspensão condicional da pena é admitida somente se, tendo em consideração as circunstâncias indicadas no art. 133, o juiz presume que o culpado se absterá de cometer crimes ulteriores.

A suspensão condicional da pena não pode ser concedida: 1.º) a quem sofreu condenação precedente por delito, mesmo se interveio a reabilitação, nem ao delinqüente ou contraventor habitual ou profissional e ao delinqüente por tendência; 2.º) quando a pena infligida deve ser acrescentada medida de segurança pessoal pelo fato de ser o réu pessoa que a lei presume socialmente perigosa. A suspensão condicional da pena torna inaplicáveis as medidas de segurança, exceto se se trata de confisco. A suspensão condicional da pena não pode ser concedida mais de uma vez. Art. 165. A suspensão condicional da pena pode ser subordinada ao cumprimento da obrigação das restituições, ao pagamento da soma liquidada a título de ressarcimento do dano ou provisoriamente determinada sobre o montante desse, e à publicação da sentença, a título de reparação do dano. O juiz, na sentença, estabelece o prazo dentro do qual as obrigações devem ser cumpridas. Art. 166. A suspensão condicional da pena não se estende às penas acessórias e aos outros efeitos penais da condenação, nem às obrigações civis derivadas do crime. Art. 167. Se, nos prazos estabelecidos, o condenado não comete delito ou contravenção da mesma índole e cumpre as obrigações impostas, o crime fica extinto. Em tal caso não tem lugar a execução da pena e cessa a execução das penas acessórias. Art. 168. A suspensão condicional da pena é revogada de direito quando, nos prazos estabelecidos, o condenado: 1.º) cometa delito ou contravenção da mesma índole ou não cumpra as obrigações impostas; 2.º) sofra outra condenação por delito anteriormente cometido. Quando o condenado sofra outra condenação por uma contravenção da mesma índole, anteriormente cometida, o juiz, tendo em consideração a índole e a gravidade desta, pode revogar a ordem de suspensão condicional da pena". *Código suíço*: "Art. 41. Em caso de condenação a pena de prisão não-excedente de um ano ou ao *arresto*, o juiz poderá suspender a execução da pena: se os antecedentes e o caráter do condenado fazem prever que esta medida o desviará de cometer novos crimes ou delitos; se, além disso, nos cinco anos que precederam a prática do crime ou do delito, o condenado não sofreu, na Suíça ou no estrangeiro, nenhuma pena privativa de liberdade por crime ou delito intencional, enfim, se o condenado, tanto quanto se podia esperar dele, reparou o dano fixado judicialmente ou por acôrdo com o lesado. Suspendendo a execução da pena, o juiz concederá ao condenado um prazo de prova de dois a cinco anos. 2) O juiz poderá submeter o condenado a um patronato. Poderá também impor-lhe, durante o prazo de prova, certas regras de conduta, tais como a obrigação de aprender um ofício, de permanecer em determinado lugar, de abster-se de bebidas acoólicas ou de reparar o dano em dado prazo. A sentença

indicará os motivos da suspensão e as regras de conduta impostas pelo juiz. 3) Se, durante o prazo de prova, o condenado comete intencionalmente crime ou delito, se persiste em desprezar advertência formal do juiz, em infringir uma das regras de conduta impostas, se se subtrai obstinadamente ao patronato ou se, de outra maneira, ilude a confiança nele depositada pelo juiz, este ordenará que a pena seja executada. 4) Se o condenado corresponde à prova até o fim, o juiz ordenará o cancelamento da sentença no registro judiciário". *Código polonês*: "Art. 61. § 1.º O tribunal pode decretar, por um período de dois a cinco anos, a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, principal ou substituída, que não ultrapasse dois anos. § 2.º A suspensão condicional da execução da pena é aplicável às pessoas que permitem a presunção, em relação a seu caráter, às circunstâncias que acompanham a infração e a sua conduta depois da prática da infração, que se absterão de cometer nova infração. § 3.º A suspensão condicional da execução da pena não é aplicável às pessoas referidas no art. 60. Art. 62. § 1.º Em caso de suspensão condicional da execução da pena, o tribunal pode conservar o condenado sob vigilância durante a vigência da suspensão; a execução da vigilância é confiada pelo tribunal a pessoas e a instituições dignas de confiança. § 2.º Se a situação econômica do condenado permite, o tribunal pode obrigá-lo a reparar o dano causado pela infração nos prazos e proporções estabelecidos na sentença. Art. 63. § 1.º Se, durante o período da suspensão da pena, o condenado comete nova infração inspirada pelos mesmos móveis ou da mesma categoria da precedente, o tribunal ordena a execução da pena suspensa. § 2.º O tribunal pode ordenar a execução da pena suspensa se, durante o período de suspensão da pena, o condenado comete outra infração que não a aludida no § 1.º, subtrai-se à vigilância, conduz-se mal ou não satisfaz a obrigação de reparar o dano. Art. 64. Se, no curso dos três meses seguintes à expiração do período de suspensão, o tribunal não ordena a execução da pena, a condenação é considerada como inexistente e o condenado recupera os direitos eleitorais, o direito de participar do exercício da justiça, os direitos de família e de tutela, o direito de exercer a sua profissão, assim como a capacidade de adquirir os outros direitos perdidos". *Código dinamarquês*: "Art. 56. 1) Em caso de condenação de gravidade que não ultrapasse a multa, a detenção simples por dois anos no máximo ou a prisão por um ano no máximo, pode ser decidido na sentença que haverá suspensão da execução da pena, de tal forma que esta será considerada como suprimida com a expiração do prazo fixado pelo tribunal, se o condenado cumpre as condições previstas pela lei, assim como as outras prescrições eventualmente impostas pela sentença. O prazo é de dois anos no mínimo e de cinco anos

no máximo, a contar da data do julgamento definitivo. Durante este período ou parte dele, o condenado é submetido a vigilância determinada na sentença, salvo se, em razão das circunstâncias, esta medida não seja julgada útil. 2) Nos processos que permitam acreditar-se possível a suspensão da condenação, deve-se proceder a indagação particular para o fim de obter esclarecimentos sobre as condições de vida anteriores e atuais do culpado, sob o ponto de vista da família, de sua instrução e de seu trabalho, sobre seu estado físico e moral, assim como sobre outras circunstâncias que podem ser consideradas importantes para a decisão a tomar. Esta indagação será efetuada se as condições a tornam possível e desejável, por instituição encarregada da vigilância das pessoas com a condenação em suspenso. Esta instituição deve ser, logo que possível, informada pelo Ministério Público do processo e habilitada a tomar conhecimento dos esclarecimentos a ele relativos que já poderiam ter sido obtidos pelas pesquisas da polícia. Ela deve ser informada da data das audiências do tribunal em que será julgado o processo em questão e autorizada a fazer-se representar mesmo nas audiências secretas. Art. 57. Se, antes da expiração do prazo, o condenado se torna culpado de ato punível pelo qual é processado, a pena de execução suspensa deverá ser cumprida, para o que será imposta pena comum para as duas infrações da lei. Todavia, se a segunda destas infrações resulta de culpa, ou se a pena sobrevida não ultrapassa a multa ou a detenção simples, o tribunal pode manter o prazo para o cumprimento da primeira ou, quando circunstâncias particulares recomendam esta medida, suspender a execução da nova pena comum às duas infrações". (Ver ainda arts. 59 a 61.) *Código argentino*: "Art. 26. Nos casos de primeira condenação por delito a que corresponda pena de reclusão ou de prisão que não exceda de dois anos, ou de multa, os tribunais poderão ordenar, na própria sentença, que se deixe em suspenso o cumprimento da pena. Esta decisão se baseará na personalidade moral do condenado, na natureza do delito e nas circunstâncias que o cercaram, desde que possam servir à apreciação daquela personalidade. O tribunal requisitará as informações que julgue pertinentes para formar juízo. Nos casos de concurso de delitos, caberá a condenação condicional se a pena aplicável ao réu não exceder de dois anos de prisão ou fôr de multa. Art. 27. Ter-se-á como inexistente a condenação se, dentro do prazo para prescrição da pena, o condenado não cometer novo delito. Se cometer novo delito, sofrerá a pena imposta na primeira condenação e a que lhe corresponder pelo segundo delito, conforme o disposto sobre acumulação de penas. Art. 28. A suspensão da pena não compreenderá a reparação dos danos causados pelo delito e o pagamento das despesas judiciais". *Código uruguaio*: "Art. 126.

Extingue-se o delito quando o juiz, ao sentenciar, resolve suspender a condenação, sempre que o beneficiado, além de cumprir as obrigações que lhe foram impostas pela lei ou judicialmente, se abster de cometer delitos, durante um período de cinco anos. Para que a condenação possa ser suspensa, exige-se: 1.º que se trate de penas de prisão ou de multa, quando, por falta de cumprimento, esta se deva transformar em pena de prisão; 2.º que se trate de delinquentes que não tenham cometido no passado outros delitos e que o juiz preveja, pelo exame de seus antecedentes, que não hão de cometê-los no futuro. As obrigações que o juiz pode impor são as seguintes: a) restituição das coisas provenientes do delito; b) pagamento das indenizações civis resultantes do mesmo; c) proibição de domiciliar-se em certos lugares ou de freqüentar determinados lugares”.

COMENTARIO

SUMÁRIO: 75. Dados históricos. 76. Aspectos doutrinários. 77. Pressupostos e condições. 78. Revogação e cumprimento.

75. A liberdade condicional (*probation*) foi adotada, nos Estados Unidos, a princípio na cidade de Boston, Estado de Massachusetts (1878),⁵²⁴ depois em toda a América, donde passou à Europa, inspirando, também, o instituto do perdão judicial. O Estado, dentro de determinados limites, renunciaria à aplicação das penas breves, na esperança de que a ameaça baste à emenda.

⁵²⁴ Em 1869 fôra consagrado para os primários menores. Pretende-se que o *Cod. Juris Canonici* já a conhecia: “*Exceptis poenis degradationis, depositionis, privationis officii aut beneficii, et nisi urgeat necessitas reparandi scandalum prudente indicis remittitur, si reus talis sit ut prima vice post vitam laudabiliter peractam deliquerit, poenae ordinariae per sententiam condemnatoriam in fictae executionem suspendere, ea tomem conditione ut, si reus intra proximum triennium aliud delictum eiusdem vel alterius generis commiserit, poenam utrique delicto debitam luat*” (cân. 2.288). CÂNDIDO MENDES apontou as primeiras raízes do instituto em palavras atribuídas a CRISTO por SÃO MATEUS (*As Novas Reformas Penais*, Rio, 1931, pág. 16).

No Brasil, a primeira iniciativa de assimilação do benefício pertenceu a ESMERALDINO BANDEIRA.

O seu projeto reproduziu a lei francesa de BÉRENGER (1891) e apresentava como traço original a referência aos móveis e circunstâncias do crime. Em 1922, o Poder Legislativo autorizou o Executivo a regular o instituto, o que foi feito pelo dec. n.º 16.588, de 6 de setembro de 1924.⁵²⁵

O ministro João Luís ALVES, em mensagem do dia anterior, justificou o projeto pelos objetivos de não-inutilizar o primário, expondo-o ao contágio carcerário, diminuir a reincidência e aliviar os cofres públicos.

76. A designação do instituto depende da fisionomia que apresenta em cada legislação. Na Bélgica denomina-se *condenação condicional*,⁵²⁶ expressão preferida, na Itália, por AZZOLINI e LUCCHINI, enquanto BRUSA insistia por outra — *suspensão da execução da condenação condicional*. A princípio, há suspensão da execução e, depois, cumpridas as condições, a condenação deixa de produzir o seu principal efeito. As condições não são da condenação, mas da execução.

Na França, a lei BÉRENGER alude a *sursis à l'exécution de la peine*. O uso forense, entre nós, daí extraiu a primeira palavra, pela qual se vulgarizou o instituto.

A lei de 1924, apesar de mais sensível ao modelo francês, optou pelo nome belga — *condenação condicional* — substituído, no Código de 1940, por *suspensão condicional da pena*.⁵²⁷

Dois sistemas principais disputam a disciplina desse sub-rogado penal ou, segundo FERRI, substitutivo penal.

⁵²⁵ Para outros dados: CÂNDIDO MENDES, ob. cit.; CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Da Suspensão Condicional da Pena*, Rio, 1926.

⁵²⁶ Figura, também, no Código argentino, mas COLL e GÓMEZ, por julgá-la imprópria, propõem outra no seu projeto, *condenação de execução condicional*, de aparência adjetiva (*Revista Forense*, 1930, julho, pág. 15).

⁵²⁷ No Código italiano, a suspensão é causa da extinção do crime (LISZT-SCHMIDT).

No sistema anglo-americano há dois momentos: 1.º o da suspensão da sentença (*suspension of the sentence*) e o da sujeição, durante certo período, a vigilância, não-policial, mas educativa e filantrópica (*probation system*).

Comporta, também, suspensão isolada ou juntamente com *probation system*, em regra para os menores. Tende a prevalecer, porém, o *probation system*, associado à suspensão da sentença e, ainda, à suspensão da execução da sentença (*suspension of the execution*).

Aparece a faculdade de suspender o processo, a que os franceses chamam *sursis à la poursuite*. Não é aconselhável essa modalidade.

A sentença é indispensável, exatamente, para, através, da personalidade do criminoso e de sua conduta, apurar o cabimento do benefício. A compenetração do condenado torna-se muito maior.

Na Inglaterra, merece destaque o *First Offender Act* (1907), que aperfeiçoou a disciplina da suspensão (1887).

O sistema franco-belga consiste na suspensão da execução da pena decretada pelo juiz. Este profere a condenação e, ao mesmo tempo, ordena a suspensão da execução da pena, segundo certos pressupostos. Decorridos sem condenação o período fixado na sentença, cessa o direito do Estado de executar a pena.

A lei belga (1888) precedeu a francesa (1891). A Itália, que recebeu o instituto em 1904, filiou-se a este sistema. A Espanha o adotou em 1908.

Na Alemanha, esboçou-se o sistema da graça condicional (*bedingte Begnadigung*), surgido na Saxônia (1895), permitindo à autoridade administrativa fazer suspender, em determinados casos, a execução da pena, e ao chefe de Estado ampliar a graça, se o indivíduo procede bem.

Há facilidades, tratando-se de menores. Mas, dos debates em torno dos projetos de Código Penal, prevaleceu a *condenação condicional*, com o apoio dos partidários da *Vergeltungsstrafe* e da *Schutzstrafe*. Nos projetos de 1925 e 1930, vingou o sistema franco-belga.

Na essência, porém, os projetos alemães fundiram a condenação condicional e a liberdade condicional.

A prática do benefício foi a melhor resposta aos argumentos em contrário: exceção à certeza da pena, enervamento da repressão, ofensa à coisa julgada, perigo do arbítrio judicial. Bastaria sua influência no combate às penas curtas,⁵²⁸ evitando os efeitos da promiscuidade sobre os menos perigosos, para compensar aqueles supostos inconvenientes. O certo é que improcedem as objeções. O instituto não prejudica a certeza da pena — o que, também, aconteceria com os remédios clássicos — (anistia, perdão, prescrição) — nem afeta a repressão. Ao contrário, impede absolvições, a que eram arrastados os juízes pela repugnância de enviar para as prisões, por crimes leves, os ocasionais credenciados pelo passado, pelos móveis, pelo arrependimento.

As penas são aplicadas com o mesmo rigor, executando-se sempre a pena pecuniária e as penas acessórias (art. 57, parág. único), e atenuando os efeitos da condenação (artigo 74). Aliás, a advertência, acompanhada de obrigações, também constitui sanção.

O réu é condenado, inclusive, à pena privativa de liberdade.

Não há ofensa à coisa julgada. Aliás, até recentemente, entre nós, era a lei, em última análise, que estabelecia o que se considerava coisa julgada.⁵²⁹ Em matéria penal, a coisa julgada cede sempre ao benefício (art. 2.º). Em relação à suspensão, é a lei anterior que o faculta e o próprio juiz que, segundo o seu prudente arbítrio, o utiliza.

A concessão faz parte do julgado. Desrespeitar a coisa julgada, pois, seria executar a pena privativa de liberdade.

⁵²⁸ JOÃO CHAVES assinala que a pena de dois anos é geralmente reconhecida como limite das penas curtas (ob. cit., pág. 332). O Código de 1940 adotou o mesmo limite para a suspensão condicional da pena.

⁵²⁹ Art. 3.º, § 3.º, da lei n.º 3.071 (janciro de 1916), de Introdução ao Código Civil.

Quanto ao *perigo do arbítrio judicial*, a restrição equivale ao melhor dos louvores.

O ato pelo qual o juiz suspende a execução é jurisdicional. A concessão do benefício não se separa da sentença, de cujos fundamentos depende. Mesmo destacada, materialmente, da sentença, envolve a apreciação ética e jurídica de todo o processo.

A revogação, sim, poderia apresentar traços de ato administrativo, mas, essencialmente, repousa na sentença que estabelece as condições. Por outro lado, a execução, propriamente dita, é o cumprimento da pena que requer ato ulterior do juiz (a revogação).

Tanto a concessão constitui ato jurisdicional que se torna coisa julgada em consequência da qual a prova superveniente da falta de requisito não altera o *statu quo*. E a jurisdição não se esgota com a sentença, para dar à concessão caráter e fim extrajudicial.⁵³⁰

A execução é matéria do poder administrativo, mas os seus incidentes (Código de Processo Penal, Título III) são de índole jurisdicional.

O Estado não renuncia ao direito de punir. Pelo contrário, exerce-o, tal como manda a lei.

Discute-se se a ordem de suspensão se dirige aos órgãos de execução para que se abstenham desta (Rocco) ou aos condenados (RENDE). É claro que uns e outros; àqueles, para não executar a sentença, e a estes, para que possam resistir, legitimamente, à execução, enquanto o juiz não a determinar, por motivo superveniente.

Para clássicos e ecléticos, a suspensão condicional se substitui à pena, aplicando-se em lugar desta. É um sub-rogado penal e não um substitutivo. Os positivistas proclamam que, subtraindo à pena o caráter de expiação, e con-

⁵³⁰ Em sentido contrário: Rocco, *Riabilitazione e condanna condizionale*, em *Giustizia penale*, 1907, pág. 1.563; GISMONDI, PUGLIA, PULJA, RAVIZZA, MANZINI, *La Condanna Condizionale*, Milão, 1911. *Trattato*, cit., vol. 3.º, págs. 748 e 758.

siderando-a meio defensivo da segurança social, não há subrogado penal, mas a própria sanção. E estimam esse recurso da política criminal, porque age como ameaça permanente, estimula a honestidade, evita o sofrimento da pena, adapta-se, admiravelmente, à personalidade do réu, segundo a índole, os precedentes, as aptidões, e à avaliação das circunstâncias do fato e das condições do ambiente. Daí apresentar SALEILLES a condenação condicional como o último grau da individualização da pena.

FLORIAN não acredita que seja o último, mas, reconhece-a, de certo modo, muito eficaz. Sob tal aspecto, deveria aplicar-se, amplamente, às mulheres e às crianças, aos delinquentes ocasionais e passionais, culpados de crimes leves. A medida deveria até estender-se e tornar-se mais elástica.⁵³¹

A incompatibilidade lógica da condenação condicional com o sistema clássico foi demonstrada por FERRI no fim da 1.^a edição da *Sociologia Criminal*.

O Estado, como vimos, não renuncia ao direito de punir.

A suspensão, portanto, como o nome indica, constitui condição suspensiva, restrita à pena privativa de liberdade e não condição resolutiva que acarreta *ex tunc* a extinção daquele direito, então em pleno exercício.

Aquela renúncia poderá decorrer *ope legis* do cumprimento das condições impostas e limitadas à pena privativa de liberdade em si. O réu continua, porém, condenado, para todos os demais efeitos, inclusive os futuros.

Pela lei de 1924, declara-se *inexistente a condenação* (art. 51, § 4.º, da Consolidação das Leis Penais), mas o Código de Processo Penal, discriminando o preceito do art. 59, II, § 4.º, do Código Penal, manda declarar extinta e não-inexistente, exclusivamente, a pena privativa de liberdade e não a condenação (art. 708).

⁵³¹ FLORIAN, *Trattato*, cit., 2.º vol., pág. 808.

77. Os pressupostos, as condições e os efeitos da “suspensão da pena privativa de liberdade”, segundo o Código de 1940, afetam a fisionomia do instituto.

Não se trata de condenação condicional, como na lei anterior, mas de suspensão da execução da pena de detenção ou, excepcionalmente, de reclusão. As inovações são essenciais, desaparecendo qualquer dúvida sobre o caráter facultativo do benefício.⁵³² A sentença será sempre fundamentada (art. 697 do Código de Processo Penal).

O benefício está em função da pena. Somente a de detenção a admite. O art. 30, § 3.º, atende à idade do condenado. Na legislação precedente (art. 52 da Consolidação), a natureza do crime poderia excluí-lo.⁵³³ O limite foi ampliado de um para dois anos, inclusive, e o prazo de dois a quatro para dois a seis.⁵³⁴

O primeiro pressuposto é, portanto, que a pena aplicada pelo juiz não exceda de dois anos e seja de detenção,⁵³⁵ salvo se se trata de menor de 21 anos ou maior de 70 anos (art. 30, § 4.º, e 57). O período de prova não pode ser menor de dois nem maior de seis anos e, na sua fixação, o juiz atenderá,

⁵³² Justificando o art. 1.º da lei BÉRENGER, escreveu GEORGE que o mesmo visa “precisamente deixar ao magistrado maior latitude de “apreciação; o juiz pode, segundo sua apreciação pessoal, conceder “ou negar a suspensão; o texto da lei não deixa subsistir dúvida e “a jurisprudência não hesitou em pronunciar-se no mesmo sentido” (*Du sursis conditionnel*, etc., Paris, 1895, pág. 243).

⁵³³ Foram mantidas as disposições de lei especial (arts. 10 e 360). Vejam-se os decs. leis ns. 431, de 18 de maio de 1937, e 869, de 18 de novembro de 1938.

⁵³⁴ A Lei das Contravenções (art. 11) aumentou o prazo do artigo 51 da Consolidação de dois para três anos. Também o limite passou a ser dois anos.

⁵³⁵ Admitem a suspensão da pena de multa os Códigos da Argentina, do Peru, do Uruguai. Mas a multa comporta o pagamento parcelado e a dilatação do prazo e não cria os inconvenientes que justificam o benefício.

livremente, à medida em que se afasta o condenado dos limites subjetivos e objetivos do benefício.

O segundo pressuposto dêste é a condição de primário.⁵³⁶

A Consolidação (art. 51) não cogitava da condenação sofrida no estrangeiro, contemplada no Código como impediente. Para êsse fim, não há necessidade de homologação de sentença estrangeira (art. 7.º). A condenação em virtude de contravenção continua a influir, desde que proferida no Brasil.

É indiferente a época da condenação anterior ou que esta resulte de crime ou contravenção, previsto em leis especiais, como as militares, as de defesa da segurança nacional e da economia popular etc. A contravenção, porém, há de ter caráter penal.

O Código não se orienta pela data do crime anterior, mas pela anterioridade da condenação, nem indaga se foi extinta a punibilidade.

Desde que, anteriormente, o agente sofreu condenação,⁵³⁷ não cabe o benefício.

Uma vez que ao condenado não assiste direito subjetivo ao benefício, o juiz se absterá de usar a sua *faculdade* em favor do sentenciado condenado, embora recorridamente.⁵³⁸

Seja como fôr, terá de apreciar o fato em relação ao inciso II na parte dos antecedentes.

É, também, irrelevante que a condenação anterior se refira a crime culposos ou se limite a pena pecuniária.

A execução da pena privativa de liberdade resultante da conversão da multa (art. 38) não pode ser suspensa, por-

⁵³⁶ O Código suíço exige apenas que o sentenciado não haja sido condenado, nos cinco anos anteriores, por crime intencional (art. 41).

⁵³⁷ O art. 57, I, ao contrário do 46, não menciona, expressamente, a condição de que a condenação haja passado em julgado.

⁵³⁸ O Código italiano também não exige que a condenação anterior haja passado em julgado (art. 164). Os comentadores, porém, o fazem (FLORIAN, ob. cit., 2.º vol., pág. 835).

que tal conversão só se verifica contra o reincidente, elementarmente excluído do benefício, e contra quem frustra a cobrança de multa. Se a frustração do pagamento da multa (art. 59, II) importa revogação do benefício, com maioria de razões deve neutralizar a sua concessão. Esse procedimento não recomenda, também, a presunção de que não tornará a delinquir.

Diferente era a situação do direito anterior (art. 51 da Consolidação), no qual a multa somente deixou de ser conversível em prisão pelo dec. n.º 24.797, de 14 de julho de 1934 (art. 8.º).

Em relação à periculosidade, além do pressuposto objetivo — a condição de primário — há o pressuposto subjetivo — a presunção de que a conservará.

Esse requisito estava antes limitado, mormente em seu teor finalístico, desde que o legislador somente desclassificava quem tivesse revelado caráter perverso ou corrompido, através de suas condições individuais, dos motivos e das circunstâncias da infração. Mas, a revelação do caráter, que induz à periculosidade, pode ir além da corrupção ou da perversidade. Por outro lado, o caráter não esgota a expressão da personalidade. Finalmente, por um só fato, é absurdo estimar a conduta e, muito menos, o caráter.

Para permitir-se a presunção de que o sentenciado não tornará a delinquir, o juiz se baseará nos seus antecedentes e na sua personalidade, nos motivos e nas circunstâncias do crime. O inciso II do art. 57 contém, portanto, a fórmula negativa da periculosidade. A fórmula positiva figura no art. 77.

Ao aplicar a pena, o juiz fará, forçosamente, o estudo de todos esses elementos (art. 42) e, assim, estará habilitado a presumir ou não a reincidência. Nesta suposição, em última análise, consiste a periculosidade.

Dai se conclui que, em caso algum, os indivíduos que a lei presume perigosos (art. 78) ou qualquer outro, a que haja aplicado medida de segurança (art. 76, II), podem obter

a suspensão. Não é possível, ao mesmo tempo, reconhecer e negar a periculosidade.

Coexistindo todos os pressupostos, o juiz *pode* conceder o benefício que, assim, deixou de ser “garantia de impunidade para o primeiro delito”⁵³⁹ e de exercer a função real de escamotear uma pena.⁵⁴⁰

O Código confiou ao juiz a especificação das condições do benefício.

Suspensa, exclusivamente, a *execução* da pena privativa de liberdade, executam-se as demais penas e operam-se todos os efeitos da condenação (art. 700 do Código de Processo Penal). Não seria preciso mencioná-lo.

Não se trata mesmo de condição do benefício (ver artigo 51, § 3.º, da Consolidação), pois tais obrigações não resultam dêste. Mas o seu não-cumprimento pode implicar revogação (art. 59, II). É a advertência que o juiz fará ao condenado.

Os órgãos de execução tratarão de efetivar, como devem fazer sempre, as demais sanções, e o pagamento das custas, bem como da taxa penitenciária (arts. 701 e 804 do Código de Processo Penal). Ver, sobre a taxa penitenciária, os decretos ns. 24.797, de 11 de julho de 1934, e 1.441, de 8 de fevereiro de 1937.

As condições do benefício são legais e judiciais. O favor fica subordinado, legalmente, à abstenção da prática de crime ou de contravenção pela qual tenha sido imposta pena privativa de liberdade (art. 59, I).

Sobre as condições judiciais, veja-se o art. 698 do Código de Processo Penal.⁵⁴¹

⁵³⁹ *Exposição de motivos* do ministro FRANCISCO CAMPOS, *Revista Forense*, 1941, fevereiro, pág. 454.

⁵⁴⁰ SALDAÑA, ob. cit., pág. 154.

⁵⁴¹ No projeto ALCÂNTARA MACHADO figuravam as seguintes: fixação da residência em determinado lugar, abstenção de bebidas alcoólicas, jogos de azar e outros vícios igualmente perniciosos e de frequentar os lugares onde se os praticam (art. 70).

Tais condições variam de caso a caso, de homem a homem, ligando-se à política preventiva da reincidência.

A obrigação de residir no *Distrito da culpa* deve constar, em regra, da sentença, se bem que implícita na condição do condenado, pois, do contrário, a execução, na parte não-suspensa, seria prejudicada.

Não procedem os temores quanto a abuso, por parte do juiz, na discriminação das condições. Piores seriam as consequências da previsão legal generalizadora e automática.

O Código suíço exemplifica, entre as normas de conduta a serem impostas ao beneficiário: aprender um ofício, permanecer em lugar determinado, abster-se de bebidas alcoólicas, reparar o dano em dado prazo.

A reparação do dano está implícita entre os pressupostos no Código brasileiro (art. 50, II).^{541-a}

^{541-a} "O requerente já está condenado em processo posterior, o que desde logo afasta a presunção de que não tornará a delinquir" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30-10-44).

"Concede-se *sursis* a réu menor de 21 anos ao tempo do crime, não obstante maior na data da sentença" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 7-4-43).

"A pena de reclusão, resultante de conversão, não admite o *sursis*" (Supremo Tribunal Federal, 10-4-45).

"O novo diploma penal trouxe modificações à suspensão condicional da pena, procurando evitar que esse instituto de política criminal se transforme na garantia de impunidade para o primeiro delito. É para aquele critério, marcadamente individualizador, do Código que deve ir o juiz na apreciação do pedido, pois o crime, na sua materialidade, passa para o segundo plano, e o que importa, principalmente, é o crime em função do seu autor. Se este é o espírito que vivifica o nosso Código, na orientação da moderna ciência penal, o juiz não tem, na apreciação do *sursis*, apenas de ver se se trata de um sentenciado de quantidade de pena até dois anos, e de pena de detenção, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3.º, nem de impressionar-se tão-só com o fato da primariedade, ou não, do delinqüente. O juiz tem de debruçar-se sobre o fato no sentido individualizador do agente, principalmente, e pesar, ponderar, considerar se os seus antecedentes e personalidade, com os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a presunção de que não torna-

78. A revogação da suspensão pode ser obrigatória (artigo 59, I e II) e facultativa (art. 59, § 1.º).

É obrigatória a revogação, se o beneficiário vier a ser definitivamente condenado em razão de crime doloso ou culposo ou de contravenção pela qual tenha sido imposta pena privativa de liberdade.

Ainda que ao crime haja sido aplicada somente pena de multa, opera-se a revogação. A condenação por crime, imposta no estrangeiro, não foi mencionada como motivo de revogação e, assim, não deve ser contemplada.

rá a delinquir, tudo motivado na sua decisão, como quer o art. 697 do Código de Processo Penal em vigor" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 26-2-42).

"Não importa que quando foi imposta a condenação, quase dois anos depois do fato, houvesse o requerente já atingido a maioridade. A lei, quando declara que o condenado, menor de 21 anos, pode obter o benefício da suspensão condicional da pena, desde que esta não exceda de dois anos, quer evidentemente referir-se à idade do criminoso ao tempo do crime" (maioria, 2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15-6-42).

"A idade, para os fins de suspensão condicional da pena de reclusão, resulta da data da condenação e não do delito" (Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 14-6-44).

"O promotor público ANTÔNIO FELICIANO DE CASTILHO (Recê, Bahia), recorrendo de sentença condenatória do juiz local, na parte em que concedeu o *sursis*, levantou estas questões: Pode o juiz conceder suspensão da pena antes desta existir, isto é, antes dela ser publicada? Pode o juiz conceder suspensão condicional, não comparecendo o réu à audiência de julgamento? Aquêlê órgão do Ministério Público invoca a função da lei penal, o pensamento do legislador, os pressupostos do benefício e, sobretudo, a jurisprudência, para responder, negativamente, a tais perguntas. Assinala, com apoio em jurisprudência, que a suspensão condicional da pena é incidente da execução. Lembra que a lei impõe a leitura da sentença e a advertência (subentende-se a presença pessoal e não simbólica do defensor do réu) das consequências de nova infração penal e da transgressão das obrigações impostas e outras formalidades. No caso, alega aquêlê promotor, o réu somente compareceu para interrogatório, debaixo de intimação, prestando declarações contraditórias. "A audiência de julgamento não compareceu pessoalmente. Presume-se que o primário não tornará a delinquir.

Quando o Código quer a influência da sentença proferida fora do Brasil, di-lo expressamente, pelo seu caráter excepcional (arts. 46 e 57, I).

De qualquer forma, achando-se *sub judice*, embora não estando sujeito a vigilância pessoal, o beneficiário, vimos, há de permanecer no "distrito da culpa". E, se o abandona, tem

"Porém essa presunção deve transparecer de seguros elementos subjetivos". Diz ainda o promotor público ANTÔNIO FELICIANO DE CASTILHO: "O réu não foi advertido das consequências de tornar a transgredir e de não-cumprir as determinações exaradas na sentença. Mesmo porque ele não tem conhecimento da sentença. Não houve a audiência especial para sua leitura. Errôneamente, nos nossos sertões, a concessão do *sursis* é antiquada e improcedente, quando não estabelece dúvidas sobre a sua natureza. E os antecedentes do acusado não são conhecidos" (*in Rev. Brasileira de Criminologia*, 1948, n.º 3, pág. 107).

"Tendo em vista o espírito que vivifica o nosso Código, o juiz não tem, na apreciação do *sursis*, apenas ver se se trata de um sentenciado de quantidade de pena até dois anos, e de pena de detenção ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3.º, nem de impressionar-se tão-só com o fato da primariedade, ou não, do delinqüente. O juiz tem de debruçar-se sobre o fato no sentido individualizador do delinqüente, e pesar, ponderar, considerar se os seus antecedentes e personalidade, com os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a presunção de que não tornará a delinqüir, tudo motivando na sua decisão, como quer o art. 697 do Código de Processo Penal" (maioria, 1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 17-4-44).

"Concede-se *sursis* a réu condenado por crime de lesões corporais leves, que já sofrera condenação posterior por crime diverso (furto), na vigência da Consolidação que só cogitava de reincidência específica. Nenhum valor poderá ter aquela condenação. Aliás, o réu não chegou a cumprir a pena então imposta, porque obteve *sursis*" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 4-10-43).

"A conversão da pena não impede a suspensão condicional se a lei anterior não a exclui" (Supremo Tribunal Federal, 9-4-43).

"O condenado a reclusão pode obter a suspensão condicional da pena se o delinqüente era menor à época do crime. O legislador teve em vista a situação do delinqüente à época do crime" (Supremo Tribunal Federal, 19-1-44).

"A prática do crime de furto no dia seguinte ao da saída do presídio, depois de absolvido da acusação por outro crime também de

o juiz a faculdade de revogar o benefício, desde que tal obrigação, implícita na condição de condenado, conste da sentença.

A condenação, no curso do prazo, por crime ou contravenção anterior, importa revogação, pois o art. 59 não distingue, quando alude à superveniência de condenação, a data do crime. Justifica-se a manutenção da regra do art. 51,

"furto, obsta à presunção de não-reincidência" (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-2-43).

"A extinção da condenação pelo casamento com a ofendida não impede *sursis* em processo posterior" (2.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20-9-43).

Crimes contra a economia popular. "Os crimes contra a economia popular são insuscetíveis de suspensão condicional da pena. O fato de não haver o dec.-lei n.º 9.669 feito menção a essa circunstância não modifica a natureza da infração. Se o legislador, por altas razões de política criminal, concedeu em ser equânime em relação a ladrões e estelionatários, menores de 21 anos e maiores de 70, não se compreende por que não devem ser tratados com igual equanimidade os que, nas mesmas condições, infringem dispositivos das leis beneficiárias da economia popular" (Tribunal de Justiça de São Paulo, *Rev. Brasileira de Criminologia*, 1951, vol. 17, pág. 109).

"Tratando-se de empregado, dá-se provimento para reduzir as penas e conceder-se a suspensão condicional da pena de detenção, pena esta que substitui a primitiva prisão celular, *ex vi* do artigo 1.º, n.º II, do dec.-lei n.º 8.690, de 16 de janeiro de 1946" (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 12-12-49, *Rev. Brasileira de Criminologia*, 1951, vol. 17, pág. 109).

"O crime de transgressão de tabela de preços, quando praticado por empregado, admite a suspensão condicional da pena" (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 28-6-49).

Crime culposo. Aplicação de pena acessória. "Tratando-se de delinqüente primário em crime culposo e sem antecedentes profissionais que o comprometam, confirma-se a sentença na parte que lhe concedeu suspensão da pena e dá-se, em parte, provimento à apelação, para excluir-se a pena acessória de privação do exercício da profissão, por incompatível com os pressupostos e a finalidade do *sursis*" (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 19-1-48).

Aplicação de pena acessória. "Há um illogismo na concessão do *sursis* e a privação do exercício da profissão: pretende-se oferecer

§ 1.º, da Consolidação, desde que a condenação por crime anterior encerra a certeza tardia do descabimento do favor.

É facultativa a revogação, quando o sentenciado deixou de cumprir as obrigações constantes da sentença ou foi incorrivelmente condenado por motivo de contravenção a pena que não seja privativa de liberdade (art. 59, § 1.º). Depende,

“ao réu oportunidade de manter um bom comportamento e retirar-se-lhe o meio de vida — o ofício ou profissão que escolheu e a qual está habilitado” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-1-48).

“A reclusão que impede o *sursis* é a que se impõe às infrações do novo Código e não a advinda de prisão convertida, a fim de atender ao aspecto administrativo, fixando-se uma só nomenclatura e um só regime. O espírito que assiste ao instituto é o princípio intemporal de benignidade; aquêle, instituto de política criminal que visa, na defesa social, amparar o primário, evitar-lhe o contágio carcerário” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 14-9-44).

“Presumido o bom comportamento para a pena, inevitável é que o seja, definindo a primariedade, para o benefício da suspensão da condenação” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20-8-42).

“O novo Código Penal não permite, como a lei anterior, a concessão duas vezes da suspensão condicional da pena, se da primeira se tratar de processo de contravenção que não revela vício ou má índole” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 9-10-44).

“A condenação anterior, em virtude de contravenção, impede a suspensão condicional da pena, e, não devendo distinguir onde a lei não distingue, não há que restringir o art. 57, n.º I. Também se considera a condenação anterior à vigência de novo Código. Para evitar dúvida, porém, há o art. 18 da Lei de Introdução” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 9-10-44).

“Não pode obter *sursis* o réu que já sofreu condenação em outro processo, embora perante o Tribunal de Segurança Nacional. A lei não distingue os tribunais que impuseram a condenação para estabelecer que as dêste são atendíveis e as daquele não” (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 27-7-44).

“Dentre as obrigações que possam ser impostas ao benefício do *sursis*, a de comparecer periodicamente a Juízo é das mais importantes, porque é a única que permite ao juiz a verificação imediata

pois, do prudente arbítrio do juiz a revogação por tais fundamentos. Mas, se assim entender, pode limitar-se a prorrogar o período de prova até o máximo (§ 3.º).

Não influi, também, a anterioridade da contravenção.

“de que ele permaneceu no lugar de sua jurisdição e continua a observar as condições. Sem isso, quer nos sertões, quer nos centros urbanos, muito populosos e de vida intensa, não seria possível ao juiz aquela verificação, para o efeito de revogar ou não o benefício” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 27-3-44).

“Denega-se a suspensão, se os antecedentes do condenado e as circunstâncias do crime não autorizam a presunção de que ele não tornará a delinquir. Trata-se de indivíduo dado a embriaguez, indolente, sem profissão certa, já expulso da Polícia Militar a bem da disciplina e cujo crime revela grande audácia, periculosidade em alto grau, qual seja a de quem pratica furto durante o repouso noturno e com entrada em casa do lesado” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30-10-44).

“A lei não permite que se imponha como condição resolutiva, na concessão do *sursis*, o pagamento de custas. O inadimplemento dessa obrigação não autoriza a revogação da medida. Semelhante exigência desnatura a índole e compromete a finalidade do instituto. Cumpre consultar os intérpretes, face ao novo texto. É dos mais autorizados: o Prof. ROBERTO LYRA — destacado e douto membro da comissão revisora do Código Penal. Em seus *Comentários ao Código Penal*, diz que o Código confiou ao juiz a especificação das condições e, à pág. 404, esclarece: “os órgãos de execução tratarão de efetivar, como devem fazer sempre, as demais sanções, e o pagamento das custas, bem como da taxa penitenciária”. Reporta-se, então, aos arts. 701 e 804 do Código de Processo Penal. Em seguida, trata da revogação (n.º 78), fazendo remissão a alguns artigos do Código de Processo, porém não alude ao não-pagamento de custas” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-11-43, relator desembargador JOÃO SEVERIANO CARNEIRO DA CUNHA).

“O não-pagamento das custas não impede a concessão, nem determina a revogação do *sursis*” (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 9-6-42).

“A menoridade ou a ancianidade do condenado a reclusão, para a concessão do *sursis*, se entende por ocasião deste, e não na época do crime. Se a lei quisesse se referir ao tempo do crime, em caso suscetível de dúvidas, tê-lo-ia dito expressamente, como o fez, tra-

O prazo do benefício tem-se como prorrogado até o julgamento definitivo, se o beneficiário está sendo processado por outra infração, mesmo anterior (arts. 59, II, § 2.º, do Código Penal e 696, parág. único do Código de Processo Penal). A extinção da pena privativa de liberdade somente será declarada se nenhum motivo ocorreu para a revogação ou, se

"tando da prescrição, no art. 115" (maioria, Câmaras Criminais Reunidas, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 11-2-42).

"O critério para a apuração do elemento subjetivo norteador da condenação é a presunção, pelos índices legais, de que o sentenciado não tornará a delinquir, girando, como não podia deixar de ser, em torno da periculosidade do agente, pois que a medida, se o benefício, visa antes um alcance social. Resguardando o delinqüente primário sujeito a pequena pena, procura acautelar o interesse coletivo, o que atinge, usando de um meio próprio à correção do principiante-infrator da lei. É uma provação sedutora por sua tamanha finalidade benéfica, a que se submete o estreante no erro, que, ao invés de dificuldades, recomenda-se a uma liberalização sensata e prudente" (Câmaras Criminais, Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 20-2-42).

"O novo Código Penal trouxe sensíveis alterações ao instituto do *sursis*. Abandonando em parte o critério objetivo, fixou-se principalmente no subjetivo, cuidando mais do exame da pessoa do criminoso e do perigo que a sua liberdade poderia trazer à sociedade" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 8-4-43).

"Na suspensão da execução, nos crimes sexuais, há a atender-se, além da situação individual da vítima, ao aspecto social da infração" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 1-3-43).

"O *sursis* não apaga o fato e suas consequências, quer quanto à sociedade, quer a terceiros. O cumprimento torna inexistente ou extinta a condenação para os efeitos da prisão" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 18-1-43).

"Denega-se o *sursis* ao réu que, não obstante ser casado e chefe de família numerosa, cometeu o crime em prostíbulo, embriagando-se e fazendo ameaças. Em seu favor não milita a presunção de que não tornará a delinquir" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 11-11-43).

"Como pode ser revogado, também pode ser concedido o *sursis* depois de haver sido denegado. Não é a pluralidade de infrações apuradas em um mesmo processo, mas a existência de sentença condenatória, transitada em julgado, em processo anterior, que im-

pois, do prudente arbítrio do juiz a revogação por tais fundamentos. Mas, se assim entender, pode limitar-se a prorrogar o período de prova até o máximo (§ 3.º).

Não influi, também, a anterioridade da contravenção.

“de que êle permaneceu no lugar de sua jurisdição e continua a observar as condições. Sem isso, quer nos sertões, quer nos centros urbanos, muito populosos e de vida intensa, não seria possível ao juiz aquela verificação, para o efeito de revogar ou não o benefício” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Paraná, 27-3-44).

“Denega-se a suspensão, se os antecedentes do condenado e as circunstâncias do crime não autorizam a presunção de que êle não tornará a delinquir. Trata-se de individuo dado a embriaguez, indolente, sem profissão certa, já expulso da Polícia Militar a bem da disciplina e cujo crime revela grande audácia, periculosidade em alto grau, qual seja a de quem pratica furto durante o repouso noturno e com entrada em casa do lesado” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30-10-44).

“A lei não permite que se imponha como condição resolutiva, na concessão do *sursis*, o pagamento de custas. O inadimplemento dessa obrigação não autoriza a revogação da medida. Semelhante exigência desnatura a índole e compromete a finalidade do instituto. Cumpre consultar os intérpretes, face ao novo texto. É dos mais autorizados: o Prof. ROBERTO LYRA — destacado e douto membro da comissão revisora do Código Penal. Em seus *Comentários ao Código Penal*, diz que o Código confiou ao juiz a especificação das condições e, à pág. 404, esclarece: “os órgãos de execução tratarão de *efetivar*, como devem fazer sempre, as demais *sanções*, e o *pagamento* das custas, bem como da taxa penitenciária”. Reporta-se, então, aos arts. 701 e 804 do Código de Processo Penal. Em seguida, trata da revogação (n.º 78), fazendo remissão a alguns artigos do Código de Processo, porém não alude ao não-pagamento de custas” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-11-43, relator desembargador JOÃO SEVERIANO CARNEIRO DA CUNHA).

“O não-pagamento das custas não impede a concessão, nem determina a revogação do *sursis*” (Câmaras Criminais Conjuntas, Tribunal de Apelação de São Paulo, 9-6-42).

“A menoridade ou a ancianidade do condenado a reclusão, para a concessão do *sursis*, se entende por ocasião dêste, e não na época do crime. Se a lei quisesse se referir ao tempo do crime, em caso suscetível de dúvidas, tê-lo-ia dito expressamente, como o fêz, tra-

pensão não pode ser decretada mais de uma vez. Parece-me ocioso o dispositivo, desde que não pode haver primário no

“mente para sua obtenção são a personalidade do acusado e as circunstâncias do crime” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10-9-43, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 84).

“A idade do réu a ser tomada em consideração para o efeito da concessão do *sursis* é a do momento do fato, pouco importando que o processo ou a sentença sejam posteriores à maioridade do beneficiado” (unânime, Tribunal de Justiça de São Paulo, 6-8-48, *Revista dos Tribunais*, vol. 176, pág. 144).

“Concede-se *sursis* ao réu menor e delinqüente primário, condenado a dois anos de reclusão” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 15-7-46, *Diário da Justiça* de 18-3-48, pág. 844).

“A data do crime, no caso de ações continuadas, não pode ser outra senão aquela que corresponder à prática do último ato que encerrou a série de infrações” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-9-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 80).

“O *sursis* é um benefício que não pode ser concedido sem a prova de seus requisitos; quando a pena é de reclusão, o benefício é excepcional e, então, maior rigor se impõe na apreciação desses requisitos. Não basta que o réu alegue ser menor: deve provar essa alegação de maneira inequívoca” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 19-10-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 183, pág. 101).

“Confirma-se a sentença condenatória baseada na prova da culpa do réu, inclusive pela sua confissão em Juízo. Ocorrendo, porém, a hipótese do art. 30, § 3.º, do Código Penal, atendendo-se a que a natureza e as circunstâncias do fato autorizam a presunção de que o réu não voltará a delinqüir, concede-se a suspensão condicional da pena” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 3-11-49, *Diário da Justiça* de 27-6-50, pág. 1.963).

“É de conceder-se *sursis* ao menor condenado, como incurso no art. 217 do Código Penal, por isso que o fato de não se casar com a ofendida, reparando, assim, o mal, não constitui presunção de que venha a reincidir ou voltar a delinqüir. O *habeas corpus* é meio idôneo para a concessão da medida” (Conselho de Justiça do Distrito Federal, 2-3-50, *Diário da Justiça* de 20-6-50, pág. 1.879).

caso de segundo benefício e a revogação acarreta sempre a execução.⁵⁴²

⁵⁴² Entre os principais trabalhos mais acessíveis sobre a suspensão condicional da pena: BERGMANN, *Sulla condanna condizionale*, Milão, 1893; OLIVA, *La condanna condizionale*, Trani, 1895; TREPOZ, *Etude théorique et pratique sur les condamnations conditionnelles*, Paris, 1895; MORNET, *De la suspension des peines*, *idem*; NOTARISTEFANI, *La condanna condizionale*, Nápoles, 1897; DELALANDE, *La condanna condizionale*, *idem*; CHIARIONI, *La condanna condizionale*, Treviso, *idem*; BIVADAU, *La loi de sursis etc.*, Lião, 1902; LONGHI, *La riprensione giudiziale e l'evoluzione delle pene morali*, Milão, 1903; BRUNI, *Note alla legge sulla condanna condizionale*, Acqui, 1904; PERIN, *De la remise conditionnelle des peines*, Genebra, 1904; LEOTTI, *Le pene morali e la condanna condizionale*, Raggio, 1905; ALBA, *La condanna condizionale*, Madri, 1908; VASSALLI, *La sentenza condizionale*, Roma, 1918; BELLINI, *Condanna e liberazione condizionale*, *Riv. di Dir. Penit.*, Roma, 1930, II, 265.

CAPÍTULO IV

Do livramento condicional

Requisitos
do livramen-
to condi-
cional

Art. 60. O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que:

I, cumprida mais de metade da pena, se o criminoso é primário, e mais de três quartos, se reincidente;

II, verificada a ausência ou a cessação da periculosidade, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

III, satisfeitas as obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência do condenado.

Parág. único. As penas que correspondem a crimes autônomos podem somar-se, para o efeito do livramento, quando qualquer delas é superior a três anos.

Especifica-
ção das con-
dições

Art. 61. A sentença deve especificar as condições a que fica subordinado o livramento.

Prelimina-
res da con-
cessão

Art. 62. O livramento somente se concede mediante parecer do Conselho Penitenciário, ouvido o diretor do estabelecimento em que

está ou tenha estado o liberando e, se imposta medida de segurança detentiva, após o exame a que se refere o art. 81.

**Vigilância
do libe-
rado**

Art. 63. O liberado, onde não exista patronato oficial subordinado ao Conselho Penitenciário, fica sob a vigilância da autoridade policial.

**Revogação
do livra-
mento**

Art. 64. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado, em sentença irrecorrível:

I, por crime cometido durante a vigência do benefício;

II, por crime anterior, sem prejuízo, entretanto, do disposto no parág. único do art. 60;

III, por motivo de contravenção, desde que imposta pena privativa de liberdade.

Parág. único. O juiz pode também revogar o livramento, se o liberado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença ou é irrecorrivelmente condenado, por motivo de contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

**Efeitos da
revogação**

Art. 65. Revogado o livramento, não pode ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime ou contravenção anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

**Cumprimen-
to das condi-
ções**

Art. 66. Se até o seu termo o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena pri-

vativa de liberdade e ficam sem efeito as medidas de segurança pessoais.

Parág. único. O juiz não pode declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime ou contravenção cometido na vigência do livramento.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Art. 176. O condenado a pena detentiva por tempo superior a cinco anos, que tenha cumprido a metade da pena ou, pelo menos, três quartos, se é reincidente, e tenha dado provas constantes de boa conduta, pode obter livramento condicional, caso o restante da pena não ultrapasse a cinco anos. A concessão do livramento condicional está subordinada ao cumprimento das obrigações civis resultantes do crime, salvo quando o condenado demonstre encontrar-se na impossibilidade de cumpri-las. O livramento condicional não é permitido, se o condenado, depois de cumprida a pena, deve ser submetido a medida de segurança detentiva. Art. 177. O livramento condicional é revogado, se o liberado comete delito ou contravenção da mesma índole, ou transgredir as obrigações inerentes à liberdade vigiada, (art. 230, n.º 2). Em tal caso, o tempo decorrido em liberdade condicional não é computado na duração da pena e o condenado não pode ser readmitido à liberdade condicional. Decorrido todo o tempo da pena, sem que tenha intervindo causa de revogação do livramento condicional, a pena fica extinta, revogando-se as medidas de segurança pessoais, impostas pelo juiz na sentença de condenação ou em provimento posterior”. *Código suíço*: “Art. 33. 1. Quando um condenado a reclusão ou a prisão tiver cumprido dois terços de sua pena, mas, pelo menos, três meses em caso de condenação a prisão, a autoridade competente poderá libertá-lo condicionalmente: se se comportou bem no estabelecimento; se é de presumir que se conduzirá bem em liberdade; e se tanto quanto se podia esperar dêle, reparou o dano fixado judicialmente ou mediante acôrdo com o lesado. Quando um condenado a reclusão perpétua tiver cumprido 15 anos de sua pena, a autoridade competente poderá libertá-lo condicionalmente. Antes de qualquer liberação condicional, a autoridade pedirá o parecer dos funcionários do estabelecimento. 2. A autoridade competente concederá ao condenado um prazo de prova, durante o qual poderá submetê-lo a um patronato. Este prazo expira, em regra geral, com a pena que resta a cumprir e não poderá

ser inferior a um ano, nem superior a cinco anos. Em caso de condenação a reclusão perpétua, o prazo de prova será de cinco anos.

3. A autoridade competente poderá impor ao liberado, durante o prazo de prova, certas regras de conduta, tais como a obrigação de abster-se de bebidas alcoólicas, de permanecer em lugar ou estabelecimento determinado (asilo, colônia) ou de ficar a serviço de um empregador designado.

4. Se, durante o prazo de prova, o liberado comete crime ou delito intencional, se persiste em desprezar uma advertência formal da autoridade competente, infringir uma das regras de conduta que lhe foram impostas, se se subtrai, obstinadamente, ao patronato ou se, de outra maneira, ilude a confiança nêla depositada pelo juiz, a autoridade competente ordenará seu reingresso no estabelecimento. O tempo passado em liberdade condicional não será computado na duração da pena.

5. Se o liberado se conduz bem até a expiração do prazo de prova, a sua liberação tornar-se-á definitiva".

Código dinamarquês: "Art. 38. 1. Depois da expiração de período igual a dois terços da duração da pena, mas não-inferior a nove meses, o Ministério da Justiça resolve, por proposta da direção do estabelecimento penitenciário, se o prisioneiro pode ser pôsto em liberdade a título de experiência. 2. A soltura sômente pode verificar-se quando a situação do prisioneiro não torna a medida inoportuna, se há certeza de que êle obteve um trabalho para o qual está apto, ou de que sua colocação e sua manutenção estão asseguradas de outro modo conveniente, e se êle se declara disposto a submeter-se às condições impostas. 3. A partir de sua soltura, o indivíduo em questão é submetido a vigilância regular, exercida, quer por instituição criada para êste fim, quer por pessoa qualificada para tal missão e que aceitou o encargo. Além disso, a soltura é subordinada à condição de que o indivíduo sôlto se entregue a vida regular e sem condenações e que observe as prescrições da instituição ou pessoa encarregada de sua vigilância, assim como daquelas que podem eventualmente ser reunidas às primeiras.

Art. 39. 1. Em caso de livramento, a título de experiência, o prisioneiro recebe um salvo-conduto, contendo as condições a que está subordinada a sua liberdade, e mencionando que, se estas condições não forem observadas, êle será novamente prêso para cumprir o resto da pena. 2. O ministro da Justiça resolve se o reingresso deve ser efetivado. Em tal caso, a parte restante da pena será considerada como nova pena. Se, depois de sua soltura, o indivíduo em questão tenha sido de novo condenado a pena do mesmo gênero, aquela será somada a esta. Se a última consiste em detenção simples, o tribunal competente convertê-la-á em prisão, segundo as regras do art. 90.

Art. 40. 1. O livramento, a título de experiência, dura até a expiração do restante da pena, mas deve ser, em qualquer caso,

de dois anos pelo menos. 2. Se, por ocasião da expiração do livramento a título de experiência, nenhuma decisão foi tomada relativamente ao reingresso, a pena será considerada cumprida". *Código poionês*: "Art. 65. § 1.º O condenado a pena privativa de liberdade pode ser condicionalmente liberado da execução de parte da pena, se sua conduta, durante o cumprimento da pena, e sua situação pessoal permitem presumir que não cometerá nova infração. § 2.º O condenado deve ter cumprido, pelo menos, dois terços da pena, mas, em qualquer caso, pelo menos oito meses e, se condenado a prisão perpétua, 15 anos pelo menos. § 3.º O período de detenção preventiva e a parte da pena restante não são computados na pena aplicada e na pena cumprida. § 4.º O condenado, que deve ser submetido, depois de cumprir a pena, a medidas de segurança, não pode ser liberado condicionalmente. Art. 66. § 1.º Em caso de liberação condicional, o condenado pode ser submetido a vigilância e, durante o período de prova, a execução da vigilância é confiada a pessoas e a instituições dignas de confiança. § 2.º O período de prova compreende o tempo da pena que resta a cumprir, em todo o caso, um ano, pelo menos. Em caso de condenação a prisão perpétua, o período de prova é de cinco anos. Art. 67. § 1.º Se o condenado comete, durante o período de prova, nova infração inspi-rada nos mesmos móveis ou da mesma categoria dos móveis prece-dentes, a liberação condicional será revogada. § 2.º A liberação condicional pode ser revogada, se o condenado comete, durante o período de prova, outra infração que não a infração referida no § 1.º, ou, então, se subtrai à vigilância ou se conduz mal. § 3.º Em caso de revogação da liberação condicional, o período decorrido em liberdade não é computado na pena. Art. 68. Se a revogação não se verificou no prazo de três meses, depois da expiração do período de prova, a pena é considerada cumprida". *Código argentino*: "Art. 13. O condenado a reclusão ou prisão perpétua, que tiver cumprido 20 anos de condenação, o condenado a reclusão temporá-ria ou a prisão por mais de três anos, que tiver cumprido dois ter-ços de sua condenação, e o condenado a reclusão ou prisão por me-nos de três anos que, pelo menos, tiver cumprido um ano de reclusão ou oito meses de prisão, observando com regularidade os regulamen-tos carcerários, poderão obter a liberdade por decisão judicial, me-diante prévia informação da direção do estabelecimento, sob as se-guintes condições: 1.º) residir no lugar que determine o alvará de soltura; 2.º) observar as regras de inspeção que o mesmo fixe, especialmente a obrigação de abster-se de bebidas alcoólicas; 3.º) adotar, no prazo que o alvará determine, ofício, arte, indústria ou profissão, se não tiver meios próprios de subsistência; 4.º) não co-meter novos delitos; 5.º) submeter-se aos cuidados de patronato

indicado pelas autoridades competentes. Estas condições vigorarão até o vencimento dos prazos das penas temporárias e nas perpétuas até cinco anos mais, a contar do dia da liberdade condicional.

Art. 14. A liberdade condicional não se concederá aos reincidentes.

Art. 15. A liberdade condicional será revogada, quando o condenado cometer novo delito ou violar a obrigação de residência. Nesses casos, não se computará, no prazo da pena, o tempo que haja durado a liberdade. Nos casos dos incisos 2.º, 3.º e 4.º do art. 13, o tribunal poderá dispor que não se compute, no prazo da condenação, todo ou parte do tempo que houver durado a liberdade, até que o condenado cumpra o disposto nos ditos incisos.

Art. 16. Decorrido o prazo da condenação ou o prazo de cinco anos mencionado no art. 13, sem que a liberdade condicional tenha sido revogada, a pena ficará extinta e da mesma forma a inabilitação absoluta do art. 12.

Art. 17. O condenado, cuja liberdade condicional tenha sido revogada, não poderá obtê-la novamente".

Código uruguaio: "Art. 131. O livramento condicional extingue a condenação de penitenciária, cumpridas duas tércas partes da mesma, na proporção de um dia de pena por dois dias de boa conduta, sempre que se dêem provas de correção moral e que os juizes não tenham aplicado medida de segurança. O livramento será concedido pela Alta Corte de Justiça, mediante prévia informação do director do estabelecimento e do fiscal da Corte e será revogado pela mesma autoridade, em um ou outro caso, por simples maioria de votos. Dão causa à revogação o quebramento da vigilância da autoridade e a má conduta do liberado. Este benefício não se estende às medidas de segurança".

Código cubano: "Art. 98. É estabelecida a liberdade condicional para os sancionados a mais de um ano e um dia de privação de liberdade que hajam cumprido três quartas partes da sanção imposta, sempre que sejam merecedores do dito benefício, por provas evidentes de conduta sem mancha e ofereçam garantias de vida honrada como cidadãos pacíficos e laboriosos.

Art. 99. a) Compete unicamente ao tribunal sentenciador decretar a liberdade condicional dos réus nos casos em que caiba.

b) O período de liberdade condicional durará todo o tempo que falte ao liberado para cumprir a sanção imposta pelo tribunal, e durante o mesmo o liberado estará sujeito a vigilância da autoridade.

c) Se, no dito período, reincidir, observar má conduta ou recair em estado perigoso, revogar-se-á a liberdade concedida e o liberado voltará à sua situação anterior, reingressando no estabelecimento em que cumpria a sanção imposta pelo período que faltar para extinguí-la, sem prejuízo da adoção, quanto ao mesmo, das medidas de segurança aplicáveis.

d) O tempo decorrido em liberdade condicional será computado em favor do réu em todo caso, salvo se a revogação tiver sido decretada por motivo de reincidência ou de reiteração".

COMENTARIO

SUMARIO: 79. Advertência. 80. Dados históricos. 81. Pressupostos. 82. Condições e revogação.

79. O livramento condicional, que evolui para o campo da tutela penitenciária, apresenta aspectos judiciais e administrativos,⁵⁴³ mas estes são, entre nós, os mais importantes, quer no estudo e na observação do sentenciado, quer na execução e no controle do benefício. É, portanto, nos comentários do Código de Processo Penal e, sobretudo, do Código Penitenciário, que cabe a apresentação dos problemas, aqui colocados em linhas gerais.

80. Muito se discute a origem do instituto do livramento condicional, a que SALDAÑA chamou *revisão pragmática da sentença*.⁵⁴⁴

Parece-nos pertencer ao magistrado francês BONNEVILLE a sua concepção,⁵⁴⁵ com o nome de *liberação preparatória* (1846-1847).

Em 1853, na Austrália, constituía complemento do degredo. A lei inglesa de 20 de agosto daquele ano teve BENTHAM como propugnador. Entre os seus vulgarizadores de-

⁵⁴³ A concessão do livramento condicional, originariamente e ainda em muitos países, como a Itália, a França, a Bélgica, a Dinamarca, é da competência do ministro da Justiça. Vejam-se CASTEJON, Madri, 1915, e GARICOITS, Montevideu, 1932.

⁵⁴⁴ Ob. cit., pág. 156.

⁵⁴⁵ *De la libération préparatoire des condamnés amendés*, Reims, 1846. *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire* (1847). "Nascida na França, concebida por um magistrado francês (BONNEVILLE), a liberação condicional fez a volta do mundo antes de encontrar direito de cidade em seu país de origem; é próprio do nosso gênio mandar liberalmente os nossos achados aos quatro cantos do mundo, para apreciá-los somente quando os estrangeiros, tendo-os recolhido e utilizado, nos revelam o seu valor" (TOULEMON, *Le Progrès des Institutions Pénales*, Paris, 1928, págs. 209 e 210).

vem ser citados: LUCAS, na França, e MITTERMAYER, na Alemanha.

Os americanos disputam a primazia, filiando o livramento condicional ao *parole*, adotado, nos Estados Unidos, em 1876.

As datas não servem à reivindicação.⁵⁴⁶ Deve-se, desde logo, dirimir a confusão corrente entre os institutos americanos da *probation* e do *parole*: o primeiro cancela a condenação, o segundo intervém durante a execução da pena. Visam ambos à readaptação do delinqüente, porém um com a simples ameaça e o outro com a efetivação desta, completando a obra carcerária, com a liberação antecipada. Esta, por um lado, estimularia o condenado a proceder bem durante a prisão, e, por outro, controlaria os seus primeiros contatos com a vida livre.⁵⁴⁷

O livramento condicional definiu-se como última etapa do sistema penitenciário progressivo, que, como vimos, procedeu da Irlanda (1857). Pode-se afirmar, portanto, que foi pensado na França e praticado na Inglaterra,⁵⁴⁸ de onde se propagou logo por toda a Europa, sobretudo na Alemanha e na Suíça. Só em 1899 os Estados Unidos conseguiram implantá-lo em todo o país.

Trata-se, portanto, cronologicamente, de conquista do chamado *período humanitário*, entregue ao domínio universal sob o clima antropológico.

Os clássicos fizeram concessões módicas à liberdade antecipada.

FRANCK, examinando a natureza jurídica do livramento condicional, demonstrou a incompatibilidade lógica, sobre-

⁵⁴⁶ A primazia caberia antes ao México, pois o art. 54 do Código MARTINEZ DE CASTRO (1871) consagrava a liberdade preparatória.

⁵⁴⁷ Sobre o livramento condicional nos Estados Unidos, *vide* a magnífica síntese do desembargador JOSÉ DUARTE, *in Direito*, Rio, 1940, vol. III, pág. 46.

⁵⁴⁸ SALDAÑA afirma, ao contrário, que BONNEVILLE importou a *idéla* da Inglaterra (ob. cit., pág. 155).

tudo em confronto com BERNER, dos sistemas clássicos ou ecléticos com êsse instituto.⁵⁴⁹

Como assinalamos, os destinos dêsse recurso de política criminal, baseado na utilidade e não na justiça — facultativo, condicional, vigiado, revogável — vão retomando a fisionomia administrativa, que está em sua origem e em sua natureza.

O Código de 1890 (arts. 50 a 52) já previa o livramento condicional, mas somente em 1924 foi regulado e efetivamente executado (dec. n.º 16.665, de 6 de novembro de 1924), como medida jurisdicional. Êsse decreto resultou da autorização legislativa constante do dec. n.º 4.577, de 5 de setembro de 1922.

O Brasil caracterizou, originalmente, o instituto, associando a intervenção administrativa, através, sobretudo, do Conselho Penitenciário — criação brasileira — e a judiciária, conferido a esta o julgamento e àquela a instrução e a crítica dos pedidos, bem como a vigilância. Principais fontes: lei belga (1888), Código ZANARDELLI (1888)⁵⁵⁰ e projeto FERRI (1921). Na *Exposição de motivos* de 5 de novembro de 1924, o ministro João Luís ALVES acentuava que o livramento se destinava a substituir a comutação das penas, de uso, por vêzes, inconveniente.⁵⁵¹ O decreto de 1924, incorporado à Consolidação das Leis Penais (art. 50), admitia o benefício para os condenados a penas restritivas da liberdade por tempo não-menor de quatro anos. Mas, o decreto n.º 24.351, de 6 de junho de 1934, dispôs, no art. 5.º: “Poderá ser concedido livramento condicional aos condenados por uma ou mais penas de mais de um ano...”. E, assim, não só confinou o limite de tempo ao da suspensão condicional da pena, como permitiu a soma de penas curtas, favorecendo,

⁵⁴⁹ GRISPIGNI, *Il Nuovo Diritto Criminale*, etc., Nápoles, 1911, pág. 38, nota.

⁵⁵⁰ CÂNDIDO MENDES, ob. cit., pág. 44.

⁵⁵¹ O Código italiano inclui o livramento condicional entre as causas extintivas da pena.

impolítica e inadequadamente, os reincidentes, os profissionais e os habituais.⁵⁵²

81. Os pressupostos do livramento condicional são objetivos e subjetivos.

O primeiro pressuposto objetivo é a pena de reclusão ou de detenção superior a três anos. Como vimos, a legislação anterior contentava-se com a pena superior a um ano. MITTERMAYER aconselhava o benefício para as penas curtas. Mas, estas não permitem provação penitenciária progressiva e reveladora, nem experimentação do egresso.⁵⁵³

O segundo pressuposto objetivo do livramento condicional é o cumprimento da metade da pena, se o sentenciado é primário, e mais de três quartos, se reincidente.

A legislação anterior não distinguia entre primários e reincidentes.⁵⁵⁴

Na contagem do tempo, computam-se o tempo de prisão preventiva ou provisória no Brasil e no estrangeiro, e o de internação em hospital ou manicômio (art. 34), pelo mesmo processo ou pelos mesmos processos (art. 60, parág. único).

O tempo de medida de segurança, mesmo consistente em internação em hospital ou manicômio, aplicada, provisoriamente, não é contado (art. 80, parág. único).

Despreza-se, portanto, o tempo de prisão como medida de ordem ou segurança pública, de prisão administrativa (art. 319 do Código de Processo Penal) ou de prisão para diligência (art. 21 do Código de Processo Penal).

A verificação do segundo pressuposto objetivo do livramento será feita, mediante exame da carta de guia e seus aditamentos, enviados, por cópia, ao Conselho Penitenciário (art. 677 do Código de Processo Penal).

⁵⁵² Sobre o *livramento condicional*, em nossa bibliografia: ARMANDO COSTA, Rio, 1934; ARI FRANCO, Rio, 1931.

⁵⁵³ ROBERTO LYRA, *Rev. de Direito Penal*, Rio, 1933, maio e junho, pág. 140.

⁵⁵⁴ O projeto SÁ PEREIRA limitava o benefício aos primários (art. 95), como na França.

Se o Conselho notar qualquer erro ou omissão, oficiará ao juiz da execução, para retificação ou esclarecimento (artigo 716, § 1.º, do Código de Processo Penal).

O Código optou pela pena *superior* a três anos (a de três anos não é, portanto, abrangida). Não se diga que, assim, ficam fora da ação da política criminal e penitenciária os condenados a detenção até dois anos, excluídos da suspensão, e os condenados a reclusão até três anos, privados do livramento condicional. Em primeiro lugar, a política criminal e penitenciária faz-se, também, pela anistia e pelo perdão. Em segundo lugar, a suspensão e o livramento não constituem direitos subjetivos do sentenciado e têm por finalidade, respectivamente, combater as penas curtas e longas, *quando contraproducentes ou inúteis*. O livramento não pode suprir a suspensão, desfigurando a sua natureza de prova destinada aos delinquentes previamente reconhecidos como de periculosidade mínima, pela natureza do crime, e da pena, mas, sobretudo, pelo prognóstico seguro baseado na personalidade. O condenado a mais de dois até três anos, segundo um Código que confiou ao juiz, em regra, a determinação da quantidade da pena e, muitas vezes, a da qualidade, não faz jus a tal prognóstico.

Em última análise, cabe ao juiz, em princípio, colocar o sentenciado em condições de poder habilitar-se a um ou outro benefício.

Além disso, o condenado a reclusão não-superior a três anos, isto é, sem possibilidade de obter o livramento, desde que vença a metade da pena com bom procedimento, conta com a transferência para colônia penal.

De qualquer forma, nos casos excepcionais de inutilidade ou nocividade da segregação, intervirá o perdão ou a anistia. O que não teria cabimento era desvirtuar uma medida que, segundo PRINS, pertence a uma "Minoria de elite",⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ ZAMULO, *La libération conditionnelle en France et à l'étranger*, Paris, 1935.

com provadas aptidões para livrar-se das penas esmagadoras, exatamente pela sensibilidade moral e pelas fundadas perspectivas da felicidade a expensas do trabalho e do mérito.

Tanto a reincidência genérica como a específica (artigo 46) importam a exigência do cumprimento de mais de três quartos da pena.

Os serviços externos, aliás privativos dos homens (artigo 29, § 2.º), quando reclusos (art. 30, § 1.º), não afetam o *quantum*. Na legislação anterior, as divergências na conceituação desses serviços geraram iniquidades e absurdos, agora afastados.

O Código admite a soma das penas correspondentes a crimes autônomos, quando qualquer delas é superior a três anos (ver art. 711 do Código de Processo Penal).

Mas, essa soma só cabe, se as penas são cumpridas sem interrupção, no mesmo ou em diverso estabelecimento.

É indiferente ainda que sejam várias as justiças estaduais. A competência para o livramento pertence ao juiz da execução da pena que o condenado estiver cumprindo (artigo 712, parág. único, do Código de Processo Penal).

O terceiro pressuposto objetivo do livramento condicional é a satisfação das obrigações civis resultantes do crime (art. 74, I). Mediante prova de insolvência, isto é, de que o condenado não pode reparar o dano sem os recursos indispensáveis à sua manutenção e à de sua família (arts. 37, § 3.º, e 225, § 1.º, I, do Código de Processo), pode ser dispensado o pressuposto.

Não se presume, porém, a insolvência. O Código exige a sua *prova*. Conforme o caso e os termos, o atestado da autoridade policial ou da autoridade penitenciária integrará tal prova.

No processo principal existirão sempre elementos sobre a condição econômica do réu (art. 6.º, IX, do Código de Processo Penal).

O primeiro pressuposto subjetivo do livramento condicional é a ausência ou a cessação da periculosidade (arts. 57, II, e 77). Vejam-se os ns. 27 e 77.

A verificação da *ausência* de periculosidade, isto é, a presunção negativa da reincidência, diz respeito, secundariamente, à alçada médica. Na sentença já se terá pronunciado, a respeito, o juiz, totalizando, do plano jurídico, os desdobramentos do problema. Resta apurar as condições do liberando para identificar mudanças porventura sobrevindas no decurso do cumprimento da pena. A previsão a estabelecer é, antes, tarefa da experiência geral da vida e do meio. Tem-se em atenção, principalmente, o futuro.

Se se cogita, porém, de apurar a *cessação* da periculosidade, a pesquisa obedece a outros critérios (arts. 62 e 81 do Código Penal e 715 do Código de Processo).

O exame respectivo deve ser feito por médicos psiquiatras, se a medida de segurança detentiva consistir na internação em casa de custódia e tratamento (arts. 92 do Código Penal e 715, parág. único, do Código de Processo).

Tratando-se, porém, de internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, predominam, na perícia, aspectos necessitados de visão mais ampla. Na falta de técnicos do serviço social, os mais indicados para dizer a respeito, impõe-se a escolha de educadores.⁵⁵⁶

Completam o segundo pressuposto subjetivo do livramento condicional o bom comportamento durante a vida carcerária e a aptidão para prover à subsistência mediante trabalho honesto. A prova do procedimento não se pode reduzir ao atestado negativo de transgressões disciplinares, impondo-se documentação que atribua à conduta forma expressa, militante, inconfundível. A prova negativa independeria de exame, expondo o julgamento à indiferença generalizadora, à simplicidade vaga, à abstenção superficial.

A certidão negativa importaria renúncia ao dever de discriminar, frisar e individualizar, premiando os que, por omissão ou dissimulação, aproveitam a negligência ou a

⁵⁵⁶ A comissão revisora suprimiu a audiência do médico do estabelecimento, constante do anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO.

inépcia na vigilância e a deficiência dos serviços e dos registros carcerários.

Tôda gente sabe o que SÁ PEREIRA disse com maior vigor: "Seria leviandade criminosa conceder o benefício a quem não oferece garantias do bom uso que irá fazer da liberdade; o conjunto da vida carcerária não basta para tranquilizar-nos sobre este ponto, porque são justamente os criminosos mais temíveis os que, de regra, melhor se comportam na prisão; a capacidade de manter, por longo tempo, atitude hipócrita, que iludirá os mais argutos, concorre, por vêzes, para acentuar-lhes a temibilidade; outros existem cujos instintos maus hibernam na prisão para despertar revigorados ao ar livre, ao contado da vida social".⁵⁶⁷

Tôda a vida do sentenciado deve ser dominada e discriminada para o julgamento da conduta. Não é lícito sonhar qualquer elemento ao Conselho Penitenciário e ao juiz, seja a que pretexto fôr.

O cancelamento das infrações disciplinares é inoperante para o fim de subtraí-las à apreciação dos órgãos responsáveis pela boa aplicação do benefício. Tais órgãos são chamados a entrar no exame da significação da falta, segundo o seu próprio critério. Um ato perdido na constância da disciplina, do estudo e do trabalho, um desvio recuperado pela retidão posterior, não justifica a condenação do sentenciado ao cumprimento de outra metade ou de mais um quarto da pena. Seria esta a consequência.

O sentenciado é um homem sujeito às contingências e exposto ainda aos desafios de uma condição, muitas vêzes, desesperadora. Não se pode reclamar dele o que nem dos santos se exige.

O art. 714, V, do Código de Processo Penal cuida da jurada ao relatório do diretor do estabelecimento penal de promessa escrita de colocação, quando feita por pessoa idônea, com indicação do serviço e do salário.

⁵⁶⁷ *Exposição de motivos*, cit., pág. 108.

Não é à aptidão potencial que se refere o Código, mas à efetiva disponibilidade de trabalho honesto.

Na falta de promessa de colocação, a sentença marcará prazo para que o liberando tome ocupação (arts. 718 e 767 do Código de Processo Penal). De qualquer forma, sem fundados elementos para esperar a obediência, seria absurdo transformar a liberdade na condenação “à satisfação ilegal de necessidades certas” (SALDAÑA).

Reunidos a rigor todos êsses pressupostos, operando simultaneamente, o juiz pode conceder o livramento, cujo caráter facultativo foi fixado no art. 57 e enaltecido na *Exposição de motivos* ministerial.⁵⁵⁸

Ficou, assim, sem objeto o debate que, mesmo sob o direito anterior, não tinha razão de ser (art. 50 da Consolidação das Leis Penais).

A concessão depende de parecer do Conselho Penitenciário,⁵⁵⁹ ouvido o diretor do estabelecimento em que estiver ou tiver estado o liberando (art. 62).^{559-a}

⁵⁵⁸ “... Uma medida finalística entrosada num plano de política criminal”, *Revista Forense*, 1941, fevereiro, pág. 454.

⁵⁵⁹ Dec. n.º 16.665, de 6 de novembro de 1924.

^{559-a} “Penas disciplinares ao condenado, por faltas graves, embora posteriormente canceladas, não tendo êsse cancelamento o efeito de apagar os efeitos dêsse seu mau procedimento na prisão, constituem índices da sua inaptidão para a vida em sociedade sob o regime de liberdade vigiada, e da não-cessação da sua periculosidade, antes revelada pela prática de três crimes contra a propriedade” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 8-6-42).

“Não se deve aplicar o Código vigente em matéria de livramento condicional, quando agravar a situação do réu” (maioria, Câmaras Reunidas, Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 14-10-42).

“O livramento condicional não envolve o problema da aplicação da pena, mas o da sua execução; negá-lo não importa na sua manutenção, proibida pelo art. 122, n.º 13, da Constituição” (Supremo Tribunal Federal, 22-4-42).

“A prescrição do art. 113 começa a correr do dia em que passa em julgado a sentença revocatória do livramento condicional” (Supremo Tribunal Federal, 14-12-42).

82. As condições do benefício são ditadas pela situação do liberando, suas raízes no meio, suas habilitações, sua idade, sua saúde etc.

A falta de imaginação, o automatismo funcional alijaram a decisiva tarefa, sem a qual o livramento não será condicional ou será condicionado, abstratamente, à transcrição de fórmulas de tarimba. Os arts. 718, 719, 720 e 767 do Có-

“Não é de se conceder livramento condicional ao réu, que, embora tenha cumprido mais de três quartos das penas, é reincidente, nem sempre foi bem procedido na prisão, não sendo, assim, de presumir a sua emenda ou a possibilidade de tornar à liberdade sem inconveniente ou perigo à segurança social. Além disso, quando merecesse o recorrente o livramento condicional, este seria impraticável por estar aquêle sujeito à pena de expulsão do território nacional, não executada por estar o recorrente cumprindo pena na prisão” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 25-5-42).

“No livramento condicional não se trata de aplicação de pena, mas de sua execução. Não há, portanto, que cogitar de retroatividade da lei penal nova” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-8-42).

“Não basta o bom comportamento na prisão para o livramento condicional” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11-3-43).

“Sendo o recorrente reincidente específico, para que tivesse direito ao livramento condicional era necessário, entre outras condições, a do cumprimento de três quartos da pena. Nem se diga que o dec.-lei n.º 5.214, de 21 de janeiro de 1943, dispensou essa condição de tempo. Tal não parece aceitável. Esse decreto-lei foi expedido para permitir, *por equidade*, que sentenciados a penas privativas da liberdade a menos de três anos, já condenados ao tempo em que entrou em execução o novo Código Penal, ou quando houvessem delinqüido anteriormente a 1.º de janeiro de 1942, pudessem obter livramento condicional, que lhes é vedado pelo art. 60 do aludido Código, que somente concede ao condenado à pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que satisfaça as condições, indicadas nos incisos que se seguem ao mesmo artigo 60. Não cogitou o legislador, que elaborou tal decreto-lei, nem de longe modificar as condições constantes dos aludidos incisos. Facilmente isso se provará, tendo-se em vista os termos em que está redigida a *Exposição de motivos* com que o Sr. ministro da Justiça

digo de Processo Penal estabelecem as normas obrigatórias que o juiz completará especificamente, podendo modificar as que pertencem ao seu arbítrio (art. 731 do Código de Processo Penal).

O liberado ficará sob a vigilância de patronato oficial subordinado ao Conselho Penitenciário ou, à falta, da auto-

“apresentou o anteprojeto, que se converteu no decreto-lei n.º 5.214, de 21 de janeiro de 1943, ao Sr. presidente da República. Ora, não há nessa justificação a mais vaga referência à dispensa da condição de tempo ou seja de metade de cumprimento da pena se o liberando for primário, ou de mais de três quartos se reincidente. Não há a isso nenhuma alusão, nem poderia haver, por isso que temerário seria dispensar esse requisito de tempo, durante o qual se observará o comportamento do sentenciado, o seu pendor à disciplina, a possibilidade de vir ele a se readaptar à vida social. Tal é elemento indispensável à concessão do livramento condicional. Se assim não fora, o dec.-lei n.º 5.214 deste ano, que foi expedido visando corrigir uma situação de desigualdade entre sentenciados em condições idênticas, seria fonte de outras e mais chocantes desigualdades. Assim, viria permitir que sentenciados por *delitos comuns a uma ou mais penas privativas da liberdade superiores a um ano*, cometidos antes da vigência do Código Penal (por exemplo: homicida, condenado a 20 anos), decorridos dois anos, durante os quais tivesse tido ótimo procedimento no Presídio e na Penitenciária, viesse a pleitear e obter o benefício do livramento condicional. E este teria de lhe ser concedido, mesmo que fosse reincidente, pelos julgadores que sustentam que o dec.-lei n.º 5.214, de 21 de janeiro de 1943, aboliu o requisito do tempo (o do inciso I do art. 60 do Código Penal), eis que o liberando esteja nas condições do art. 1.º desse decreto-lei, ou, como o ora recorrente: a) tenha sido condenado a uma ou mais penas privativas da liberdade; b) por tempo superior a um ano; c) seja o crime comum; d) cometido antes da vigência do novo Código Penal; e) satisfaça ele as condições, apenas, dos ns. II e III daquele art. 60. Isso levaria ao absurdo, contrariaria o sistema do mesmo Código Penal, em cuja *Exposição de motivos*, n.º 31, o Sr. ministro da Justiça deixou expressa qual seja a verdadeira função do livramento condicional” (voto vencido, 2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12-7-43).

“No dec.-lei n.º 5.214, de 21 de janeiro de 1943, as únicas exceções são as dos ns. II e III do art. 60 do Código; é expresso

ridade policial. No 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, reunido em Santiago, a delegada argentina, doutora DOLORES MADAMES, criticou o Código pela missão supletiva atribuída à autoridade policial. Respondendo à objeção, salientei que a algum órgão, a alguma autoridade, devia ser

“que bastam estes para o liberado fazer jus ao benefício” (maioria, 2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15-7-43).

“A moléstia não impede livramento condicional; seria altamente injusto criar novo requisito” (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 6-12-43).

“Não basta o bom comportamento para o livramento condicional. É preciso que o condenado ofereça, por um conjunto de requisitos, “segurança à Justiça do seu reajustamento social” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15-3-43).

“É de se conceder o livramento condicional, em casos especiais, como medida de elevada política criminal” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10-7-44).

“Não impede o livramento condicional a infração de disciplina “carcerária quando posteriormente se modifica a conduta do recorrente” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10-7-44).

“Não tem direito ao livramento condicional quem se mostrou “rebelde à disciplina carcerária, punido três vezes, e por falta grave, “como tentativa de agressão. Se, submetido à rigidez do regime “carcerário, não se adapta dócilmente e, ao contrário, se rebela com “violência, é que sua índole é perigosa” (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30-11-44).

“Não pode ser concedido ao condenado reincidente que não “cumprir três quartas partes da pena, ou da soma das penas a que “foi condenado. Na espécie em exame, além da não se verificar “esse requisito legal, o requerente, depois de requerer o livramento, “cometeu a falta grave descrita pelo diretor da penitenciária, claramente indicativa de que não cessou a periculosidade do requerente “e ora recorrente. Nega-se provimento ao recurso” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2-8-48).

“Interrompido o cumprimento da pena pela fuga, somente condições excepcionais de regeneração poderiam autorizar a concretização dos requisitos para o livramento” (Supremo Tribunal Federal, 20-5-42).

“Esta Corte sempre admitiu a proteção ao livramento e NÉLSON “HUNGRIA se tem batido pela aplicação benéfica da lei nessa matéria,

confiada a vigilância, sob pena de perder o livramento os atributos que o recomendam à política criminal. À autoridade policial incumbem atribuições muito mais delicadas mesmo para o indivíduo honesto, e os abusos, porventura cometidos, e presumíveis em qualquer outro vigilante, são puníveis até criminalmente.

“ embora encontre em campo adverso seu companheiro de codificação “ ROBERTO LYRA” (Supremo Tribunal Federal, 17-11-43, relator ministro FILADELFO AZEVEDO) .

“Embora, em regra, os maus precedentes do acusado não possam influir no deferimento do benefício da liberdade vigiada, na espécie, “ os índices de debilidade senil, que teriam motivado os acessos de “ libidinagem não-removíveis pelo só tratamento carcerário, aconselham o seu afastamento social até a expiração da pena, sem as “ mitigações do regime do livramento” (Supremo Tribunal Federal, 13-5-42) .

“Se o procedimento do réu não constituiu abuso de profissão ou “ de atividade, capaz de autorizar a interdição de direito de dirigir “ veículos durante certo prazo, tanto que o juiz na sentença condenatória não impôs a pena acessória competente, não é admissível “ a concessão do *sursis* subordinada a essa interdição” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9-8-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 103, pág. 117) .

“O crime de transgressão de tabela de preços, quando praticado por *empregado*, admite a suspensão da pena” (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23-6-49, *Diário da Justiça* de 20-4-50, pág. 1.231) .

“Condicionar a suspensão condicional da pena à efetiva assistência material do cônjuge abandonado é medida de sábia política “ criminal” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 21-3-50, *Rev. dos Tribunais*, vol. 185, pág. 661) .

“Não cabe a suspensão condicional da pena, pela transformação “ desta de reclusão em detenção, embora sejam boas a vida progressiva “ do acusado e as condições de sua personalidade, dada a situação “ econômica do lesado e do apelante, não se podendo considerar de “ pouco valor a coisa subtraída” (2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 14-11-49, *Diário da Justiça* de 27-7-50, pág. 2.318) .

“É de se conceder *sursis*, em crime de lesões corporais, cometido “ em estado de irritação provocada pela vítima, tratando-se de réu “ primário” (3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16-10-50, *Diário da Justiça* de 20-6-50, pág. 1.877) .

A revogação do livramento pode ser obrigatória (art. 64) ou facultativa (art. 64, parág. único). Se a revogação se opera pela condenação por crime (e não contravenção) anterior, computar-se-á no tempo da pena o período em que esteve solto o liberando, sendo permitida a soma do tempo das duas penas para a concessão de novo livramento (artigos 64, II, do Código Penal e 728 do Código de Processo). No caso de revogação por outro motivo, não se faz êsse cômputo,

"A suspensão condicional da pena, por sua natureza transitória, também não deve ficar sujeita a uma condição permanente" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-4-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 525).

"Não havendo ofícios confirmatórios de haver passado em julgado a condenação anterior, não é lícito considerar o réu sem direito à suspensão da pena, sob aquele fundamento" (unânime, 3.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. n.º 8.983, de 19-6-47, *Revista Forense*, vol. 115, pág. 217).

"A revisão criminal não é meio idôneo para a obtenção do *sursis*" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 31-5-48, *Rev. dos Tribunais*, volume 175, pág. 161).

"Suspensão condicional da pena não se concede ao contraventor que é reincidente específico, embora haja medrado largo espaço de tempo entre as duas infrações penais" (unânime, 1.^a Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19-8-46, *Diário da Justiça* de 10-4-48, pág. 1.229).

"Concede-se *sursis* quando, embora de reclusão, possa a pena ser transformada em detenção" (Tribunal Federal de Recursos, 25-3-49, *Revista Forense*, vol. 126, pág. 238).

"Constitui o *sursis* um dos meios mais eficazes para colbir os ímpetos dos temperamentos exaltados, deixando-os sob a forte coação moral de se verem forçados a cumprirem a pena imposta, caso venham incidir novamente na sanção penal" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 29-8-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 171, pág. 78).

"Tão-só elevado grau de culpa — como o que a gerar a presunção de que voltará a delinquir — não obsta à concessão do *sursis* a que faz jus o delinqüente primário e de bons antecedentes" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-4-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 100).

"É de conceder-se o *sursis* em contravenção do jôgo do bicho, quando se prova que o réu condenado, anteriormente, cometera

nem se admite novo livramento pela mesma pena (arts. 65 do Código Penal e 729 do Código de Processo).

Expirado o termo do livramento, isto é, esgotado o tempo da condenação, sem revogação, considerar-se-á extinta a pena,

“o crime de sedução, mas casara-se com a própria ofendida” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 30-8-48, *Diário da Justiça* de 30-12-48, pág. 3.546).

“Um dos requisitos do *sursis* é a primariedade. E primário é o “réu que não sofreu condenação anterior alguma. A lei não distingue entre pena corporal e pena de multa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 24-6-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 175, pág. 542).

“Denega-se o benefício do *sursis* se o modo de vida do réu, irrecusavelmente à margem de qualquer sentido de moralidade, e se “os seus antecedentes não autorizam a presunção de que não torne “a delinquir” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 17-8-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 182, pág. 95).

“Sòmente depois de desaparecida a primeira condenação, em “virtude de absolvição no recurso, é possível cogitar da suspensão “condicional da imposta em segundo lugar” (voto vencido, 3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7-10-48, *Diário da Justiça* de 4-2-49, pág. 553).

“O dec.-lei n.º 431, de 1938, não está, implícita ou explicitamente, “revogado na parte que reprime as injúrias (art. 3.º, n.º 25). Não “cabe argüi-lo de inconstitucional. É garantida a liberdade de imprensa por um preceito da Carta Magna, mas punidos seus abusos “definidos em lei especial — repressão que todos os povos cultos “adotam. Não é lícito ao juiz, contra o texto expresso da lei, “ceder *sursis* nos crimes dessa natureza” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 12-4-48, *Diário da Justiça* de 1-9-48, pág. 2.214).

“O *habeas corpus* é meio idôneo para fazer cessar o constrangimento ilegal, resultante da denegação da suspensão condicional “da pena, não obstante reunir o requerente todos os requisitos para “obtenção do favor legal” (unânime, 3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-9-47, *Revista Forense*, vol. 116, pág. 229).

“Atendendo aos bons antecedentes do acusado, concede-se o “*sursis* com a condição de prover à subsistência de sua família, “fixando-se na audiência especial uma contribuição razoável, a ser

salvo se depende de julgamento crime, ou contravenção, praticado na vigência do benefício (art. 66 e parág. único).

“prestada por ele com regularidade, enquanto não restabelecer vida em comum, ficando entretanto avisado das consequências da transgressão” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 14-11-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 56).

“Pena acessória de privação de exercício da profissão é incompatível com o *sursis*” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 13-6-49, *Diário da Justiça* de 28-9-49, pág. 3.086).

“Os crimes contra a economia popular são insuscetíveis de suspensão condicional da pena. O fato de não haver o dec.-lei n.º 9.669 feito menção a essa circunstância, não modifica a natureza da infração. Se o legislador, por altas razões de política criminal, concedeu em ser equânime em relação a ladrões e estelionatários, menores de 21 anos e maiores de 70, não se compreende por que não devem ser tratados com igual equanimidade os que, nas mesmas condições, infringiram dispositivos das leis beneficiatórias da economia popular” (concedido o *habeas corpus*, Tribunal de Justiça de São Paulo, 1-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 172, pág. 453).

“Não se concede o benefício da suspensão condicional da pena a réu que, embora delinqüente primário, praticou o delito sob o domínio da embriaguez, o que faz presumir que tornará a delinqüir” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 15-10-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 525).

“Ainda que não conste dos autos o boletim de antecedentes do sentenciado, pode o juiz, diante dos demais elementos constantes do processo, conceder-lhe o *sursis*, se entender que o beneficiado, presumivelmente, não voltará a delinqüir” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 5-10-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 553).

“A vingança, sentimento subalterno, impede a concessão do *sursis*, porque autoriza a presunção de que o réu tornará a delinqüir” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 19-11-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 594).

“Nega-se *sursis* ao motorista que, atropelando o pedestre com avanço de sinal, empreende a fuga, impedindo socorro à vítima, possibilitado pelos médicos que conduzia e a cuja ordem de parar o veículo desatende” (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 26-4-48, *Revista Forense*, vol. 122, pág. 259)

Extinta a pena, ficam sem efeito as medidas de segurança pessoais (art. 88).⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ O Código italiano impede o livramento do paciente de medida de segurança detentiva. Os Códigos polonês e uruguaio são mais radicais: referem-se a qualquer medida de segurança.

“Satisfeitas as demais condições legais, é de conceder-se liberdade provisória ao réu condenado, por furto, nas penas do art. 155, “§ 2.º, do Código Penal” (concedido o *habeas corpus*, unânime, Tribunal de Justiça de São Paulo, 5-5-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 175, pág. 71).

“Nega-se *habeas corpus* a reincidente que teve indeferido o pedido de suspensão condicional da pena. É expresso, na lei, recurso “ordinário da decisão denegatória da dita suspensão” (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 23-12-48, *Diário da Justiça* de 1-7-49, pág. 1.598).

“O crime contra ascendente, praticado sem excludente da responsabilidade penal, não permite a concessão do *sursis*” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 18-8-48, *Revista Forense*, vol. 122, página 255).

“O simples fato de ser o réu primário não autoriza a concessão do *sursis*. Outros requisitos exige a lei, cabendo ao juiz apreciá-los “em face de cada caso” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 3-2-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 173, pág. 94).

“Não existe incompatibilidade entre o *sursis* e a pena acessória de interdição de direito. Antes, pode esta até ser uma condição de “benefício” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 173, pág. 565).

“As penas acessórias não se suspendem com a concessão do *sursis*” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 18-12-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 178, pág. 621).

“Pena acessória da privação do exercício da profissão é incompatível com o *sursis*” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 13-6-49, *Diário da Justiça* de 22-11-49, pág. 3.959).

“A cassação do *sursis* não ofende à coisa julgada. Trata-se de “sentença das chamadas condicionalidades revogáveis sempre que “uma condição não se realizar” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 19-10-49, *Rev. dos Tribunais*, vol. 183, pág. 101).

A Lei das Contravenções Penais não cogita de livramento condicional, que não tem razão de ser em relação a penas cumpridas sem rigor penitenciário (art. 6.º).

Sobre a prescrição: arts. 112 e 113. ^{561-561-a}

⁵⁶¹ Segundo os arts. 10 e 360 do Código, continuam em vigor as restrições das leis especiais sobre os crimes militares, os político-sociais e os relativos à economia popular. Pelo art. 42 da lei n.º 38, de 4 de abril de 1935, os condenados não estão sujeitos a qualquer regime penitenciário ou carcerário.

^{561-a} "Revoga-se o livramento condicional pela prática de novo crime na sua vigência. Não favorece o réu o fato de ser a sentença de revogação posterior à data em que estaria terminado o cumprimento da pena, desde que o crime ocorreu antes" (Supremo Tribunal Federal, 16-9-42).

Revogação livre pelo juiz. "Não cabe *habeas corpus* do ato judicial que revoga o livramento condicional, pois que a prisão do impetrante decorre de disposição legal" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22-1-48).

"Revoga-se o livramento subordinado à condição de abster-se de bebidas alcoólicas o liberando, se este se apresenta ao juiz de execução em manifesto estado de embriaguez" (1.ª Câmara, Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 9-3-44).

CAPÍTULO V

Das penas acessórias

Penas acessórias

Art. 67. São penas acessórias:

I, a perda de função pública, eletiva ou de nomeação;

II, as interdições de direitos;

III, a publicação da sentença.

Perda de função pública

Art. 68. Incorre na perda de função pública:

I, o condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;

II, o condenado por outro crime a pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro.

Interdições de direitos

Art. 69. São interdições de direitos:

I, a incapacidade temporária para investidura em função pública;

II, a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio-poder;

III, a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela;

IV, a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de

habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público;

V, a suspensão dos direitos políticos.

Incidência
em interdi-
ção de di-
reito

Parág. único. Incorrem:

I, na interdição sob o n.º I:

a) *de cinco a vinte anos, o condenado a reclusão por tempo não-inferior a quatro anos ou o condenado por crime doloso cometido no exercício de função pública, em prejuízo da Fazenda Pública, ou de patrimônio de entidade parastatal, qualquer que seja o tempo da pena;*

b) *de dois a oito anos, o condenado a reclusão por tempo superior a dois anos e inferior a quatro, ou o condenado por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública, excetuado o caso previsto na letra a, parte final;*

II, na interdição sob o n.º II:

a) *permanentemente, o condenado por crime de que resulte manifesta incompatibilidade com o exercício da autoridade marital ou do pátrio-poder;*

b) *de dois a oito anos, o condenado por crime cometido com abuso da autoridade marital ou do pátrio-poder, se não incide na sanção anterior;*

c) *nos demais casos, até o termo da execução da pena ou da medida de segurança detentiva, o condenado a reclusão por tempo superior a dois anos;*

III, na interdição sob o n.º III:

a) *permanentemente, o condenado por crime de que resulte manifesta incompatibilidade com o exercício da tutela ou curatela;*

b) *de cinco a vinte anos, o condenado a reclusão por tempo não-inferior a quatro anos;*

c) *de dois a oito anos, o condenado a reclusão superior a dois anos e inferior a quatro, ou por crime cometido com abuso de poder ou infração de dever inerente à tutela ou curatela, se não ocorre o caso da letra a;*

IV, na interdição sob o n.º IV, de dois a dez anos, o condenado por crime cometido com abuso de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente;

V, na interdição sob o n.º V o condenado a pena privativa de liberdade, enquanto dure a execução da pena, a aplicação da medida de segurança detentiva ou a interdição sob o n.º I.

**Imposição
da pena
acessória**

Art. 70. A sentença deve declarar:

I, a perda da função pública, nos casos do n.º I do art. 68;

II, as interdições, nos casos do n.º I. letras a e b, n.º II, letras a e b, n.º III, letras a, b e c, e n.º IV, do parág. único do artigo anterior, fixando-lhes a duração, quando temporárias.

Parág. único. Nos demais casos, a perda de função pública e as interdições resultam da simples imposição da pena principal.

**Interdição
provisória**

Art. 71. Durante o processo, é facultado ao juiz decretar a suspensão provisória do exercício do pátrio-poder, da autoridade marital, da

tutela, da curatela e da profissão ou atividade, desde que a interdição correspondente possa resultar da condenação.

**Térmo
inicial das
interdições**

Art. 72. As interdições, permanentes ou temporárias, tornam-se efetivas logo que passa em julgado a sentença, mas o prazo das interdições temporárias começa a correr do dia em que:

- a) termina a execução da pena privativa de liberdade ou esta se extingue pela prescrição;*
- b) finda a execução da medida de segurança detentiva.*

Parág. único. Computam-se no prazo:

I, o tempo da suspensão provisória;

II, o tempo de liberdade resultante da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, se não sobrevém revogação.

**Publicação
da sentença**

Art. 73. A aplicação da sentença é decretada de ofício pelo juiz, sempre que o exija o interesse público.

§ 1.º A publicação é feita em jornal de ampla circulação, à custa do condenado, ou se éste é insolvente, em jornal oficial.

§ 2.º A sentença é publicada em resumo, salvo razões especiais que justifiquem a publicação na íntegra.

DIREITO ANTERIOR — Arts. 55 a 57 e 74 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Art. 28. A interdição dos ofícios públicos é perpétua ou temporária. A interdição perpétua dos ofícios públicos, salvo quando a lei dispõe de outra forma, priva o condenado: 1.º) do direito de votar e ser votado em qualquer comício eleitoral e de qualquer outro direito político;

2.º) de todo ofício público, de todo encargo não-obrigatório de serviço público, e da qualidade de oficial público ou de encarregado do serviço público a eles inerentes; 3.º) do ofício de tutor ou de curador, mesmo provisório, e de qualquer outro ofício atinente à tutela ou curatela; 4.º) dos graus e das dignidades acadêmicas, dos títulos, das condecorações ou de outras insígnias honoríficas públicas; 5.º) dos estipêndios, das pensões e das dotações a cargo do Estado ou de outra entidade pública; 6.º) de todo direito honorífico inerente a qualquer dos ofícios, serviços, graus ou títulos e das qualidades, dignidades e condecorações indicadas nos números precedentes; 7.º) da capacidade de assumir ou adquirir qualquer direito, ofício, serviço, qualidade, grau, título, dignidade, condecoração ou insígnia honorífica, indicado nos números precedentes. A interdição temporária priva o condenado da capacidade de adquirir ou de exercer ou de gozar, durante a interdição, os mencionados direitos, ofícios, serviços, qualidades, graus, títulos e honrarias. Ela não pode ter duração inferior a um ano, nem superior a cinco. A lei determina os casos em que a interdição dos ofícios públicos é limitada a alguns destes.

Art. 29. A condenação ao ergástulo e a condenação a reclusão, por tempo não-inferior a cinco anos, importa a interdição perpétua do condenado aos ofícios públicos; e a condenação a reclusão, por tempo não-inferior a três anos, importa a interdição dos ofícios públicos durante cinco anos. A declaração de habitualidade ou de profissionalidade no delito, ou ainda de tendência para delinquir, importa a interdição perpétua dos ofícios públicos.

Art. 30. A interdição de profissão ou de arte priva o condenado da capacidade de exercer, durante a interdição, profissão, arte, indústria, ou comércio ou mister, para o qual se requer permissão especial ou habilitação especial, autorização ou licença da autoridade, e importa a decadência da permissão ou da habilitação, autorização ou licença acima referidas. A interdição de profissão ou de arte não pode ter duração inferior a um mês, nem superior a cinco anos, salvo nos casos expressamente estabelecidos pela lei.

Art. 31. Toda condenação por delitos cometidos com o abuso dos poderes, ou com a violação dos deveres inerentes a função pública, ou a serviço público, ou a algum dos ofícios indicados no n.º 3 do art. 28, ou ainda com o abuso de profissão, arte, indústria, ou de comércio ou mister, ou com a violação de deveres a eles inerentes, importa a interdição temporária dos ofícios públicos ou da profissão, arte, indústria, ou do comércio ou mister.

Art. 32. O condenado ao ergástulo fica em estado de interdição legal. A condenação ao ergástulo importa, também, a perda do pátrio-poder, da autoridade marital e da capacidade de testar, e torna nulo o testamento feito antes da condenação. O condenado a reclusão por tempo não-inferior a cinco anos, fica, du-

rante a pena, em estado de interdição legal; a condenação produz, além disso, durante a pena, a suspensão do exercício do pátrio-poder e da autoridade marital, salvo quando o juiz disponha de outra forma. A interdição legal aplicam-se, no que concerne à disponibilidade e à administração dos bens, assim como à representação nos atos a eles relativos, as normas da lei civil sobre interdição judicial. Art. 33. As disposições do art. 29 e do segundo parágrafo do artigo precedente não se aplicam no caso de condenação por delito culposo. As disposições do art. 31 não se aplicam no caso de condenação por delito culposo, se a pena infligida é inferior a três anos de reclusão ou se é infligida somente uma pena pecuniária. Art. 34. A lei determina os casos em que a condenação importa perda do pátrio-poder ou da autoridade marital. A condenação por delitos cometidos com abuso do pátrio-poder ou da autoridade marital importa a suspensão do exercício destes por período de tempo igual ao dôbro da pena infligida. A perda do pátrio-poder ou da autoridade marital importa também a privação de todo direito que caiba ao pai ou ao marido sobre os bens do filho ou da mulher, por força do pátrio-poder ou da autoridade marital. A suspensão do exercício do pátrio-poder ou da autoridade marital importa também a incapacidade de exercer, durante a suspensão, qualquer direito que caiba ao pai ou ao marido sobre os bens do filho ou da mulher, por força do pátrio-poder ou da autoridade marital. Art. 35. A suspensão do exercício de profissão ou de arte priva o condenado da capacidade de exercer, durante a suspensão, profissão, arte, indústria, ou comércio ou mister, para os quais se requer permissão especial ou habilitação especial, autorização, ou licença da autoridade. A suspensão do exercício de profissão ou de arte não pode ter duração inferior a 15 dias, nem superior a dois anos. Ela segue toda condenação em virtude de contravenção cometida com abuso da profissão, arte, indústria, ou do comércio ou mister, ou ainda com violação dos deveres a eles inerentes, quando a pena infligida não é superior a um ano de prisão. Art. 36. A sentença de condenação a pena de morte ou ao ergástulo é publicada, mediante afixação na comuna onde foi pronunciada, na em que o delito foi cometido, e na em que o condenado tinha a última residência. A sentença de condenação é, além disso, publicada uma só vez, em um ou diversos jornais indicados pelo juiz. A publicação é feita em resumo, salvo se o juiz determina a publicação na íntegra; esta publicação é feita de ofício, às expensas do condenado. A lei determina os outros casos em que a sentença de condenação deve ser publicada. Em tais casos, a publicação é feita na forma estabelecida nos dois parágrafos precedentes. Art. 37. Quando a lei estabelece que a condenação importa pena acessória temporária e a duração desta não é expressamente

determinada, a pena acessória tem uma duração igual à da pena principal infligida, ou que se deveria cumprir, no caso de conversão, por insolvência do condenado. Todavia, em nenhum caso, ela pode ultrapassar os limites mínimo e máximo estabelecidos para cada espécie de pena acessória. Art. 38. O condenado a pena de morte é equiparado ao condenado ao ergástulo no que concerne à sua condição jurídica". *Código uruguaio*: "Art. 67. São penas acessórias: A inabilitação absoluta para cargos, ofícios públicos, direitos políticos, profissões acadêmicas, comerciais ou industriais. A suspensão de cargos ou ofícios públicos ou profissões acadêmicas, comerciais ou industriais, a perda do pátrio-poder e da capacidade para administrar, nos casos em que, não as impondo a sentença, a lei ordena que acompanhem outras penas". *Código peruano*: "Art. 27. A inabilitação produzirá: 1.º A perda do mandato, cargo, emprego ou comissão que o condenado exercia, ainda mesmo que provenha de eleição popular; 2.º A privação dos direitos de elegibilidade, de eleição e de qualquer outro direito político; 3.º A capacidade para obter mandatos, cargos, empregos e comissões públicas; 4.º A privação de toda jubilação, aposentadoria, pensão ou gozo de montepio, salvo se o condenado tiver família a sustentar; 5.º A privação de toda graça ou dignidade acadêmica e de toda vantagem pecuniária ou honorífica correspondente a qualquer emprego, ofício, grau ou título; 6.º A incapacidade para exercer por sua conta ou de outrem certas profissões, comércio, indústrias ou artes que devem ser especificadas na sentença. Art. 28. A inabilitação é absoluta, quando produz a privação de todos os direitos, capacidades, cargos, empregos, profissões, ofícios, privilégios ou honras enumerados nos parágrafos do artigo anterior. A inabilitação é relativa, quando produz a privação, taxativamente estabelecida na sentença, de algum ou alguns dos direitos, capacidades, cargos, empregos, profissões, ofícios, privilégios ou honras enumerados nos parágrafos do artigo anterior. Art. 29. As penas de multa e inabilitação podem ser impostas como penas principais ou como acessórias. Art. 30. A pena de inabilitação pode ser perpétua ou temporária. A temporária pode ser indeterminada com duração mínima de 25 anos ou por tempo fixo. Esta última terá a duração máxima de 10 anos, quando imposta como acessória das penas privativas de liberdade; o seu prazo começará a correr desde o dia da liberação definitiva do condenado. Art. 31. A pena de internação por tempo indeterminado de um mínimo de 25 anos implicará na inabilitação absoluta e interdição civil, durante o seu cumprimento e na inabilitação posterior estabelecida ao conceder-se a liberdade. Art. 32. A interdição civil priva o condenado do direito de pátrio-poder, da representação marital que lhe concedem as leis e da administração e disposição

de seus bens. Art. 33. A privação do pátrio-poder impor-se-á sempre que o delito tenha sido cometido contra os filhos do condenado ou em prejuízo dos mesmos. Art. 34. As penas de penitenciária e de relegação implicarão na inabilitação absoluta e interdição civil durante e condenação e na inabilitação posterior que a sentença estabelecer. Art. 35. As penas de prisão e expatriação poderão envolver a de inabilitação especial declarada na sentença; não produzirão, porém, interdição civil. Art. 36. A inabilitação relativa acompanhará sempre as condenações por infrações cometidas com abuso do exercício de mandato, cargo, emprêgo, profissão, negócio ou arte. Art. 37. Aquêle que fôr declarado inabilitado para exercer certa indústria ou profissão não a poderá exercer por intermédio de outra pessoa, nem poderá intervir nem assumir a direção de negócios concernentes à mesma como representante de outra pessoa". *Código polonês*: "Art. 44. As penas acessórias são: a) a perda dos direitos públicos; b) a perda dos direitos cívicos honoríficos; c) a perda do direito de exercer profissão; d) a perda dos direitos de família e de tutela; e) o confisco dos objetos materiais de valor e dos instrumentos; f) a publicação da sentença nos jornais. Art. 45. A perda dos direitos públicos compreende a perda do direito de voto e de elegibilidade para todos os corpos legislativos, autônomos e outras instituições de direito público, a perda do direito de participar do exercício da justiça, a perda das funções e dos cargos públicos, assim como a perda da capacidade de adquiri-los. Art. 46. A perda dos direitos cívicos honoríficos compreende a perda dos títulos honoríficos e científicos, das condecorações e das distinções, assim como a perda da capacidade de adquiri-los. Art. 47. § 1.º O tribunal pronuncia a perda dos direitos públicos e dos direitos cívicos honoríficos em caso de condenação: a) a pena de morte ou de prisão perpétua; b) a pena de prisão por crimes contra o Estado ou contra os interesses exteriores do Estado e as relações internacionais; c) a pena de prisão por outros crimes cometidos por espírito de lucro. § 2.º O tribunal pode pronunciar a perda dos direitos públicos e dos direitos cívicos honoríficos em caso de condenação por qualquer outra infração cometida por espírito de lucro ou outros móveis baixos. Art. 48. § 1.º O tribunal pronuncia a perda do direito de exercer profissão nos casos de condenação enunciados no art. 47, § 1.º, se êle verifica: a) que o autor abusou de sua profissão, cometendo a infração; b) que a prática da infração revelou no autor a incapacidade de exercer sua profissão, sem perigo para a sociedade. § 2.º O tribunal pode pronunciar a perda do direito de exercer profissão em outros casos que não os enunciados no art. 47, § 1.º, quando há abuso da profissão ou incapacidade de exercê-la, indicados no § 1.º, a ou b, do presente

artigo. Art. 49. Em caso de condenação por infração cometida contra um menor de 17 anos ou em cooperação com o mesmo, o tribunal pode pronunciar a perda dos direitos de família e de tutela. Art. 50. § 1.º O tribunal pode pronunciar o confisco de objetos provenientes, direta ou indiretamente, da infração, assim como dos instrumentos que serviram ou eram destinados à prática da infração. § 2.º Se os objetos não são propriedade do autor, o confisco só pode ter lugar nos casos indicados pela lei. § 3.º Salvo disposições em contrário das leis ou dos tratados internacionais, os objetos apreendidos reverterem ao Tesouro do Estado para as necessidades dos estabelecimentos penitenciários, de correção e preventivos. Art. 51. § 1.º O tribunal pode ordenar a publicação da sentença nos jornais às expensas do condenado, se a infração foi cometida por meio da imprensa. § 2.º O modo de publicação e os jornais em que a publicação deve ser inserida são indicados pelo tribunal na sentença. Art. 52. § 1.º A perda dos direitos produz seus efeitos a partir do momento em que a sentença passa em julgado. § 2.º Em caso de pena de morte ou de prisão perpétua, o tribunal pronuncia a perda dos direitos por toda a vida. § 3.º Nos outros casos, o tribunal pronuncia a perda dos direitos durante dois a 10 anos. Não é computado, neste período, o tempo decorrido entre o momento em que a sentença passou em julgado e o momento em que a pena principal foi cumprida, extinta, e, nos casos dos arts. 83 e 84, o momento da desinternação do estabelecimento preventivo. Depois da expiração desse período, o condenado recupera os direitos eleitorais, os direitos de participar do exercício da justiça, os direitos de família e de tutela, os direitos de exercer sua profissão, assim como a capacidade de adquirir os outros direitos perdidos. Art. 53. § 1.º Depois de certo espaço de tempo, durante o qual o condenado haja mantido vida irrepreensível, o tribunal pode restituir-lhe os direitos eleitorais, os direitos de participar do exercício da justiça, os direitos de família e de tutela, os direitos de exercer sua profissão, assim como a capacidade de adquirir os outros direitos perdidos. § 2.º Este espaço de tempo, que decorre a partir do momento em que a pena principal é cumprida ou extinta ou a partir do momento da desinternação do estabelecimento preventivo, compreende, pelo menos, a metade do tempo, durante o qual devia durar a perda dos direitos, em todo caso dois anos, pelo menos". *Código suíço*: "Art. 51. O juiz pronunciará a destituição do funcionário julgado, segundo o presente Código, que se tornou indigno de sua função por crime ou delito, declarando-o inelegível para toda função, durante dois a 10 anos. A destituição e a inelegibilidade produzirão seus efeitos a partir do dia em que a sentença que as pronuncia passar em julgado. Se o funcionário foi condenado a pena privativa

de liberdade, a duração da inelegibilidade só será contada a partir do dia em que a pena tiver sido cumprida ou extinta. Se o condenado é liberado condicionalmente e se se conduz bem durante o período de prova, a duração da inelegibilidade será contada a partir da liberação condicional. Art. 52. 1. Todo condenado a reclusão será privado dos direitos civis durante dois a 10 anos. O condenado a prisão poderá ser privado dos direitos civis, durante um a cinco anos, se o crime ou delito denota em seu autor baixaza de caráter. Todo delinqüente habitual enviado a uma casa de internação será privado dos direitos civis por 10 anos. 2. Aquêlê que está privado dos direitos civis não pode tomar parte nas votações ou eleições públicas e não é elegível. Não pode ser funcionário, autoridade, tutor ou curador, nem testemunha instrumentária. 3. A privação dos direitos civis produzirá seus efeitos a partir do dia em que a sentença, que a pronuncia, passou em julgado. Sua duração só será contada a partir do dia em que a pena privativa de liberdade tenha sido cumprida ou extinta, ou do dia em que o condenado tenha desinternado definitivamente da casa de internação. Se o condenado é liberado condicionalmente e se se conduz bem durante o período de prova, a duração da privação dos direitos públicos será contada a partir do livramento condicional. Art. 53. O juiz poderá pronunciar a destituição do pátrio-poder, da tutela, ou da curatela contra aquêlê que, por crime ou delito, pelo qual é condenado a pena privativa de liberdade, infringiu os seus deveres de pai, tutor ou curador; o juiz poderá declará-lo incapaz de exercer o pátrio-poder ou de ser tutor ou curador. Nos outros casos, em que o juiz julga que, por sua infração, o condenado se tornou indigno de exercer o pátrio-poder, a tutela ou a curatela, êle oficiará à autoridade competente. Art. 54. Quando um crime ou delito fôr cometido no exercício, subordinado a autorização oficial, de profissão, de indústria ou de comércio, e quando o delinqüente, em razão desta infração, foi condenado a pena privativa de liberdade superior a três meses, o juiz, se há razão para temer novos abusos, poderá interditar o condenado do exercício de sua profissão, de sua indústria ou de seu comércio, durante seis meses a cinco anos. A interdição produzirá seus efeitos a partir do dia em que a sentença que a pronuncia passou em julgado. Sua duração só será contada a partir do dia em que a pena privativa de liberdade tiver sido cumprida ou extinta. Se o condenado é liberado condicionalmente, a interdição só produzirá seus efeitos no caso em que a liberação não se tenha tornado definitiva e depois que o condenado tenha cumprido o resto da pena privativa de liberdade. Art. 55. O juiz poderá expulsar do território suíço, durante três a 15 anos, todo estrangeiro condenado a reclusão ou a prisão. A expulsão produzirá seus efeitos

desde o dia em que a pena privativa de liberdade tiver sido cumprida ou extinta. Se o condenado liberado condicionalmente se conduziu bem durante o período de prova, o juiz poderá revogar a expulsão pronunciada. Em caso de reincidência, a expulsão poderá ser perpétua. Art. 56. Quando um crime ou um delito provém do uso imoderado de bebidas alcoólicas, o juiz poderá, acessoriamente à pena, interditar ao delinqüente, durante seis meses até dois anos, o acesso a locais onde são vendidas bebidas alcoólicas. Segundo as circunstâncias, os efeitos da interdição poderão ser limitados a determinado território. Os cantões determinarão a publicidade que deve ser dada à interdição. A interdição produzirá seus efeitos a partir do dia em que a sentença que a pronuncia tiver passado em julgado. Se o delinqüente foi condenado a pena privativa de liberdade, a duração da interdição só será contada a partir do dia em que a pena tiver sido cumprida ou extinta. Se o condenado é liberado condicionalmente e se ele se conduz bem durante o período de prova, a duração da interdição será contada a partir da liberação condicional. O juiz poderá, quando o período de prova estiver expirado, revogar a interdição de acesso à venda de bebidas. Art. 57. 1. Se tem razão para temer que quem ameaçou cometer crime ou delito efetivamente o faça, ou se um condenado por crime ou delito manifesta a intenção formal de reiteração, o juiz, a pedido da pessoa ameaçada, poderá exigir dêle o compromisso de não cometer a infração e forçá-lo a fornecer garantia suficiente. 2. Se ele se recusa ao compromisso ou se, por má vontade, não forneceu a garantia no prazo fixado, o juiz poderá constrangê-lo, detendo-o. Esta detenção não poderá durar mais de dois meses. Ela será executada como a pena de prisão. 3. Se ele comete a infração nos dois anos, a partir do dia em que a garantia foi fornecida, esta reverterá ao Estado. Em caso contrário, ela será restituída a quem de direito. Art. 58. Ainda mesmo que nenhuma pessoa determinada possa ser processada ou condenada, o juiz pronunciará o confisco de objetos que tenham serviço ou devam servir para cometer infração ou que sejam produto de infração, se esses objetos comprometem a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública. O juiz poderá ordenar que os objetos confiscados não sejam usados ou sejam destruídos. Art. 59. As dádivas e outras vantagens, que serviram ou que devam servir para a decisão ou recompensa do autor de infração, reverterem ao Estado. Se esses objetos não existem mais em natureza, quem os recebeu deverá pagar o seu valor. Reverterem igualmente incorporados ao Estado os objetos de que alguém se apoderou por infração, se o proprietário não pode ser descoberto em cinco anos, a partir da publicação oficial. Art. 60. Se, em consequência de crime ou delito, uma pessoa sofreu dano e se é de

prever que o delinqüente não o reparará, o juiz poderá abonar ao lesado, até a concorrência do dano apurado judicialmente ou por acôrdo com o lesado, o produto dos objetos confiscados, as dádivas ou outras vantagens revertidas ao Estado, em natureza ou em valor, assim como o montante da caução preventiva. Se o dano é bastante grave para fazer com que o lesado fique em necessidade e se é de prever que o delinqüente não o reparará, o juiz poderá igualmente abonar ao lesado, no todo ou em parte, o montante da multa paga. Estes abonos só serão concedidos a pedido do lesado e por meio de cessão ao Estado de parte correspondente de seu crédito. Art. 61. Se o interesse público ou o do lesado ou o do querelante o exige, o juiz ordenará a publicação da sentença às expensas do condenado. Se o interesse público ou o do acusado absolvido o exige, o juiz ordenará a publicação da sentença de absolvição às expensas do Estado ou do denunciante. A publicação no interesse do lesado, do querelante ou do acusado absolvido, só se verificará a seu pedido. O juiz fixará as modalidades da publicação". *Código dinamarquês*: "Art. 78. Se um indivíduo, por ato punível cometido depois de 18 anos completos, é condenado a prisão (à exceção da detenção em prisão-escola) ou a internação em casa de trabalho ou, em virtude do art. 65, em estabelecimento de segurança e julgado culpado de ato infamante, a sentença pronunciará sua degradação cívica, isto é, ele será privado, para o futuro, dos seguintes direitos: 1.º, exercício das funções e cargos públicos que ocupar e aptidão para o acesso a funções ou cargos desse gênero; 2.º, direito de voto e elegibilidade em eleições públicas; 3.º, aptidão para exercer as funções de despachante, corretor ou tradutor autorizado, médico, dentista, veterinário ou parteira, agrimensor-geômetra, diretor ou professor de casa de educação ou de escola para crianças ou jovens, a de piloto e, de modo geral, toda função, ou cargo, ou toda atividade econômica autorizada, para cujo exercício a lei exige a condição de vida honrada ou outra semelhante; 4.º, 1. Benefício de aposentadoria, de pensão ou outra contribuição pública, para cuja obtenção ou gozo exige, como condição, não tenha a pessoa sido, por sentença, julgada culpada de ato infamante ou outro fato análogo. 2. A degradação cívica é pronunciada quer por um prazo fixado pela sentença e que não pode ser inferior a cinco anos, quer perpétuamente. 3. Se a lei impõe condições particulares para a privação dos direitos mencionados no § 1.º, 1-4, ou quanto à duração desta privação e a seus efeitos em geral, a degradação cívica obedecerá a estas regras. 4. A degradação cívica começa do dia em que o julgamento se torna definitivo. 5. A degradação cívica pronunciada com certa duração será contada a partir do dia em que a pena fôr cumprida ou extinta ou do dia em que o condenado foi definitivamente desin-

ternado da casa de trabalho ou do estabelecimento de segurança. Nos casos previstos no art. 11 e quando a pena pronunciada é considerada integralmente cumprida pelo fato da detenção preventiva, a duração é contada a partir da sentença definitiva. Art. 79. 1. Se uma pessoa cometeu um ato punível no exercício de uma das atividades mencionadas no art. 78, 1 e 3, ou de função para a qual um exame particular é exigido e mostrou-se, por este fato, imprópria ao exercício desta atividade ou desta função, ou indigna da confiança que necessariamente implica aquêle, ela pode ser privada por sentença do direito de exercer dita atividade ou de ocupar dita função, quer perpétuamente, quer durante um a cinco anos. 2. Se a legislação contém regras particulares sobre as condições, a duração e os outros efeitos de semelhante privação de direitos, ela só pode ter lugar conforme tais regras. 3. O provimento não tem nenhum efeito suspensivo. 4. As disposições do art. 78, parágrafo último, aplicam-se, igualmente, nos casos previstos pelo presente artigo. 5. Os efeitos das sentenças previstos no presente artigo terminarão por deliberação do rei, ou de acôrdo com as regras particulares eventualmente contidas em leis especiais”.

COMENTARIO

SUMÁRIO: 83. Considerações gerais. 84. Direitos políticos e função pública. 85. Direitos de família. 86. Profissão e atividade. 87. Publicação de sentença. 88. Aplicação e outros aspectos.

83. Veja-se o n.º 6. As penas acessórias (de *ad cedere*) não foram disciplinadas no Código de 1890, em cujo art. 43 figuravam de roldão com as penas principais, no título também destinado aos efeitos da condenação. Era quase nulo o rendimento da previsão confusa, pobre, iníqua, de aplicação aleatória, de execução descentralizada. A pena interditiva, apesar disso, operava, às vèzes, como principal (p. ex., artigo 231), mas, em regra, como acessória (p. ex., art. 207). O art. 159, *a*, previa a suspensão do exercício de profissão ou arte, que tivesse servido para praticar ou facilitar a infração, por seis meses a dois anos, sendo que, para o farmacêutico, era de três a sete anos e, para o médico ou dentista, de quatro a onze anos.

O nosso Código caracterizou, situou e disciplinou as penas acessórias, assegurando sua exeqüibilidade,⁵⁶² declarando-se imprescritíveis (art. 118, parág. único), excluindo-as da suspensão da pena (art. 57 parág. único) e do livramento condicional (arts. 60 e 66), admitindo a eficácia da sentença estrangeira (art. 7.º, II).

Noutro livro, assinaei o escândalo de poder o deflorador da filha, no estrangeiro, exercer o pátrio-poder entre nós.⁵⁶³

Excluem-se ou suspendem-se direitos de que o agente se revelou indigno, ou exerceu de forma provavelmente perigosa ou danosa, pois as penas acessórias supõem condenação a determinados crimes de inconfundível expressão ou a pena principal indicativa de maior periculosidade.

Para o ilícito civil ou administrativo, as leis e até os regulamentos consagram sanções idênticas e, às vèzes, mais graves.

As penas acessórias não têm caráter infamante. Aliás, a infâmia poderá resultar do crime e não da pena. Se, excepcionalmente, são permanentes, comportam reabilitação (art. 119), além da graça (art. 75, b, da Constituição). O Código de 1890 não as definia sempre como *penas*, e acolhia interdições perpétuas. O argumento mais sério contra as penas interditivas — a desigualdade — foi atendido pelo legislador brasileiro que, ao contrário do italiano, concedeu, em regra, ao juiz, como veremos, relativo arbítrio na individualização.^{563-a}

84. A perda de função pública, eletiva ou de nomeação, é aplicada ao condenado a reclusão por mais de dois e a detenção a mais de quatro anos, mas, se o crime foi cometido

⁵⁶² Além disso, o Código, no art. 359, pune com detenção ou multa a quem exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, *de que foi suspenso ou privado por decisão judicial*.

⁵⁶³ *Direito Penal*, cit., 1.º, pág. 461.

^{563-a} "A pena acessória, desde que não haja maldade manifesta, deve ser eliminada" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 25-7-49, *Diário da Justiça* de 19-1-50, pág. 318).

com abuso de poder ou violação de dever inerente àquela função, acompanha sempre a condenação, seja qual fôr a qualidade ou a quantidade da pena privativa de liberdade (art. 68, I e II). A pena de detenção resultante de conversão da multa não atrai, porém, a pena acessória. Essa conversão, que é mais de caráter administrativo do que de índole jurisdicional, não integra a condenação, antes a modifica, para fins de execução e por motivos supervenientes e estranhos ao crime.

Além da função, o condenado por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pode perder a capacidade para investidura em outra durante dois a oito anos (art. 69, parág. único, I *b*); se o abuso ou a violação consistiu em crime *doloso*, em prejuízo da Fazenda Pública ou da patrimônio de entidade paraestatal, a incapacidade abrange de cinco a 20 anos (letra *a*). Tal incapacidade paraestatal (art. 327).⁵⁶⁵

Para os efeitos penais, considera-se funcionário público⁵⁶⁵ quem, embora transitóriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, ou em entidade paraestatal (art. 327).⁵⁶⁶

MANZINI assinala que é ofício público o relativo à celebração do casamento religioso com efeitos civis.⁵⁶⁷ Veja-se

⁵⁶⁴ O Código italiano admite-a com caráter perpétuo (art. 28).

⁵⁶⁵ “Para os efeitos deste Estatuto, funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público; e cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos ‘cofres da União’ (lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, art. 2.º).”

⁵⁶⁶ FEROCI distingue: os órgãos da administração direta do Estado, privados de personalidade jurídica — dos órgãos estatais; entes ou institutos pertencentes à administração do Estado, mas contemporaneamente providos de personalidade jurídica própria — entidades ou órgãos paraestatais; outros entes públicos providos de personalidade jurídica própria e pertencentes à administração indireta ou auxiliar do Estado — entes públicos autárquicos, divididos em territoriais e institucionais (*Riv. It. Dir. Pen.*, Pádua, ano V, n.º 5, pág. 611). Ver ERMÁ CARNEIRO, *As Autarquias e as Sociedades de Economia mista no Estado Novo*, Rio, 1941.

⁵⁶⁷ *Trattato*, cit., 3.º pág. 137.

a lei n.º 379, de 16 de janeiro de 1937. O ministro de confissão religiosa pode perder a capacidade de celebrar o casamento com aquêles efeitos.

O condenado está sujeito à interdição, tenha ou não a subjetividade do direito à função.

A incapacidade para investidura em função pública acarreta a suspensão dos direitos políticos (art. 69, parágrafo único, V).⁵⁶⁸

A suspensão dos direitos políticos atinge, em geral, todos os condenados criminalmente, pelo tempo de duração dos efeitos da condenação (art. 135, § 1.º, II, da Constituição).

Portanto, o período da execução da pena e da medida de segurança detentiva é incompatível com o exercício dos direitos políticos (art. 68, parág. único, V), quando resulta de condenação. Os absolvidos, de acôrdo com o art. 22, estarão compreendidos no artigo citado da Constituição.

Direito político é a faculdade reconhecida pelo Estado ao cidadão de tomar parte ativa, direta ou indiretamente, na constituição e no exercício do poder, do govêrno da coisa pública ou, como quer SABATINI, o poder do cidadão de exercer funções públicas inerentes à atividade do Estado para a obtenção de seus escopos de caráter constitucional.⁵⁶⁹

Outros aludem ao direito de votar e ser votado em eleições políticas.⁵⁷⁰

RUI BARBOSA, citando o art. 7.º do Código NAPOLEÃO e opiniões de WEIS, TCHERNOFF, DALLOZ, TOULLIER, HUC, LAURENT, ALLEGRE, CASTELEIN, DE VILLENEUVE, BEADANT, SCOTTI, PALMA, RICCI, ORLANDO, LOMONACO, SAVIGNY, CONTUZZI, PIMENTA BUENO e RODRIGO OTÁVIO, encontrou, no direito político, dois traços: o direito ativo de concorrer para a formação do poder e o direito passivo de ser admitido aos seus

⁵⁶⁸ O Código italiano vai muito além (art. 28).

⁵⁶⁹ Ob. cit., pág. 373.

⁵⁷⁰ MANZINI, de acôrdo com a legislação italiana, fala em eleições públicas, e não sòmente eleição política (*Trattato*, cit., 3.º volume, pág. 136).

cargos e funções; dêsses dois traços, o primeiro é o capital, o dominante; antes de funcionário, magistrado ou parlamentar, o cidadão é eleitor.

A expressão de posse dos direitos políticos está na admissibilidade às funções políticas.⁵⁷¹

Os direitos políticos abrangem, portanto, o *jus honorum* e o *jus suffragii*.

Suspendem-se a subjetividade, o exercício e a capacidade de conquistá-lo, através do alistamento (art. 117 da Constituição de 1937), que é o meio constitucional de tornar-se o cidadão titular daquele direito (art. 117, parág. único, d).

A Constituição de 1937, no art. 117, parág. único, c, impede o alistamento eleitoral aos que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos *direitos políticos*.

A suspensão dos direitos políticos, como *pena acessória*, não envolve, porém, a perda da função pública eletiva ou de nomeação, a qual, com êsse caráter, tem aplicação restrita aos casos do art. 68, I e II.^{571-a}

85. Perdem o exercício da autoridade marital, do pátrio-poder, da tutela e da curatela, os condenados por crimes de que resulte manifesta incompatibilidade com o mesmo exercício (art. 69, parág. único, II, a, e III, a). É esta a única interdição permanente, o que se justifica pelo próprio enunciado. A gravidade da medida foi cautelosamente atendida pela exigência de incompatibilidade *manifesta*, tanto vale dizer, independente de concepções ou critérios flutuantes e de balanço de provas, na sua irremediável e irresistível

⁵⁷¹ *Gazeta Judiciária*, Rio, 14-12-940.

^{571-a} “A pena acessória de incapacidade temporária para in-
“vestidura em função pública é das que a lei exige, expressamente,
“sejam declaradas, e não das que resultam de simples imposição da
“pena principal (Código Penal, art. 70 e seu parág. único). É
“inadmissível a *reformatio in pejus* como pede a Promotoria, quan-
“do só o réu tenha recorrido” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do
Distrito Federal, 19-4-48).

evidência. Exemplos no Código de 1890: arts. 273, parágrafo único, e 277, parág. único.

Não sendo manifesta a incompatibilidade, mas configurado o abuso da autoridade marital ou do pátrio-poder, ou o abuso de poder ou infração de dever inerente à tutela ou curatela, a interdição passa a ser temporária, isto é, de dois a oito anos. Também incorrem na interdição temporária da autoridade marital e do pátrio-poder, até a execução da pena ou da medida de segurança detentiva, os condenados a reclusão por tempo superior a dois anos.⁵⁷² Em relação à tutela e à curatela, fora do caso de incompatibilidade manifesta, a interdição atinge ainda, pelo prazo de cinco a 20 anos, os condenados a quatro anos ou mais de reclusão e de dois a oito anos os condenados a reclusão a mais de dois e menos de quatro.

MANZINI, assinalando que a autoridade marital compreende todos os direitos que cabem ao marido em relação à mulher e, portanto, os relativos à liberdade desta, faz remissão aos arts. 130, 131, 132, 235 e 1.379 do Código Civil italiano.⁵⁷³ Foi infeliz o tratadista italiano nessa remissão, que pode gerar confusões e absurdos. Assim, o art. 130 cuida das *obrigações* de coabitação, fidelidade e assistência; o artigo 131 torna o marido chefe da família, faz a mulher seguir a sua condição civil, tomar o seu cognome e acompanhá-lo onde quer que ele julgue necessário fixar a sua residência; o art. 132 impõe ao marido os *deveres* de proteção à mulher, de tê-la junto a si e de ministrar-lhe meios de subsistência; o art. 235 trata de disposições testamentárias sobre a educação dos filhos e administração dos bens, e o art. 1.379 impede a derrogação dos direitos do chefe da família.

⁵⁷² Pelo art. 251, II, do Código Civil, competem à mulher a direção e a administração do casal, quando o marido estiver no cárcere (ver art. 40) por mais de dois anos. O Código Civil é mais amplo, abrangendo todo encarceramento. Mas, tem outra natureza e a finalidade de prover à anormalidade.

⁵⁷³ *Trattato*, cit., 3.º vol., pág. 152.

A interdição não se refere aos *deveres*, mas aos direitos pessoais, pois, do contrário, não operaria como pena. Por outro lado, não prejudica as normas que superam, nos seus objetivos, as transações e as renúncias individuais. Assim, dos dispositivos citados somente deixariam de subsistir o direito de fixar residência e dispor, por testamento, sobre a educação dos filhos e a administração dos bens e outros *direitos* do marido em relação à mulher.

O próprio MANZINI, definindo o alcance da interdição, salientou que esta atinge os direitos de fixar residência à mulher, de impor-lhe diretrizes ou obrigações testamentárias em relação aos filhos, de dirigir economicamente a família.⁵⁷³

Em última análise, desaparece a condição de cabeça do *casal*.

Quanto ao pátrio-poder e à tutela, ver os arts. 32 e seguintes do Código de Menores. As sanções ali estabelecidas, a título de assistência e proteção especial aos menores, são de natureza civil. O art. 33 prescreve que a perda do pátrio-poder se estende a todos os filhos. O mesmo não acontece sempre com a suspensão do pátrio-poder (art. 35).

O Código Civil enumera os casos de perda e suspensão de pátrio-poder nos arts. 394 e 395, sendo que o parágrafo do art. 394 estabelece a suspensão do pátrio-poder ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão. Nessa hipótese, cabem aos condenados a detenção ou prisão simples, dos quais não cogita o Código Penal.

Sobre destituição da tutela: art. 445, aplicável à curatela por força do art. 453 do Código Civil.

A perda, temporária ou permanente, dos direitos de família mantém os direitos não-derivados da autoridade marital, pátrio-poder, tutela e curatela e não afeta a condição conjugal ou de parentesco para os demais efeitos, inclusive a sucessão.

⁵⁷³ *Idem, idem.*

Tal interdição tem fins acentuadamente preventivos e tutelares das vítimas daqueles que devem protegê-las, dispondo de arbítrio e merecendo confiança, obediência e intimidade incomparáveis. Mas, a pena não pode ser excessiva ou contraproducente, dissolvendo os laços da família por motivos irrelevantes ou impertinentes. É preciso, portanto, atender rigorosamente a que só se perdem os direitos aproveitados criminosamente, evitando-se a reprodução do atentado. Tais direitos são os existentes por força da autoridade marital, do pátrio-poder, da tutela ou da curatela (ver artigos 244 a 248).

A interdição afeta a subjetividade do direito e a capacidade para conservá-lo ou adquiri-lo.⁵⁷⁵

Da incapacidade para o exercício da autoridade marital resulta a entrega da direção e administração do casal à mulher.

86. A incapacidade para profissão ou atividade, cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público, pode ser imposta, por dois a dez anos. Nela incorre o condenado por crime cometido com abuso de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente. A interdição não abrange a profissão ou atividade, que pode ser exercida sem intervenção do poder público, quer para exigir habilitação especial, quer para licenciá-la ou autorizá-la. Ver os arts. 47 e 48 da Lei das Contravenções Penais.⁵⁷⁶ São atingidas, também, as atividades em si mesmo imorais, mas toleradas, como o meretrício, pois que

⁵⁷⁵ Ver ORGAZ, *Incapacidad Civil de los Penados*, Buenos Aires, s. d.; MOYANO, *La Incapacidad Civil de los Penados*, *idem*.

⁵⁷⁶ A Constituição de 1937 assegura a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei (art. 122, 8).

sujeitas à regulamentação das autoridades policiais e sanitárias, na defesa da ordem e da saúde pública.^{576-a}

A incapacidade somente atinge a profissão ou atividade de que se abusou no caso concreto. Ver arts. 268, parágrafo único, 281, §§ 1.º e 2.º etc.

Segundo MANZINI, opera-se a decadência da licença ou autorização, que importa, necessariamente, incapacidade de readquirir o direito durante a interdição e, portanto, a exigência de novo pedido, de novo concurso etc., depois de cessada a interdição.⁵⁷⁷

A interdição de profissão ou atividade não ultrapassa, porém, o pressuposto imediato para o seu legítimo exercício. Não afeta, portanto, os requisitos subjetivos para a possibilidade de obter licença ou autorização. A interdição, por exemplo, do exercício da profissão de advogado não atinge o grau universitário, mas tão-somente a matrícula na Ordem.

As penas acessórias independem das sanções administrativas, previstas em leis e regulamentos, em consequência de condenação criminal. Tais sanções, mesmo mais graves, não prejudicam a imposição das penas acessórias, que têm, como vimos, natureza, finalidade e efeitos diversos. Ver ainda o art. 694 do Código de Processo Penal.^{577-a}

^{576-a} Ver *Interdição de Direitos e Prostituição*, C. PICKERSGILL DE MEDEIROS, in *Rev. Brasileira de Criminologia*, vol. 5.º, pág. 18.

⁵⁷⁷ *Trattato*, cit., 3.º vol., pág. 144.

^{577-a} *Crime culposos. Suspensão da pena*. “Tratando-se de delinqüente primário em crime culposos e sem antecedentes profissionais que o comprometam, confirma-se a sentença na parte que lhe concedeu suspensão da pena e dá-se, em parte, provimento à apelação para excluir-se a pena acessória de privação do exercício da profissão, por incompatível com os pressupostos e a finalidade do *sursis*” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 19-1-48).

Sursis. “Há um illogismo na concessão do *sursis* e a privação do exercício da profissão: pretende-se oferecer ao réu oportunidade de manter um bom comportamento e retira-se-lhe o meio de

87. A sentença é sempre publicada (art. 389 do Código de Processo Penal), para fins processuais, mas, quando o exigir o interesse público (art. 73 do Código Penal), a publicação, a expensas do condenado solvente, assume o título de pena acessória, com caráter de exemplaridade e de reparação (ar-

"vida — o ofício ou profissão que escolheu e à qual está habilitado" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 29-1-48).

Choque de veículos. "Ocorrendo o desastre por exclusiva culpa de um dos motoristas, que manobrou imprudentemente o seu auto, impõe-se a absolvição do outro, dada a inexistência do nexo causal entre a velocidade com que seguia o seu veículo e o abaloamento dêste com o auto particular. Dado o grau de culpa com que agiu o primeiro motorista, executando manobra tão perigosa, plenamente se justifica a aplicação da pena acessória de interdição de exercício da atividade ou profissão de motorista" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17-4-48).

"Reduz-se por excessivamente rigoroso o prazo da pena acessória de interdição de direito a profissão imposta a motorista reincidente em delito culposos, mas casado e com bons antecedentes" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 2-12-43).

"Condena-se à pena acessória de interdição permanente do pátrio-poder o indivíduo que, embriagando-se freqüentemente, tentou estuprar a própria filha" (2.ª Câmara, Tribunal de Apelação de São Paulo, 21-10-43).

"Há um certo ilogismo em conceder-se o *sursis* e privar-se o condenado do exercício de sua profissão, obrigando-o a buscar outra, em meio a dificuldades patentes, quando, em observância às próprias condições do *sursis*, é obrigado a ter profissão honesta e bom comportamento" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20-5-48, *Diário da Justiça* de 1-11-48, pág. 2.947).

"A interdição de dirigir automóveis imposta aos motoristas imprudentes é o melhor meio de pôr um anteparo à onda de acidentes de trânsito" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 3-2-49, *Revista Forense*, vol. 124, pág. 249).

"É inaplicável a pena acessória de interdição do exercício da profissão, quando não há violação de dever especificamente inerente a ela" (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 30-6-49, *Revista Forense*, vol. 128, pág. 214).

"Não havendo de parte do apelante desrespeito a regra técnica da profissão, exclui-se da condenação a pena acessória e reduz-se para dois anos o prazo da suspensão condicional da execução da

tigos 71, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal e 387, VI, do Código de Processo).

Em trabalho publicado em 1933 sustentei que é preciso combater o sensacionalismo sensacionalmente.

MAGARINOS TÔRRES deu-me a honra de aceitar as minhas sugestões, nestes termos: “Estou de inteiro acôrdo com a

“pena” (3.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 9-5-49, *Diário da Justiça* de 20-4-50, pág. 1.230).

“Há um ilogismo na concessão do *sursis* e a privação do exercício da profissão: pretende-se oferecer ao réu oportunidade de manter um bom comportamento e retirar-se-lhe o meio de vida — o ofício ou profissão que escolheu e à qual está habilitado” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, de 29-1-48, *Diário da Justiça* de 17-8-48, pág. 2.104).

“Sendo grande o efeito repressivo da pena acessória de incapacidade temporária para dirigir veículos, deve, no entanto, ser reservada aos casos mais graves, como de embriaguez ou reincidência” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6-9-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 177, pág. 104).

“Não existe incompatibilidade entre o *sursis* e a pena acessória de interdição de direito. Antes, pode esta até ser uma condição de benefício” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 12-12-47, *Rev. dos Tribunais*, vol. 173, pág. 565).

“Tratando-se de delinqüente primário em crime culposo e sem antecedentes profissionais que o comprometam, confirma-se a sentença na parte que lhe concedeu suspensão da pena, dá-se, em parte, provimento à apelação para excluir-se a pena acessória de privação do exercício da profissão, por incompatível com os pressupostos e a finalidade do *sursis*” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 19-1-48, *Diário da Justiça* de 17-8-48, página 2.122).

“Nos casos de delito de trânsito, a aplicação da pena acessória de interdição do exercício da profissão de motorista é obrigatória” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 13-10-48, *Rev. dos Tribunais*, volume 177, pág. 569).

“A pena acessória de incapacidade por determinado tempo de exercício da profissão só em casos excepcionais deve ser admitida, quando houver um generalizado descaso ou abuso de profissão” (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ap. n.º 3.128, de 28-4-49, *Diário da Justiça* de 1-7-49, pág. 1.596).

“tese de ROBERTO LYRA. O recurso, único eficaz, para que o crime não seja sedução é a notícia igualmente minuciosa e constante dos castigos, dos sofrimentos físicos e morais que atribulam os criminosos”.⁵⁷⁸

Tratemos — dizia eu — de neutralizar a propaganda com a contrapropaganda, a sugestão com a contra-sugestão.

⁵⁷⁸ *Rev. de Direito Penal*, Rio, vol. II, pág. 27.

“Exclui-se a pena acessória de incapacidade temporária para o exercício da profissão imposta ao apelante, por isso que lhe foi concedida a suspensão condicional da pena, benefício este que assenta no pressuposto de que o condenado não tornará a delinquir” (1.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 24-5-48, *Diário da Justiça* de 4-2-49, pág. 552).

“A pena acessória da incapacidade temporária para o exercício da profissão deve ser reservada, nas questões de acidentes de trânsito, para casos mais graves, tais como a embriaguez ou a reincidência do réu” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20-8-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 176, pág. 486).

“A aplicação da pena acessória, consistente na proibição de dirigir veículos a motor, por determinado prazo, nos termos do art. 69, IV, do Código Penal, não colide com a concessão do *sursis*” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9-8-49, *Rev. dos Tribunais*, volume 182, pág. 97).

“Uma vez que o crime foi cometido com infração de dever inerente à profissão de motorista, impõe-se a pena acessória de interdicação de direito” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2-4-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 174, pág. 100).

“Comprovada a culpa do motorista pelo choque de veículos que deu causa a lesões corporais em inúmeros passageiros, mantém-se a pena principal, mas é eliminada a pena acessória, atentas as condições pessoais do acusado” (voto vencido quanto à eliminação da pena acessória, 2.^a Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4-11-48, *Diário da Justiça* de 15-1-49, pág. 212).

“Não se aplica a pena acessória em crimes culposos senão quando maus os antecedentes judiciários e profissionais do agente” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 17-1-50, *Revista Forense*, vol. 130, pág. 273).

“Verificando-se, no delito de imprudência, apenas a culpa, e não abuso da profissão ou infração grave das regras de trânsito, não

Como? Obrigando a publicação das denúncias, das pronúncias, das *condenações*, para que a pena exerça, em toda a sua plenitude, o seu papel de intimidação e exemplaridade; evitando que se romantize o ambiente das prisões, tornando-as atraentes; silenciando sobre fugas e perdões; controlando o noticiário das absolvições, das anulações, dos arquivamentos, das prescrições; proibindo a publicação unilateral dos debates; irradiando os julgamentos, cuja matéria possa atuar como elemento educativo e, portanto, preventivo da criminalidade...

O Código italiano acolheu a publicação da sentença de condenação como pena acessória (arts. 19 e 36) e como forma de reparação do dano (art. 186). O projeto alemão de 1930 (§ 51) coloca-a, mais corretamente,⁵⁷⁹ entre as penas acessórias. É a norma do projeto FERRI, que considera a publicação de sentença como sanção complementar (art. 64), com o fundamento de ordem pública expresso no projeto

⁵⁷⁹ FLORIAN, *Trattato*, cit., vol. 2.º, pág. 1.058.

"procede a aplicação da pena acessória" (1.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1-8-49, *Revista Forense*, vol. 129, página 245).

"A pena acessória é destinada àqueles que dão causa a acidentes com abuso de profissão ou atividade. Esse abuso deve estar em relação direta com o grau de culpa do agente. Se esta fôr em proporção mínima, não é, evidentemente, para se falar em abuso de profissão ou de atividade" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 31-3-50, *Rev. dos Tribunais*, vol. 185, pág. 665).

"Tratando-se de motorista não-habilitado, nem mesmo como amador, não se aplica pena acessória. O crime absorve a contravenção, que o integra" (unânime, 2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 7-11-46, *Revista Forense*, vol. 115, pág. 217).

"Culpa do motorista. Sendo este amador e não profissional, mantém-se a pena acessória" (2.ª Câmara, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16-12-48, *Diário da Justiça* de 28-9-49, pág. 3.102).

"Aplica-se a pena acessória de interdição de direitos prevista no art. 69, parág. único, n.º IV, do Código Penal, se o réu se houve com abuso de sua profissão ou infringiu o dever a ela inerente" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 20-2-48, *Rev. dos Tribunais*, vol. 173, pág. 70).

alemão. Este refere-se ao condenado, para impedi-lo de cometer outros crimes e, além disso, para prevenir que outros pratiquem crimes iguais ou semelhantes (§ 59). Ver o Código polonês (art. 51).

Trata-se, pois, como assinalou a *Exposição de motivos* do Código italiano, de diminuir a periculosidade social do condenado.

Pondera FLORIAN que, em alguns casos, a publicação lembra as velhas penas infamantes, prejudicando, desnecessariamente, os parentes inocentes do condenado, perturbando a consciência pública com a evolução de crimes graves e marcando a vingança social.⁵⁸⁰ Assim pode ser na Itália, dado o automatismo da publicação, que acompanha, *de jure*, a sentença condenatória. No Código brasileiro, porém, somente quando o *exija* o interesse público, cabe a publicação. De qualquer forma, o crime e não a publicação da sentença poderiam causar aqueles males. Esta, ao contrário, os neutraliza, reduzindo à forma austera e serena do julgado as versões sensacionalistas e pacificando as reminiscências pejorativas.

A publicação é feita uma só vez e em resumo, salvo exceções (art. 73, § 2.º), e sempre depois de passar em julgado a sentença.⁵⁸¹

88. Como vimos, as penas acessórias não encerram efeitos da condenação, pois não resultam, necessariamente, desta, e podem ser impostas até antes da condenação (art. 71).

A rigor, somente o mínimo da *cominação*, a prática do crime no exercício de função pública ou assimilada e os direitos políticos afastam, em absoluto, a ponderação e o pronunciamento judiciais.⁵⁸²

⁵⁸⁰ *Trattato*, cit., 2.º vol., pág. 1.059.

⁵⁸¹ Ver dados históricos sobre a publicação da sentença em MANZINI (*Trattato*, cit., 3.º vol., págs. 158 e 159).

⁵⁸² Pelo Código italiano, as interdições resultam, *de jure*, da sentença.

Nos outros casos, a propiciação da pena acessória depende, praticamente, do juiz, ao determinar a qualidade da pena principal, ao fixar sua quantidade, ao reconhecer manifesta a incompatibilidade entre o crime e o direito em jogo, ao identificar a inerência do poder e seu abuso ou a inerência do dever e sua violação, ou ao proclamar o interesse social na publicação da sentença.

Certamente, não é lícito ao juiz negar a evidência de incompatibilidades, abusos e violações, mas ele formará sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157 do Código de Processo Penal).

As interdições cabíveis, ora são declaradas na sentença (art. 70, I e II) e, não o fazendo o juiz (ou tribunal), como é de seu dever, não operam (art. 377 do Código de Processo Penal), ora resultam da simples imposição da pena principal (parág. único).

As que decorrem *ope legis* da imposição da pena principal são somente as do n.º II do art. 68, n.º II, letra c, do parág. único do art. 69 e n.º V respectivo. A regra, portanto, é a declaração, dependente, como vimos, da livre convicção do juiz, cujo silêncio importa exclusão.

O art. 42 também preside à aplicação das penas acessórias temporárias, que foram cominadas com a necessária elasticidade para prover-se à individualização.

É de notar que as interdições são sempre temporárias, salvo duas exceções. Se se reduzissem as penas acessórias a efeitos da condenação, não seria possível individualizar a sua atuação.

O Código, para acautelar interesses que, de outro modo, seriam sacrificados ou ameaçados, permite a aplicação provisória⁵⁸³ das interdições do art. 69, II, III e IV, desde que possam resultar da condenação (arts. 373 a 376 do Código de Processo Penal). A interdição provisória, como a prisão,

⁵⁸³ LONGHI reclamou, empenhadamente, a interdição preventiva (*Scuola Positiva*, 1924, I, pág. 469).

não envolve prejulgamento (art. 376 do Código de Processo Penal).

As interdições tornam-se efetivas com a sentença, mas o prazo de duração começa a correr, depois de terminada a execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança detentiva (art. 72). Aliás, durante tal execução, há interdição de fato.⁵⁸⁴

Se não fôr executada a pena privativa de liberdade, o prazo é contado da extinção da punibilidade pela prescrição (art. 72).

Quando imposta somente pena pecuniária, o prazo inicia-se da data em que passa em julgado a sentença condenatória.

O tempo da suspensão provisória e, se não sobrevier revogação, o da condicional da pena e o do livramento condicional são computados (art. 72, parág. único).

A aplicação das penas acessórias não está sujeita às regras do concurso de crimes (art. 52), nem a máximo genérico (art. 55).⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ ARMANDO COSTA, *A Condição Jurídica do Sentenciado e a Interdição Legal*, Rio, 1936, pág. 62.

⁵⁸⁵ Em sentido contrário: Código italiano, art. 79.

CAPÍTULO VI

Dos efeitos da condenação

Reparação
do dano.
Perda dos
instrumentos,
produto e proveito
do crime

Art. 74. São efeitos da condenação:

I, tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;

II, a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

DIREITO ANTERIOR — Arts. 69, 70 e 76 da Consolidação das Leis Penais.

DIREITO COMPARADO — *Código italiano*: “Art. 185. Todo crime obriga às restrições, segundo as leis civis. Todo crime, que haja ocasionado dano patrimonial ou não-patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, segundo as leis civis, devem responder pelo ato daquele. Art. 186. Além do prescrito no artigo precedente e em outras disposições de lei, todo crime obriga o culpado à publicação, às suas expensas, da sentença de condenação, quando a publicação constitua meio para reparar dano não-patrimonial ocasionado pelo crime. Art. 187. A obrigação às restituições e a publicação da sentença penal de condenação é indivisível. Os condenados por um mesmo crime são obrigados em substância ao ressarcimento do dano patrimonial ou não-patrimonial. Art. 188. O

condenado é obrigado a reembolsar ao erário do Estado as despesas para sua manutenção nos estabelecimentos penais e responde por tal obrigação com todos os seus bens móveis e imóveis, presentes e futuros, segundo a lei civil. A obrigação não se estende a pessoa civilmente responsável e não se transmite aos herdeiros do condenado. Art. 189. O Estado tem hipoteca legal sobre os bens do acusado para garantia do pagamento: 1.º das penas pecuniárias e de qualquer outra quantia devida ao erário do Estado; 2.º das despesas do processo; 3.º das despesas relativas à manutenção do condenado nos estabelecimentos penais; 4.º das despesas efetuadas por um instituto público de saúde, a título de tratamento e de alimentação para a pessoa ofendida, durante a enfermidade; 5.º das importâncias devidas a título de ressarcimento do dano, compreendidas as despesas processuais; 6.º das custas adiantadas pelo defensor e das quantias a ele devidas a título de honorários. A hipoteca legal não prejudica o direito dos interessados a inscrever a hipoteca judicial, depois da sentença de condenação, mesmo revogável. Se existem fundadas razões para temer-se que falem ou se desvalorizem as garantias das obrigações para as quais é admitida a hipoteca legal, pode ser ordenado o seqüestro dos bens móveis do acusado. Os efeitos da hipoteca ou do seqüestro cessam com a sentença irrevogável de absolvição. Se o acusado presta caução, pode-se deixar de inscrever a hipoteca legal ou o seqüestro. Para efeito do seqüestro, os créditos indicados neste artigo consideram-se privilegiados em relação a todo outro crédito não-privilegiado de data anterior e aos créditos surgidos posteriormente, salvo, em qualquer caso, os privilégios estabelecidos em garantia de pagamento de impostos. Art. 190. As garantias estabelecidas no artigo precedente estendem-se, também, aos bens da pessoa civilmente responsável, limitadamente aos créditos indicados nos ns. 2.º, 4.º e 5.º do dito artigo, sempre que, para a hipoteca legal, subsistam as condições requeridas para inscrição sobre os bens do acusado ou que, para o seqüestro, concorram, em relação a pessoa civilmente responsável, as circunstâncias indicadas no § 2.º do artigo precedente. Art. 191. Sobre o preço dos imóveis hipotecados e dos móveis seqüestrados, segundo os dois artigos precedentes e sobre as somas pagas a título de caução e não-devolvidas à Caixa de Ressarcimento, são pagas na ordem seguinte: 1.º as despesas efetuadas por instituto público de saúde, a título de tratamento e alimentação da pessoa ofendida, durante a enfermidade; 2.º as somas devidas a título de ressarcimento de danos e de despesas processuais ao lesado, uma vez que o pagamento seja requerido, dentro de um ano, a contar do dia em que a sentença penal de condenação se tornou irrevogável; 3.º as despesas adiantadas pelo defensor do condenado e a quantia a ele de-

vida a título de honorários; 4.º) as despesas do processo; 5.º) as despesas para manutenção do condenado nos estabelecimentos penais. Se a execução da pena ainda não teve lugar, no todo ou em parte, é depositada na Caixa de Ressarcimento soma presumivelmente suficiente para as referidas despesas; 6.º) as penas pecuniárias e qualquer outra soma devida ao erário do Estado. Art. 192. Os atos executados a título gratuito pelo culpado depois do crime não têm eficácia em relação aos créditos indicados no art. 189. Art. 193. Os atos, a título oneroso, que excedem a simples administração ou ainda a gestão do comércio ordinário, executados pelo culpado depois do crime, presumem-se feitos em fraude em relação aos créditos indicados no art. 189. No entanto, para a revogação do ato, é necessária a prova da má-fé do outro contraente. Art. 194. Os atos executados a título gratuito pelo culpado antes do crime não são eficazes em relação aos créditos indicados no art. 189, quando se prove que foram por ele executados em fraude. A mesma disposição se aplica aos atos a título oneroso, que excedem a simples administração ou ainda a gestão do comércio ordinário. No entanto, para revogação do ato a título oneroso, é necessária a prova, também, da má-fé do outro contraente. As disposições deste artigo não se aplicam aos atos anteriores de um ano à prática do crime. Art. 195. Nos casos previstos nos três artigos precedentes, os direitos de terceiros são regulados pelas leis civis. Art. 196. Nas contravenções cometidas por quem está sujeito à autoridade de outrem, direção ou vigilância, a pessoa revestida de autoridade ou encarregada da direção ou vigilância é obrigada, em caso de insolvência do condenado, ao pagamento de soma igual ao montante do ressarcimento imposto ao culpado, se se tratar de contravenção às disposições que ela devia fazer observar e pela qual não deva responder penalmente. Também quando a pessoa preposta fôr insolvente, aplicam-se ao condenado as disposições do art. 136. Art. 197. As entidades que têm personalidade jurídica, excetuados o Estado, as Províncias e as comunas, quando seja pronunciada condenação em virtude de contravenção contra quem tenha a representação ou administração ou com ela esteja em relação de dependência e se trate de contravenção que constitua violação das obrigações inerentes à qualidade do culpado, são obrigadas ao pagamento, em caso de insolvência do condenado, de soma igual ao montante do ressarcimento imposto. Se tal obrigação não pode ser cumprida, aplicam-se ao condenado as disposições do art. 136. Art. 198. A extinção do crime ou da pena não importa a extinção das obrigações civis derivadas do crime, salvo se se trata das obrigações indicadas nos dois artigos precedentes". *Código uruguaio*: "Art. 104. Todo delito que se traduza, direta ou indiretamente, por mal patrimonial, acarreta, como con-

seqüência, responsabilidade civil. Art. 105. A responsabilidade civil rege-se pelo disposto no Código Civil, Livro IV, título I, capítulo II, seção II, e acarreta os seguintes efeitos: a) Confisco dos proveitos do delito e dos instrumentos com que foi executado, salvo se uns e outros pertencem a terceiro estranho ao fato, ou se trate de delitos culposos ou de contravenções. b) Embargos preventivos dos bens do acusado. c) Obrigação de ressarcir os danos e prejuízos causados. d) Condenação às despesas do processo. e) Obrigação de indenizar o Estado das despesas de alimentação, vestuário e alojamento durante o processo e a condenação. Art. 106. De acordo com o disposto no artigo precedente, toda sentença que imponha pena ou medida de segurança deve conter pronunciamento expresse sobre os pontos a, c, d e e do artigo mencionado. Ficam livres da obrigação imposta pelo inciso e os delinqüentes, com família que dispuserem de escassos bens, no conceito do juiz. O embargo só será decretado, a pedido da parte interessada, quando o delito acarretar obrigações de restituição ou reparação em quanto bastar para garanti-las". *Código argentino*: "Art. 29. A sentença condenatória poderá ordenar: 1.º) a indenização do dano material e moral causado à vítima, à sua família ou a terceiro, sendo o montante fixado razoavelmente pelo juiz na falta de prova plena; 2.º) a restituição da coisa obtida pelo delito e, se a restituição não for possível, o pagamento pelo réu do preço corrente da coisa e mais o de estimação, se tiver; 3.º) o pagamento das custas; 4.º) quando a reparação civil não se tenha realizado durante a condenação ou quando se tenha estabelecido, a favor do ofendido ou de sua família, pena de indenização, o juiz, no caso de insolvência, determinará a parte dos salários do responsável que deve ser aplicada a essas obrigações, antes de conceder-lhe o livramento condicional. Art. 30. A obrigação de indenizar tem preferência sobre todas as que contrair o responsável depois de cometido o delito e sobre o pagamento da multa. Se os seus bens não forem suficientes para cobrir todas as responsabilidades pecuniárias, estas serão satisfeitas na seguinte ordem: 1.º) a indenização dos danos e prejuízos; 2.º) o ressarcimento de todas as despesas do processo. Art. 31. A obrigação de reparar o dano é solidária entre todos os responsáveis pelo delito. Art. 32. Quem, com fins de lucro, participar dos resultados de um delito, ficará obrigado à reparação até a quantia de que tiver participado. Art. 33. Em caso de insolvência, total ou parcial, serão observadas as seguintes regras: 1.º) Tratando-se de condenados a reclusão ou prisão, a reparação far-se-á na forma determinada no art. 11; 2.º) Tratando-se de condenados a outras penas, o tribunal designará a parte de suas entradas ou emolumentos que devam depositar periodicamente até o pagamento total". *Código peruano*: "Art. 65. O Mi-

nistério Público promoverá, juntamente com a repressão, a efetividade da reparação civil. Art. 66. A reparação civil compreende: 1.º) a restituição da coisa; 2.º) a reparação do dano causado; 3.º) a indenização do prejuízo material ou moral causado à vítima do delito, à sua família ou a um terceiro. Art. 67. O juiz ordenará na sentença penal a restituição e a reparação do dano e determinará, com cautela, à falta de provas, o valor da indenização do prejuízo material ou moral originado pelo ato punível. Art. 68. A restituição far-se-á com a mesma coisa, ainda que se ache em poder de terceiro, salvo o direito dêste, se fôr inocente, de reclamar o seu valor de quem de direito. Se a coisa não existir ou a tenha adquirido, por prescrição, um terceiro possuidor, a restituição far-se-á pelo preço corrente da mesma, acrescentando-se-lhe o de estimação, se o tiver. Art. 69. A reparação far-se-á, avaliando a natureza do dano, por meio de peritos, se fôr praticável, ou pelo prudente arbítrio do juiz. Se o dono preferir o valor total da coisa, proceder-se-á, como no artigo anterior, passando a coisa à propriedade do responsável. Art. 70. A obrigação da reparação civil é solidária entre os partícipes do ato punível. Art. 71. A obrigação da reparação civil passa aos herdeiros do ofensor e o direito de exigí-la transmite-se aos herdeiros do ofendido. Art. 72. Em caso de flagrante delito, ao efetuar-se a detenção do acusado, ou, quando se expeça contra êle, durante o processo, mandado de prisão, proceder-se-á à inscrição de hipoteca legal sôbre os seus bens imóveis, e ao embargo dos seus móveis, rendas ou salários em proporção bastante para a reparação, deixando, em todo caso, o necessário para subsistência da família. Art. 73. A vítima ou seus herdeiros terão preferência para a reparação civil contra todos os credores hipotecários do condenado por obrigações adquiridas depois de cometido o delito. Art. 74. Todos os atos praticados ou as obrigações adquiridas posteriormente ao delito serão anulados se vierem a diminuir o patrimônio do condenado ou o tornarem insuficiente para a reparação. Art. 75. O direito à reparação civil não poderá ser transferido a terceiro antes da sentença. Art. 76. É nulo todo contrato entre a vítima e o delinqüente sôbre a reparação civil. Art. 77. Em caso de insolvência parcial ou total do responsável, a reparação civil far-se-á, conforme prescreve o título III do Livro IV, com os fundos da caixa de indenização às vítimas do delito, tratando-se de delitos punidos com penas que privem da liberdade. Depositam-se nesta caixa os salários ou os produtos do trabalho dos condenados. Art. 78. Em caso de insolvência parcial ou total do responsável por delitos punidos com penas diferentes das restritivas da liberdade, o juiz determinará parte da renda ou salário do condenado que deverá ser aplicada à reparação civil. Art. 79. O salário dos condenados a penas restritivas da li-

berdade ou o produto do seu trabalho será aplicado simultâneamente, quando a lei não disponha outra coisa, na reparação civil, no seu sustento na casa de repressão, no sustento de suas famílias, se necessário, e no pecúlio. Do pecúlio, ser-lhes-á entregue pequena parte para suas despesas pessoais quando sua conduta fôr boa e se note sua aplicação ao trabalho. Se os condenados não têm família, ou esta não necessite do seu auxílio, o salário, ou o produto do trabalho, será dividido em partes iguais entre a reparação, as despesas de seu sustento na casa de repressão e o pecúlio. O salário ou o produto do trabalho dos detentos que não venham a ser condenados pertencer-lhes-á integralmente. Art. 80. Quando a reparação civil não se tiver efetuado durante a condenação ou se houver estabelecido a favor do ofendido ou de sua família a pensão de indenização, o juiz, no caso de insolvência parcial ou total, determinará a parte de renda ou salário do responsável que deve ser aplicada a essas obrigações". *Código cubano*: "Art. 110. Todo fato sancionável acarreta a responsabilidade civil conseqüente, que declarará, em todos os casos, o tribunal, fixando a sua quantia, e os declarados culpados estão na obrigação de satisfazê-la. Art. 11. A responsabilidade civil compreende: a) a restituição *in integrum*; b) a reparação do dano material; c) a reparação do dano moral; d) a indenização dos prejuízos. Art. 112. a) A restituição deverá fazer-se com a mesma coisa, sempre que fôr possível, com abono ou acréscimo de deterioração ou descuido, regulado pelo tribunal. b) Fazer-se-á a restituição, ainda que a coisa se ache em poder de terceiro e este a tiver adquirido por meio legal, salvo sua repetição contra quem de direito. c) Esta disposição não é aplicável ao terceiro que tenha adquirido a coisa pela forma e com os requisitos estabelecidos pela lei para torná-lo irrevindicável. Art. 113. A reparação do dano material far-se-á avaliando o tribunal o valor do dano causado, compreendendo-se na mesma, segundo os casos: a) uma compensação pelo desaparecimento do chefe de família equivalente ao que fôr necessário para o sustento do lar; b) uma compensação equivalente à diminuição da capacidade de produção do chefe de família; c) o abono do estrago que haja sofrido a coisa; d) o abono da diminuição de prestações que haja sofrido o ofendido e causadas de maneira direta pelo delito. Art. 114. A reparação moral compreenderá, segundo os casos: a) a satisfação pública que mereça a vítima; b) o matrimônio do ofensor com a ofendida, quando preceder, mediante, em todos os casos, consentimento da ofendida; c) a reparação matrimonial poderá ser substituída pelo tribunal por uma compensação pecuniária: I. Quando ocorra impedimento absoluto do réu para contrair matrimônio. II. Quando a oposição da ofendida para contrair matrimônio se baseia em que o réu lhe é de todo repugnante, ou é um

criminoso habitual, reincidente ou reiterante, ou ocorre nêle alguma circunstância permanente de periculosidade; d) o reconhecimento dos filhos quando não fôr impossível pela natureza da prole; e) a reparação em forma de dote da diminuição da capacidade matrimonial da mulher; f) a reparação, em forma de pensão, da diminuição no crédito público da vítima. Art. 115. A indenização de prejuízo compreenderá, segundo os casos: a) os dias de trabalho perdidos pela vítima, tanto os motivados pelo dano material causado pelo delito, como os motivados pela substância da causa; b) o pagamento de médicos, enfermeiros, remédios e alimentos especiais, análises, operações e hospitalização; c) o pagamento dos operários e materiais que se requeira para reparação dos danos; d) o pagamento de qualquer despesa extraordinária, não prevista, e que se tiver ocasionado com o delito; e) o pagamento das custas e despesas com os advogados, peritos e testemunhas na causa, se o reclamarem; f) o pagamento dos prejuízos que pelo delito se irrogarem à família da vítima ou a terceiro. Os tribunais fixarão na sentença em todos os casos a importância dessas responsabilidades. Art. 116. a) Ao fixar a importância da responsabilidade, os tribunais levarão em conta a idade, estado, posição social e econômica, profissão, capacidade para o trabalho, capacidade produtiva da vítima e, também, as mesmas condições quanto aos réus. b) Se forem vários os réus, distribuirão a responsabilidade segundo a participação e as circunstâncias de cada um, declarando expressamente os fundamentos que tenham para fixar esta distribuição. c) Nos delitos provocados pelas vítimas, não pronunciarão responsabilidade civil que as beneficie. Art. 117. a) O condenado civilmente não poderá, sem autorização do tribunal ou acôrdo com a vítima ou seus herdeiros ou representantes, ausentar-se do território nacional, sem ter satisfeito a responsabilidade civil. b) Também não poderá, sem autorização do tribunal ou acôrdo com as pessoas anteriormente mencionadas, alienar ou gravar seus bens, sem ter satisfeito a responsabilidade civil ou tê-la garantido por qualquer das formas reconhecidas pelo direito". *Código dinamarquês*: "Art. 77. 1. Salvo disposições em contrário, podem ser confiscados, por sentença, em favor do Tesouro: 1.º Os objetos adquiridos por meio de ato punível ou que foram empregados ou se destinavam a ser empregados em infração voluntária da lei, quando pertencerem a pessoa responsável pela dita infração. 2.º Os objetos que devem ser considerados como destinados a fim criminoso, quando seu confisco é julgado necessário para a segurança pública. 3.º O produto de ato punível, se ninguém tem fundamento para reclamá-lo legalmente, ou soma julgada equivalente. 2. A polícia decide o emprêgo de objetos apreendidos. Por outro lado, os objetos confiscados deverão, no caso em

que o ato punível tenha causado um dano à pessoa e quando não seja possível obter, de outra maneira, uma indenização do culpado, servir ao pagamento da indenização, tendo esta última prioridade sobre os direitos do Estado”.

COMENTARIO

SUMÁRIO: 89. Considerações gerais. 90. Indenização do dano. 91. Confisco.

89. Sobre a indenização do dano, *vide* n.º 62, onde o estudamos, sob vários aspectos.

Vimos que a *compositio* marcou uma das etapas do período da vingança privada, na evolução da pena. O instituto da reparação do dano afastou-se de suas fontes históricas, assumindo caráter público.

PAOLI aponta sua verdadeira origem no Código sardo de 1859,⁵⁸⁶ o que justificaria a reivindicação da precedência do Código brasileiro de 1830.

Na própria Itália, o projeto de 1806 bem caracterizava o instituto, que, por outro lado, não pode ser confundido com a *Busse* germânica, de outra natureza.⁵⁸⁷

Nas Ordenações Filipinas (Livro V) previa-se o confisco dos bens do criminoso, mediante certas formalidades (tít. 127). O Código de 1830 admitia a reparação do dano, na própria sentença criminal, mandando convertê-la em prisão com trabalho até obter o condenado os meios necessários. A lei n.º 261, de 1841, estabeleceu que, em todos os casos, o ressarcimento seria pleiteado mediante ação cível. Mas, o juiz criminal continuou a intervir para a conversão em prisão.

No regime do Código de 1890 (art. 69, b) devem ser mencionados os arts. 30 e 31 do Código de Processo Penal

⁵⁸⁶ Ob. cit., pág. 183.

⁵⁸⁷ ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, página 177.

do Distrito Federal e o dec. n.º 24.797, de 14 de julho de 1934, art. 2.º, V.

A indenização do dano é instituto do direito penal, constituindo meio de luta contra o delito. GAROFALO e FERRI estimaram-no como substitutivo penal. Foi por obra dos positivistas que ela perdeu o caráter exclusivamente privado. Embora se destine ao indivíduo, predomina sua função social (*interest rei publicae*).

90. O Código deu à condenação o efeito de *tornar certa* a obrigação de indenizar o dano resultante do crime (art. 74, I) e admitiu a homologação da sentença estrangeira para obrigar o condenado à reparação do dano (art. 7.º). Provenho à sua efetividade, estabeleceu a revogação da suspensão condicional da pena se o beneficiário frustrar a reparação do dano (art. 59, II), incluiu a satisfação das obrigações civis resultantes do crime, salvo *prova* de insolvência, entre os pressupostos do livramento condicional (art. 60, III) e da reabilitação (art. 119, II).

A atenuante do art. 48, IV, b, interessa o criminoso na reparação e este é o objetivo político da minoração da pena.⁵⁸⁸

Somente a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime.⁵⁸⁹

A ofensa é a agressão do interesse juridicamente protegido (lesão ou perigo). O dano é a consequência nociva do crime, o prejuízo (patrimonial ou não) que dele deriva. A ofensa pertence à natureza intrínseca do crime, coexistindo

⁵⁸⁸ Subsídios doutrinários sobre o ressarcimento do dano encontram-se, entre outros, nestes trabalhos mais acessíveis: DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, Paris, 1898; GREGORACI, *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*, Roma, 1903; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, 3.ª ed., Milão, 1917; PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bolonha, 1925; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Pádua, 1926; ROMANO, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, Perúvia, 1929.

⁵⁸⁹ FLORIAN sustenta a necessidade "de sancionar a responsabilidade por dano dos delinquentes não-imputáveis" (*Scuola Positiva*, 1931, II, pág. 290).

sempre com este. O dano é elemento extrínseco ao conceito do delito e, portanto, eventual. Pode haver crime sem dano.

O legislador considera sempre a chamada quantidade do crime, tanto que continua a apenar, diversamente, a tentativa e o crime consumado.

O art. 42 manda o juiz ter em conta, especialmente, as *consequências* do crime.

O mal próprio da ofensa é, essencialmente, irreparável. A lesão ou o perigo é um fato que não pode ser eliminado, mas tão-somente é, às vezes, atenuado. *Quod factum sat, infectum fieri nequit*. Ao contrário da ofensa, o dano pode ser reparado, no sentido de que se pode fazer alguma coisa equivalente à sua anulação. Não só pecuniariamente é possível dar ao ofendido uma satisfação, como, em certos casos, consegue a publicação da sentença condenatória.

A reparabilidade do dano, para a lei penal, que não admite exceção, tem sentido abstrato. O dano, e não a ofensa, pode ser sempre compensado ou removido, variando os meios de acôrdo com a sua natureza. Não se pode falar, pois, em irreparabilidade do dano.⁵⁹⁰

O dano moral comporta indenização, não tendo cabimento, em face do art. 74, qualquer discussão a respeito.

Ao contrário do art. 70 do Código de 1890, a obrigação não é regulada, segundo o direito civil. A sentença condenatória *torna certa* a obrigação, somente cabendo ao juízo cível a liquidação (arts. 63 e segs. do Código de Processo Penal). Ver o art. 2.º, V, do dec. n.º 24.797, de 14 de julho de 1934.

Já o Código sardo aludia aos danos patrimoniais indiretos, que são ressarcidos pecuniariamente ou por outros meios.

O argumento sobre a suposta imoralidade da conversão do dano moral em dinheiro mereceu de ANTOLISEI esta réplica: mais imoral é deixar sem reparação, ainda imperfeita, o dano não-econômico.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Ver FROSALI, *Reato, Danno e Sanzioni*, Pádua, 1932.

⁵⁹¹ Ob. cit., pág. 192.

Não basta a satisfação moral com a publicação da sentença (art. 186 do Código italiano).

Trata-se aí de evocação, a que a técnica deu outro cerimonial, da palinódia (*recantatio solenis, deprecatio e reparatio*) — aquela leitura da sentença, em voz alta, ao réu ajoelhado e fantasiado, diante da parte lesada, a recitar a própria humilhação...

Somente a medida concreta do dano, patrimonial ou não, é deixada ao direito privado. O delito tem largas e indefinidas repercussões, que escapam à previsão legal e mais se oferecem ao poder de concentração, de pesquisa de crítica, hoje prodigalizado à experiência especial do juiz cível.⁵⁹²

91. *Produtos do crime (producta sceleris)* são as coisas adquiridas diretamente com o crime (coisa roubada), ou mediante sucessiva especificação (jóia feita com o ouro roubado), ou conseguidas mediante alienação (dinheiro da venda do objeto roubado) ou criadas com o crime (moeda falsa). Também se inclui no confisco outro qualquer bem ou valor, que importe proveito, desde que haja sido auferido pelo agente, e não por terceiros, com a prática do crime. Assim: o preço deste, os bens economicamente apreciáveis dados ou prometidos ao agente para que cometa o crime, a contraprestação que corresponde à prestação da atividade criminosa, a retribuição desta (arts. 45, IV, e 121, § 2.º, I).

Ver dec.-lei n.º 3.240, de 8 de maio de 1941, sobre o sequestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública e outros.⁵⁹³

Os instrumentos do crime (*strumenta sceleris*) referidos são os materiais, as coisas cujo uso não importa destruição imediata da própria substância e que não podem ser subs-

⁵⁹² Em nosso direito: CÂMARA LEAL, *Dos Efeitos Cíveis do Julgamento Criminal*, São Paulo, 1930; ALCIDES CIRILO, *Estudo sobre a parte civil nos processos penais*, São Paulo, 1939; V. P. VICENTE DE AZEVEDO, *Crime, Dano, Reparação*, São Paulo, 1934.

⁵⁹³ *Revista Forense*, 1941, julho, pág. 280.

tituídos por outros da mesma espécie e de que se serviu o agente na prática do crime. O Código, mais liberal do que o de 1890, limitou a perda dos instrumentos do crime àquelas coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Evitou-se, assim, a perda de utensílios profissionais, materiais de trabalho etc.

Até o automóvel, com que se comete o crime culposos, poderia ser confiscado, sem a ressalva. Ver os arts. 100 do Código Penal e 779 do Código de Processo.

Quanto ao destino dos instrumentos do crime, cuja perda em favor da União fôr decretada, ver o art. 124 do Código de Processo Penal.

BIBLIOGRAFIA

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Bibliografia

BIBLIOGRAFIA

- ABREU E SILVA — *in Rev. Forense*, Rio, 1941, junho, pág. 528.
- Actes (do 1.º Congresso Internacional de Direito Penal), Bruxelas, 1927.
- ALBA — *La condena condicional*, Madri, 1908.
- ALIMENA — *Principii*, Pierro, 1910; *Il limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Turim, 1894.
- ALTAVILLA — *Lineamenti di diritto criminale*, Nápoles, 1932; *Lineamenti di diritto penale*, Nápoles, 1931; *Le Aggravanti e le qualifiche del furto*, Cavotta, 1912; *Manuale di Diritto Penale*, Nápoles, 1934.
- ALVARENGA NETO — *Código de Menores*, 2.ª ed., Rio, 1941.
- American Prison Assoc. Committee — *Manual of suggested standards for a State Correctional System*, New York, 1946.
- Anais da Constituinte, de 1891, vol. II, apêndice, pág. 56.
- ANDREOTTI — *Dottrina e classificazione dei moventi a delinquere*, em *Scuola Positiva*, dezembro, 1923.
- ANGIONE — *La premeditazione*, Nápoles, 1933.
- ANTOLISEI — *Pene e misure di sicurezza*, in *Annuario R. Università di Sassari*, 1933; *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.
- ASCHAFFENBURG — *Crime and its Repression*, Boston, 1913.
- ASÚA (Jimenez) — *La sentencia indeterminada*, Madri, 1913.
- ASÚA E ONECA — *Derecho Penal*, 1.º, Madri, 1929.
- AULETE — *Dicionário contemporâneo da lingua portuguesa*, Lisboa, 1925, pág. 70.
- AZEVEDO (Noé) — *Tribunais para menores delinquentes*, São Paulo, 1920.
- BANDEIRA (Esmeraldino) — *Estudos de Política Criminal*, Rio, 1912; *Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro*, Rio, 1925.
- BAR (von) — *Gesetz und Schuld*, vol. 2, pág. 393.
- BARNES e TEETERS — *New Horizons in Criminology*, New York, 1947.
- BARRETO (Tobias) — *Menores e Loucos e Fundamento do Direito de Punir*, Ed. do Estado de Sergipe, 1926; *Estudos de Direito*, 1.º, ed. do Estado de Sergipe, 1926.
- BARRY, PATON E SAWER — *An Introduction to Criminal Law in Australia*, Londres, 1948.

- BATISTA PEREIRA — Em *Rev. de Jurisprudência*, Rio, vol. 2.º, páginas 264 e 265.
- BATTAGLINI — *La pena rapporto alle sanzioni penale e amministrative*, *Riv. dir. pub.*, 1924, 394, fascs. 7 e 8; *Applicazione delle pene e motivazione della sentenza*, em *Giustizia Penale*, 1932, 2.ª parte, fascs. 5 e 7; *Le norme del diritto penale e i loro destinatarii*, Roma, 1910; *Diritto Penale, parte generale*, 3.ª ed., Pádua, 1949.
- BECCARIA — *Tratado dos delitos e das penas*.
- BELLAVISTA — *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Milão, 1939; *Il delinquente qualificato*, Milão, 1947.
- BELLINI — *Condanna e liberazione condizionale*, *Riv. di Dir. Penit.*, Roma, 1930, II, 265.
- BELLONI — *Pene e misure di sicurezza*, Milão, 1934.
- BENTHAM — *Trattato*, Nápoles, 1849.
- BENTO DE FARIA — *Anotações teórico-práticas ao Código Penal do Brasil*, 1.º vol., 4.ª ed., Rio, 1929.
- BENVENUTO — *Le pene e le misure di sicurezza*, Messina, 1931.
- BERGMANN — *Sulla condanna condizionale*, Milão, 1893.
- BEST — *Crime and the Criminal Law in the United States*, New York, 1930.
- BETTIOL — *Diritto Penale, parte generale*, 2.ª ed., Palermo, 1950.
- BEZERRA DE MORAIS — *Estudo sobre os sistemas penitenciários*, Rio, 1915, 2.ª ed.
- BIVADAU — *La loi de sursis etc.*, Lião, 1902.
- BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI — *Trattato di Medicina Legale*, Milão, 1924.
- BRICHETTI — *Il principio della proporzione della pena*, in *Riv. Pen.*, CII, 1925, fasc. 3.
- BRUSA — *Dottrina generale del reato*, Turim, 1884.
- BURKE SHARTEL — *Sterilization of mental Defectives*, em *Journal of Criminal Law and Criminology*, XVI, 1926.
- BURT (Cyril) — *The young delinquent*, Londres, 1945.
- CADALSO — *Instituciones penitenciarias de los E. E. U. U.*, Madri, 1931.
- CAHEN — *Le Régime Pénitentiaire belge et la Loi de Défense Sociale*, Paris, 1936.
- CÂMARA LEAL — *Dos Efeitos Cíveis do Julgamento Criminal*, São Paulo, 1930.
- CAMIS — *Il meccanismo delle emozioni*, Roma, 1935.
- CAMPOS (Francisco) — *Exposição de motivos*, in *Rev. Forense*, 1941, fevereiro, pág. 451; *O Jornal*, Rio, 28-7-1939.
- CAMPUZANO — *La Nueva Penología según las leyes de su desenvolvimiento histórico*, Madri, 1915.

BIBLIOGRAFIA

559

- CANNAT — *La réforme pénitentiaire*, Paris, 1949.
- CAPOFERRO — *Dei motivi determinanti e il reato*, Messina, 1907.
- CARELI E GAROFALO — *La Recidiva e i recidivi*, Turim, 1869.
- CARNEIRO (Erimá) — *As Autarquias e as Sociedades de Economia*, ano V, n.º 5, pág. 611.
- CARNELUTTI — *Teoria Generale del Reato*, Pádua, 1933, pág. 73; *Il danno e il reato*, Pádua, 1926.
- CARNEVALE — *L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena*, em *Riv. Pen.*, XLVI, 109 e 333, XLVII, 113 e 309; XLVIII, 1.231; *Criterio direttivo giuridico e contributi antropologici nell'applicazione del nuovo codice penale*, Messina, s. d.
- CARRARA — *Opuscoli di diritto criminale*, Luca, 1870; *Programma, parte generale*, 1897.
- CARRARA (Mário) — *Avvelenamenti senza veleno*, Milão, 1933.
- CARRILHO (Heitor) — *Arquivos do Manicômio Judiciário*, ns. 1 e 2, Rio, 1937, pág. 7.
- CAVALIERI E FLORIAN — *I vagabondi*, Turim, 1898-1899, vol. II.
- CECCHI — *Il lato causale della pena*, in *Riv. Pen.*, XCI, 1920, páginas 225 e segs.; *Sulla Soppressione della parte civile*, in *Riv. Pen.*, 1947, n.º 4, pág. 323.
- CERVI — *La Recidiva*, Manoppello, 1909.
- CHAUVEAU ET HÉLIE — *Théorie du Code Pénal*, Paris, 1872.
- CHAVES (João) — *Ciência Penitenciária*, Rio, 1923.
- CHIARIONI — *La condanna condizionale*, Treviso, 1897.
- CIALENTE — *Raggruppamento di delinquenti abituali e lavoro obbligatorio in colonia*, in *Scuola Positiva*, 1927, págs. 154-158.
- CIRILO (Alcides) — *Estudo sobre a parte civil nos processos penais*, São Paulo, 1939.
- COCURULLO — *I moventi a delinquere*, Roma, 1927.
- COLL E GÓMEZ — in *Rev. Forense*, 1939, julho, pág. 15.
- COLUCCI — in *Scuola Positiva*, 1905, pág. 265.
- CONTI (Ugo) — *Il Codice Penale Illustrato articolo per articolo*, Milão, s. d., fasc. 4.º, pág. 581; *La Recidiva*, Bolonha, 1931.
- CORDEIRO (João Jorge) — *Imposto Penitenciário e sua Legislação*, Macéio, 1940.
- COSTA (Armando) — *A Condição Jurídica do Sentenciado e a Interdição Legal*, Rio, 1936.
- COSTA (Emílio) — *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bolonha, 1921.
- COSTA (Fausto) — *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Bocca, 1928.
- COSTA E SILVA — *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 2.º vol., São Paulo, 1938.

- COSTANZO — *La Causalità dell'omissione*, in *Giust. Pen.*, 1948, página 1.777.
- COUTO (Miguel) — *Clínica Médica*, Rio, 1926.
- CREMONA — *Segregazione cellulare e pazzia*, in *Ar. di psych.*, volume XLIX, 1929, pág. 773.
- CRIVELLARI — *Il codice penale illustrato*, Turim, 1892, vol. II.
- CUELLO CALÓN — *Penalogia*, Madri, 1920; *Derecho Penal*, Barcelona, 1926; *El Derecho Penal de Rusia Soviética*, 1931.
- DE FRANCESCO — *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. di dir. pen.*, 1919, I, 105.
- DE LA GRASSERIE (Raoul) — *Des principes sociologiques de la criminologie*, Paris, 1909.
- DELALANDE — *La condanna condizionale*, Paris, 1897.
- DELITALA — *Reato continuato e cosa giudicata*, em *Scuola Positiva*, 1928; 1.º, pág. 437; *Il fatto nella teoria del reato*, Pádua, 1930.
- DELL'ANDRO — *La Recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, s. d.
- DELMAS — *De la remunération du travail pénitentiaire et du pécule des détenus*, Toulouse, 1935.
- DELVAILLE — *De la déduction de la détention préventive*, Paris, 1895.
- DEL VECCHIO — *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Studi giuridici in onore di F. CARNELUTTI*, vol. I, pág. 335.
- DE NICOLA — *Scritti in onore di E. FERRI*, Turim, 1929.
- DI FALCO E SALTELLI — *Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale*, vol. 1.º, 2.ª parte, Turim, 1931.
- DONÀ — *La colonizzazione interna nelle sue applicazioni col mezzo delle colonie penali agricole*, Roma, 1912.
- DONDINA — *Scuola Positiva*, maio-junho, 1931.
- D'ONGHIA (Filippo) — *Biologia delle Emozioni*, Bolonha, 1933.
- DORADO — *El Derecho Protector de los criminales*, Madri, 1916.
- DUARTE (José) — in *Direito*, Rio, 1940, vol. III, pág. 46.
- DUNSHEE DE ABRANCHES (Carlos Alberto) — *Sentença Indeterminada*, Rio, 1939.
- DURANDO — *Il movente del reato*, in *Riv. Pen.*, janeiro, 1923.
- FALCHI — *Diritto Penale Esecutivo*, Pádua, 1934; *I diritti soggettivi della persona detenuta*, in *Scuola Positiva*, 1935, ns. 1 e 2, pág. 1.
- FARANDA — *Il titolo del reato*, Catânia, 1885.
- FEROCI — in *Riv. It. Dir. Pen.*, Pádua, ano V, n.º 5, pág. 611.
- FERRI — *Princípios de Direito Criminal*, trad. de D'OLIVEIRA, São Paulo, 1931; *Dei sostitutive penali*, Turim, 1880; *Sociologia Criminal*, 5.ª ed., Turim, 1929, vol. II; in *Scuola Positiva*, 1922, vol. I, pág. 138; *Exposição de motivos*, in *Rev. Forense*, vol. 36, 1921, pág. 346; *Lavoro e celle dei condannati*; *In torna alla Concorrenza del Lavoro Carcerario al Lavoro Libero*, em *Studi della*

BIBLIOGRAFIA

561

- Criminalità*, Turim, 1926, págs. 106 a 144; *Il trionfo della scienza italiana al Congresso penitenziario internazionale*, 1925; *O Delito Passional na Civilização Contemporânea*, São Paulo, 1934, páginas 60 e 61; *Difese penali*, Turim, 1925; *Temperamento e Criminalità*, em *Studi sulla criminalità*, Turim, 2.^a ed., 1926; in *Rev. Forense*, 1921, vol. 36.
- FILANGIERI — *Scienza della legislazione*, Dierley, 1853.
- FIORETTI — *I motivi coscienti dell'azione come criterio assoluto della imputabilità*, em *Arch. psych. e antrop. crim.*, 1886.
- FLEURY — *Les fous, les pauvres fous et la sagesse qu'ils enseignent...*, Paris, 1928.
- FLORIAN — *La statistica dei motivi determinanti al reato*. in *Scuola Positiva*, pág. 107; *I motivi psicologici del reato considerati nella legislazione penale comparata*, in *Archivi giuridici*, vol. VII; *La teoria psicologica della diffamazione*, Turim, 1893; *I motivi determinanti e la legittima difesa*, em *Scuola Positiva*, IV, pág. 150; *La funzione dei motivi proprii dell'esecutore nella responsabilità dell'istigatore*, in *Scuola Positiva*, pág. 54; *Trattato di Diritto Penale*, Milão, 1934; *I mandati di cattura e de comparizione*, Milão, 1897; *Scuola Positiva*, 1931, 11, pág. 290; *Dizionario di Criminologia*, Milão, 1943.
- FLORIAN E CAVALIERI — *I vagabondi*, Turim, 1898-1890, vol. II.
- FORTINO — *La Vecchai in quale minorante la responsabilità penale*, s. d., Roma.
- FOSCHINI — *La Liberazione condizionale*, in *Arch. Pen.*, 1948, pág. 46.
- FREIRE (Laudelino) — *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, Rio, 1941.
- FREITAS (Olimpia Lemos) — *O problema de assistência a menores abandonados, delinqüentes e anormais em São Paulo*, 1936.
- FROSALI — *Concorso di norma e concorso di reati*, Cidade do Castelo, 1937; *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, parte 1.^a; *Reato, Danno e Sanzioni*. Pádua, 1932.
- GAITAN — *Criterio positivo della premeditazione*, em *Scuola Positiva*, 1928.
- GARÇON — *Le Droit Pénal*, Paris, 1922, pág. 84.
- GAROFALO — *Di un criterio positivo della Criminalità*, Nápoles, 1880.
- GAROFALO E CARELLI — *La Recidiva e i recidivi*, Turim, 1896.
- GATTI — *I moventi a delinquere nella storia delle legislazioni*. *Diritto antico*, Turim, 1924, 1931; *I moventi del reato nella scienza de diritto penale*, Ferrara, 1927; *Note sulla psicogenesi del reato*, Ferrara, 1927; *Per una rassegna storica dei moventi*, em *Riv. Pen.*, vol. LIV.
- GEMELLI (A.) — *La Prevenzione della Delinquenza e i progressi dell'antropologia criminale*, Milão, 1925.

- GEORGE — *Du sursis conditionnel* etc., Paris, 1895, pág. 243.
- GIGNA — *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Nápoles, 1916.
- GILLIN — *Criminology and Penology*, New York, 1929; *The Wisconsin prisoner*, Univ. of Wisconsin, 1946.
- GIROLA — *Sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Riv. Dir. Pub.*, 1929, pág. 429.
- GIVANOVICH — *Sanction Criminelle*, em *Problèmes fondamentaux de Droit Criminel*, Paris, 1929.
- GÓMEZ (Eusébio) — *Rev. de Criminologia* etc., Buenos Aires, 1.º, pág. 357; *Doctrina Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1929; *La Función Social de la Pena*, in *Rev. de Criminologia, Psiquiatria y Medicina Legal*, Buenos Aires, 1.º, pág. 354.
- GOYENA (Irueta) — in *Rev. Forense*, Rio, 1939, novembro.
- GREGORACI — *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*, Roma, 1903.
- GRISPIGNI — *La sanzione criminale nel moderno dir. repressivo*, in *Scuola Positiva*, 1920, págs. 4 e 395; *Continuità delle funzione del giudice oltre la sentenza di condanna*, em *Il Nuovo Diritto Criminale* etc., Milão, 1911, pág. 95; *La pericolosità criminale ed il valore sintomatico del reato*, Milão, 1920; *Il Nuovo Diritto Criminale* etc., Nápoles, 1911, pág. 38.
- GROB — *Pluralité de peines privatives de liberté ou peine unique*, Lausanne, 1931.
- GUSMÃO (Crisólito) — *Da Suspensão Condicional da Pena*, Rio, 1926.
- HAVELOCK ELLIS — *The Criminal*, Londres, 1910.
- HÉMARD — *Enquête de la commission d'études pour le droit criminel*, em *Bull. de la Société de Législ. Comparée*, XXXIV, Paris, 1903, págs. 142-153.
- HIPPEL — *Deutsches Strafrecht*, vol. II; *Manuale di Diritto Penale*, trad. italiana de Vizzi, Nápoles, 1936.
- HOAFTER — *Rev. Pen.*, 1925, pág. 237.
- HOWARD — *O Estado das Prisões*, 1777; *A História dos Lazaretos*, 1789.
- HUGUENEY — *Les grands Systèmes Pénitentiaires actuels*, Paris, 1950.
- IMPALLOMONTI — *Concorrenza Reale e Concorrenza Formale dei Reati*, Catânia, Palermo, 1884-1887; *L'omicidio nel diritto penale*, Turim, 1900.
- INGENIEROS — *Criminologia*, Buenos Aires.
- IVIS — *A History of Penal Methods*, Londres, 1914.
- JACOMET (George) — *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Paris, 1938 (prefácio de LOUIS HUGUENEY).
- JANET (Pierre) — *L'Evolution Psychologique de la Personnalité*, Paris, 1929.

- JANNITTI-PIROMALLO — *Lezioni di dir. proc. penale*, Roma, 1950; *Guida allo Studio del Diritto Penale Positivo*, Roma, 1950.
- JOLY — *Le combat contre le crime*, Paris, s. d.
- KENNY — *Esquisse du Droit Criminel Anglais*, trad. de ADRIEN PAULIEN, Paris, 1921.
- KRETSCHMER — *Psychologie Médicale*, págs. 268-269.
- KRIESMAN — *Preceptiva penitenciária*, Madri, 1917.
- LACOSTE — *Etude historique sur l'idée de sentence indéterminée*, Paris, 1909.
- LANZA — *Diritto penale*, Turim, 1908; *Sui criteri per commissurare le pene*, em *Riv. Pen.*, LV, 500 e 629.
- LARDIZÁBAL — *Discurso sobre las penas*, Madri, 1916.
- LATOUR — *Premiers Principes d'une théorie générale des Emotions*, Paris, 1935.
- LAURENT — *Les châtiments corporels, la peine capitale, le fouet aux apaches*, Paris, 1912; *Le fouet contre le crime*, Paris, 1913.
- LEFEBVRE — *Les Pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, 1938.
- LEMOES BRITO — *Sistemas Penitenciários do Brasil*, Rio, 3 vols., 1924; *A Questão Sexual nas Prisões*, Rio, 1926; *As leis de menores no Brasil*, Rio, 1926.
- LEONE — *Del reato abituale, continuato e permanente*, Nápoles, 1923.
- LEONI (G.) — *Lineamenti di dir. proc. penale italiano*, Turim, 3.^a ed.
- LEOTTI — *Le pene morali e la condanna condizionale*, Raggio, 1905.
- LERICHE — *Encyclopedie Française*, vol. VI; *L'Etre Humain*, Paris, 1936.
- LETO — *Della proporzione penale secondo le diverse scuole*, Palermo, 1889.
- LEVI CARNEIRO — *A nova legislação da infância*, Rio, 1924.
- LEVY — *Delitto e pena del pensiero dei greci*, Turim, 1903; *Pene pecuniarie e sanzioni pecuniarie extra-penali*, *Scritti per il Cinquantenario della Rivista Penale*, 574; *Des sentences indéterminées*, Paris, 1896.
- LIMA DRUMMOND — *Noções de Direito Criminal (Penalogia)*, Rio, 1914; *Regime Penitenciário*, Rio, 1914; *Penalogia*, Rio, 1914.
- LIRA (Heitor) — *História de D. Pedro II*, 1940.
- LISZT (von) — *Traité*, trad. de GARÇON, Paris, 1915.
- LOMBROSO — *Le Crime, Causes et Remèdes*, trad. francesa, Paris, 2.^a ed., 1907.
- LONGHI — *La ripressione giudiziale e l'evoluzione delle pene morali*, Milão, 1903; *Scuola Positiva*, 1924, 1.^a, pág. 469.
- LOUREIRO (Osmã) — *Modificativos da pena no direito brasileiro*, Rio, 1937.
- LOUSADA (Afonso) — *O problema da criança e a ação social do Juízo de Menores*, Rio, 1939.

- LUCCHINI — *Il carcere preventivo*, Veneza, 1872; *Della pretesa eccessiva latitudine delle pene nel nuovo codice penale*, em Riv. Pen., XXVIII, 105.
- LYRA (Roberto) — *Direito Penal*, Rio, 1936; *Novas Escolas Penais*, Rio, 1936; *Nuevas Escolas Penales*, trad. de MEJIA, Buenos Aires, 1938; *Economia e Crime*, Rio, 1938; *O Ministério Público e o Juri*, Rio, 1933; *Polícia e Justiça para o Amor*, Rio, 1937, in *Rev. de Direito Penal*, Rio, 1938, maio e junho, pág. 140; *Rev. de Direito Penal*, vol. I, pág. 19; *Rev. de Direito Penal*, Rio, vol. II, pág. 27; *A capacidade penal e o futuro Código*, in *Rev. Forense*, 1940, março, pág. 563; *Influência da velhice na responsabilidade criminal e na temibilidade*, in *Arqs. do Manicômio Judiciário*, Rio, 1933.
- MACHADO (Raul) — *A Culpa no Direito Penal*, Rio, 1929.
- MADRUGA JIMENEZ (Esteban) — *El arbitrio judicial en la ciencia y legislación penales*, Madri.
- MAGGIORE — *Principii di Diritto Penale*, Bolonha, 1932; *Diritto Penale*, parte geral, t. II, Bolonha, 1949, 5.^a ed.
- MAGNANINI — *Bases para una nueva legislación de la delincuencia habitual en la Argentina*, Buenos Aires, 1926.
- MAGNOL e VIDAL — *Droit Criminel*, etc., Paris, 1917.
- MAKAREWIEZ — *La evolución de la pena*, Madri, 1917.
- MALAQUIAS DOS SANTOS — *Prisão Administrativa*, Rio, 1927.
- MANCIA — *La Folla*, Roma, 1934.
- MANFREDINI — *Manuale di Diritto Penale*, Roma, 1931; em *Scuola Positiva*, 1933, I.
- MANZINI — *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1926; *La Recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del Diritto Penale*, Florença, 1899; *Dir. proc. penale italiano*, Turim, 3.^a ed.; *Diritto penale italiano*, Turim, 1950, 6 vols.
- MARCIANO — *Il Nuovo Codice Penale*, Nápoles, 1932.
- MARSICO (Alfredo De) — *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Nápoles; *L'Esecuzione penale*, Pádua, 1927.
- MARUCCI — *Scuola Positiva*, 1927, fascs. 5-6, pág. 153.
- MASSARI — *Le Dottrine Generali del Diritto Penale*, Nápoles, 1930; *Il momento esecutivo del reato*, Nápoles, 1934, pág. 203.
- MASSIMO — *Il problema della causalità materiale*, Pádua, 1951.
- MATTEOTTI — *La Recidiva*, Turim, 1940.
- MAZZARINO — *Il moventi a delinquere, nel progetto Rocco e la intensità del dolo*, in *Scuola penale umanista*, 1927.
- MELO (Csmar da Cunha) — *Menores Transviados*, Rio, 1941.
- MENDELSON — em *Rev. de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxelas, 1937, agosto e setembro, pág. 877.

BIBLIOGRAFIA

565

- MENDES (Cândido) — *Décimo Congresso Penal e Penitenciário*, Rio, 1933, págs. 26 e 28; *Encurtamento gradativo da pena*, Rio, 1936; *As Novas Reformas Penais*, Rio, 1931.
- MEZGER — *Tratado de Derecho Penal*, trad. de MUÑOZ, Madri, 1935.
- MILLANT (Ricardo) — *Les eunuques à travers les âges*, Paris, 1908; *Castration*, em *Traité chronologique et descriptif des peines, châtiments, tortures, supplices etc.*, Paris, 1912.
- MINEIRO (Beatriz Sofia) — *Código de Menores*, Rio, 1929.
- MINOZZI — *Studio sul danno non patrimoniale*, 3.^a ed., Milão, 1917.
- MIRA Y LOPEZ — *Manual de Psychologia Juridica*, Barcelona, 1932.
- MIRTO — *La sentenza civile ed il suo processo formativo, con riguardo al delitto di falsità*, in *Arch. Pen.*, 1945, I, pág. 485.
- MITTERMAYER — *Della misura giudiziale*, em *Scritti Germanici*, Roma, IV, n.º 56.
- MITTON — *Tortures et Supplices à travers les âges*, Paris, 1908.
- MOAYABI — *La Incapacidad Civil de los Penados*, Buenos Aires, s. d.
- MONTERO (Dorado) — *La antrop. crim. en Italia*, Madri, 1890.
- MONTVALON — *La Récidive*, Paris, 1898.
- MORAIS (Evaristo) — *Prisões e Instituições Penitenciárias no Brasil*, Rio, 1923; *Criminalidade da infância e da adolescência*, 2.^a ed., Rio, 1927.
- MORNET — *De la suspension des peines*, Paris, 1895.
- MORUZZI — *Le travail pénal*, Bucarest, 1929.
- MOTA FILHO — *A defesa da infância contra o crime*, São Paulo, 1936.
- MUR — *El trabajo en las prisiones*, Cartagena, 1914.
- NAPODANO — *La dottrina della pena*, Nápoles, 1891.
- NATALE (Tomaso) — *Dell'efficacia e necessità delle pene*, Palermo, 1895.
- NEYMARK — in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Louvain, 1928, dezembro, pág. 1.054.
- NOGUEIRA (Ataliba) — *Pena sem Prisão*, Rio, 1938.
- NOTARISTEFANI — *La condanna condizionale*, Nápoles, 1897.
- NOVELLI — *Il lavoro dei detenuti*, Roma, 1930; *L'intervento del giudice nell'esecuzione penale*, in *Riv. di Dir. Penitenz.*, 1936, n.º 6.
- OLIVA — *La condanna condizionale*, Train, 1895.
- ONECA E ASÚA — *Derecho Penal*, Madri, 1929.
- ORANO — *La Recidiva nei reati*, Roma, 1833.
- ORGAZ — *Incapacidad Civil de los Penados*, Buenos Aires, s. d.
- ORTOLAN — *Eléments de droit pénal*, Paris, 1875.
- PALAZZO — *L'ignorantia juris et facti nel dir. rom. e nel dir. odierno*, in *Scuola Positiva*, agosto, 1926.
- PANNAIN — *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, 1936; *Studi comparato; Manuale di dir. penale*, parte geral, I, 1950.

- PANTALEO — *Spergiuro e azione riparatoria*, in *Arch. penale*, 1947, ns. 3-4, pág. 81.
- PAOLI — *Per le circostanze attenuanti generiche*, in *Scuola*, 1932, n.º 12; *Il concetto delle circostanze del reato*, in *Studi in onore di M. CONTI*, Cidade de Castelo, 1932; *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bolonha, 1925; *Principi di diritto penale*, Bolonha, 1929; *Il Diritto Penale Italiano*, Pádua, 1936.
- PARMELEE — *Criminology*, New York, 1918.
- PEIXOTO (Afrânio) — *Elementos de Medicina Legal*, Rio, 1914, 2.ª ed.
- PELLEGRINI — *Il lavoro carcerario a secondo delle finalità della pena; organizzazione del lavoro carcerario*, Catânia, 1924; *Trattato di Medicina Legale etc.*, 1932.
- PERREAU (Bernard) — *De la qualification en matière criminelle*, Paris, 1926.
- PESSINA — *Elementi di diritto penale*, Nápoles, 1872-1891.
- PILLITU — *Il reato continuato*, Pádua, 1936.
- PINATEL — *Traité élémentaire de sc. pénitentiaire et de défense sociale*, Paris, 1950.
- PINTO (Pedro) — *Noções de Farmácia Galência*, Rio, 1932.
- PISAPIA — *Reato Continuato*, Nápoles, 1938.
- POLETTI — *Il diritto di punire e la tutela penale*, Turim, 1853.
- PREZZOLINI — *Mi pare...*, Fiume, s. d.
- PRINS — *La défense social et les transformations du droit pénal*, Bruxelas, 1910.
- PRUDON (Roger) — *Alcoolisme et les toxicomanies au point de vue pénal*, Paris, 1938.
- RABINOWICZ — *Mesures de Sûreté*, Paris, 1929.
- RADERUCH — *Filosofia del Derecho*, trad. esp., Madri, 1933.
- RANIERI — *Colpevolezza e personalità del reo*, Turim; *Diritto penale*, parte geral, Milão, 1945.
- RENTE — *Reato continuato e pluralità di soggetti passivi*, in *Riv. it. di Dir. pen.*, 1932.
- RESENDE (Astolfo) — *Menores abandonados e delinqüentes*, Rio, 1910.
- RIBEIRO DE ARAÚJO (Américo) — *Ciência Penitenciária Positiva*, Rio, 1918.
- RIBOT — *Psychologie des Sentiments*, Paris, 1922.
- RICCI — in *Scuola Positiva*, 1901, págs. 513 a 557.
- RIGAUD — *De l'influence du motif en matière criminelle*, Paris, 1898.
- ROCCO — *L'oggetto del reato e della tutela giuridica*, Turim, 1913; *Principios; Riabilitazione e condanna condizionale*, em *Giustizia penale*, 1907, pág. 1.563; *Exposição de motivos ao Código Italiano*.
- ROEDER — *Resumo de Filosofia do Direito*, Madri, 1886; *As doutrinas fundamentais reinantes sobre o delito e a pena*, Madri, 1889;

BIBLIOGRAFIA

567

- Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, Madri, 1876.
- ROMAGNOSI — *Genesi del diritto penale*, Milão, 1837.
- ROMANO — *Il così detto risarcimento del danno in forma espezifca*, Perúvia, 1929.
- RONCAGLI — *La premeditazione nella teoria generale del diritto*, Milão, 1950.
- ROSSI — *Introduction à la psychologie collective*, Paris, 1934.
- ROUX — *La défense contre le crime*, Paris, 1922; *Cours de Droit Criminel*, Paris, 1927.
- SABATINI — *Istituzioni di Diritto Penale*, Roma, 2.^a ed., 1935, 1.^a, pág. 362.
- SABÓIA LIMA — *A infância desamparada*, Rio, 1939.
- SABORDE LA COSTE — *Le but de l'agent élément constitutif de l'infraction*, em *Rev. trim. de droit pénal*, 1926.
- SAINT EDMÉ — *Dictionnaire des peines*, Paris, 1840.
- SALDAÑA (Quintiliano) — *Nueva Penalogia*, Madri, 1931.
- SALEILLES — *L'individualisation de la peine*, 2.^a ed., Paris, 1908.
- SALTELLI e DI FALCO — *Commento Teorico-Pratico del Nuovo Codice Penale*, vol. 1.^o, 2.^a parte, Turim, 1931.
- SANTORO — *Fondamenti dell'esecuzione penale*, Roma, 1931; *Le circostanze del reato aggravanti e attenuanti comuni nel prog. prel.*, Calari, 1928; *Teoria delle Circostanze del Reato*, Roma, 1933; *Tre anni di giurisprudenza sul Codice Penale*, ano IV, 1935.
- SÁ PEREIRA — *Projeto de Código Penal Brasileiro, Exposição de motivos*, Rio, 1930.
- SCIALOJA — *Negozi giuridici*, Roma, 1933.
- SETTI — *Psicose Epidêmica*, Roma, 1889.
- SEVERI — *I sentimento nel meccanismo psicologico del delitto*, Gênova, 1903.
- SIGHELE — *La Delinquenza Settaria*, Milão, 1897; *La Coppia Criminale*, Turim, 1904; *La Teoria Positiva della Cumplicità*, Turim, 1895; *I delitti della folla*, Turim, 1923.
- SIQUEIRA (GALDINO) — *Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2.^a ed., Rio, 1932.
- SIRACUSSA — *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Milão, 1935.
- SOLER — *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Córdoba, 1940.
- SOUSA BANDEIRA — *Questão Penitenciária no Brasil*, Rio, 1881.
- STOPPATO — *La Scuola Giuridica*, Roma, s. d.
- TÁCITO — *Germânia*.
- TALLACK — *Penological*, Londres, 2.^a ed., 1928.
- TARDE — *La Philosophie pénale*, Lião, Paris, 1892; *Les transformations du Droit*, Paris, 1893; *L'Opinion et la Foule*, Paris, 3.^a ed., 1924.

- TEETERS — *World penal systems*, Filadélfia, 1946.
- TESAURO — *Le sanzioni amministrative punitive*, Nápoles, 1921.
- THYRÉN — *Remarques sur l'avant-projet du Code Pénal Suédois*, Lund, 1916.
- TOLOMEI — *Il pentimento nel diritto penale*, Turim, 1927.
- TORRES — *La Emoción Violenta*, Buenos Aires, 1926.
- TOULEMON (André) — *Le Progrès des Institutions Pénales*, Paris, 1928.
- TREPOZ — *Etude théorique et Pratique sur les condamnations conditionnelles*, Paris, 1895.
- VACCARO — *Gênese e função das leis penais*, trad. de CARVALHO, Lisboa, 1914.
- VANNINI — *Per una più vasta nozione delle actiones liberae in causa*, em *Riv. Pen.*, XCIX; *Manuale di dir. proc. pen. italiano*, Milão, 1950, 4.^a ed.
- VASSALLI — *La sentenza condizionale*, Roma, 1918.
- VAZ (Franco) — *A infância abandonada*, Rio, 1915.
- VERGARA (Pedro) — *Dos motivos determinantes no Direito Penal*, Rio, 1937.
- VICENTE DE AZEVEDO — *Crime, Dano, Reparação*, São Paulo, 1934.
- VIDAL (Georges) — *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 8.^a ed., Paris, 1935.
- VIDAL E MAGNOL — *Droit Criminel*, etc., Paris, 1917.
- VIEIRA DE ARAÚJO — *Trabalhos para a revisão do Código Penal*, Rio, 1907.
- VITALE — *In favore e contro la parte civile. L'interesse della parte civile nel giudizio penale*, in *Riv. Pen.*, 1947, n.º 4, pág. 319.
- WAHLBERG — *Das Princip der Individualisierung in der Strafrechtspflege*, Viena, 1869.
- WATSON (John A. F.) — *Meet the Prisoner*, Londres, 1939.
- WHARTON — *Criminal Law*.
- WINES — *Punishment and Reformation* (Punição e Reforma), New York, 1910; *Punishment and Reformation*, New York, 1919.
- ZAMORA Y CASTILLO — *El desistimiento espontaneo y el arrepentimiento activo*, Madri, 1928.
- ZAMULO — *La libération conditionnelle en France et à l'étranger*, Paris, 1935.

ÍNDICE ALFABÉTICO

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

	Págs.
<i>"Aberratio ictus"</i> (Sua caracterização e seus efeitos) .. n.º 73,	452
<i>Abuso</i> (Constitui agravante ter sido o crime cometido com abuso de autoridade ou dever) n.º 44,	303
<i>"Actio libera in causa"</i> (Sua caracterização) n.º 41,	287
<i>Agravante</i> (A insignificância do objeto do furto não constitui agravante de motivo fútil) n.º 39,	279
— (A reincidência como circunstância agravante) .. n.º 54,	335
— (Constitui agravante a embriaguez preordenada) n.º 41,	287
— (Constitui agravante a execução do crime mediante paga ou promessa de recompensa) n.º 51,	323
— (Constitui agravante o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou meios análogos) n.º 43,	299
— (Constitui agravante ter o agente cometido o crime com abuso de autoridade ou de poder, ou violação do dever) n.º 44,	303
— (Constitui agravante ter o agente cometido o crime contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge) n.º 44,	303
— (Constitui agravante ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou torpe) n.º 39,	279
— (Constitui agravante ter sido cometido o crime contra velho, criança ou enfermo) n.º 45,	310
— (Constitui agravante ter sido cometido o crime em ocasião de calamidade pública ou desgraça particular do ofendido) n.º 45,	310
— (Constitui agravante ter sido o crime cometido à traição, de emboscada, mediante dissimulação ou outro recurso) n.º 42,	296
— (Constitui agravante ter sido o crime cometido quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade) n.º 45,	310
— (Incompatibilidade das agravantes do art. 44, n.º II, letras a e b) n.º 39,	279

	Págs.
— (Modo de aplicação da pena no concurso de agravantes e atenuantes)	n.º 67, 409
— (Quando a coação constitui agravante)	n.º 49, 319
— (Quando constitui agravante a determinação ou instigação ao crime)	n.º 50, 320
— (Quando se caracteriza a agravante no concurso de agentes)	n.º 47, 303
— (Quando se caracteriza a agravante por conexão de crimes)	n.º 40, 284
<i>Antecedentes</i> (Como índice de periculosidade)	n.º 28, 220
<i>Arbitrio judicial</i> (Seu conceito e aplicação) ns. 24, pág. 180,	e 28, 195
— Ver <i>Indeterminação e Individualização</i>	
<i>Arrependimento</i> (Quando constitui atenuante)	n.º 62, 387
<i>Ascendente</i> (Constitui agravante ter sido o crime cometido contra ascendente)	n.º 44, 303
<i>Asfixia</i> (Quando o seu emprêgo constitui agravante) ..	n.º 43, 299
<i>Atenuante</i> (A confissão espontânea de autoria ignorada constitui atenuante)	n.º 64, 399
— (Constitui atenuante a cooperação de somenos importância)	n.º 59, 372
— (Constitui atenuante a escusável ignorância ou errada compreensão da lei penal)	n.º 60, 374
— (Constitui atenuante ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral) ..	n.º 61, 381
— (Constitui atenuante ter o agente menos de 21 anos e mais de 70 anos)	n.º 58, 366
— (Constitui atenuante ter sido o crime cometido sob coação resistível ou influência de violenta emoção) ..	n.º 63, 390
— (Modo de aplicação da pena no concurso de agravantes e atenuantes)	n.º 67, 409
— (Quando constitui atenuante ter sido o crime cometido sob influência de multidão em tumulto)	n.º 65, 401
— (Quando o arrependimento e a reparação do dano constitui atenuante)	n.º 62, 387
<i>Atividade</i> (Incapacidade para o exercício de profissão ou atividade como pena acessória)	n.º 86, 534
<i>Ato ilícito</i> (Seu conceito e objeto)	n.º 4, 50
<i>Autoridade marital</i> (Perda do exercício da autoridade marital como pena acessória)	n.º 85, 531

ÍNDICE ALFABÉTICO

573

B

Págs.

- Bom comportamento* (Como se caracteriza para efeito do livramento condicional) n.º 81, 500

C

- Calamidade pública* (Constitui agravante ter sido o crime cometido em ocasião de calamidade pública) n.º 45, 310
- Cárcere* (A prisão é método penal moderno) n.º 7, 91
- Ver *Sistemas penitenciários*
- Castigos físicos* (Sua abolição) ns. 5, pág. 61, e 12, 140
- Caução* (Mediante caução real ou fidejussória anula-se a conversão da multa em detenção) n.º 21, 170
- Circunstâncias* (Normas gerais de aplicação) n.º 38, 266
- (Seu conceito e objeto) ns. 37, pág. 260, e 38, 266
- Circunstâncias agravantes* (Ver *Agravantes*)
- Circunstâncias atenuantes* (Ver *Atenuantes*)
- Classificação da pena* (Ver *Pena*)
- Coação* (Quando constitui agravante) n.º 49, 319
- (Quando constitui atenuante) n.º 63, 390
- Código de Hammurabi* (Sua natureza e princípios) n.º 2, 12
- Código de Manu* (Sua natureza e normas) n.º 2, 12
- Colônia penal* (Requisitos para a transferência do recluso de bom comportamento para colônia penal ou estabelecimento similar) n.º 9, 100
- (Breve histórico) n.º 7-A, 100
- Composição* (Seu conceito e importância na fase inicial do direito penal) n.º 2, 12
- Concurso de pessoas* (Quando constitui agravante) n.º 47, 303
- (Quando constitui atenuante) ns. 59, pág. 372, 63, pág. 390, e 66, 406
- Concurso formal* (Seu conceito doutrinário e legal) ns. 69, pág. 424, e 71, 435
- Concurso material* (Seu conceito doutrinário e legal) ns. 69, pág. 424, e 70, 434
- Condenação* (Seus efeitos) ns. 90, pág. 551, e 91, 553
- Conexão* (Quando constitui agravante a conexão de crimes) n.º 40, 284
- Confisco* (Dos instrumentos e produtos do crime) n.º 91, 553
- (Sua extinção) ns. 5, pág. 61, e 16, 161
- Confissão* (Quando constitui atenuante) n.º 64, 399
- Cônjuge* (Constitui agravante ter sido o crime cometido contra cônjuge) n.º 44, 303

	Págs.
<i>Criança</i> (Constitui agravante ter sido o crime cometido contra criança)	n.º 45, 310
<i>Crime continuado</i>	n.º 72, 438
<i>Culpa</i> (Distinção da culpa e dos motivos determinantes)	n.º 29, 226
— (Sua caracterização e graduação na aplicação da pena)	n.º 30, 234
<i>Cumplicidade</i> (Sua equiparação à autoria) ns. 46, pág. 314, e 47, 303	
<i>Curatela</i> (Perda do exercício da curatela como pena acessória)	n.º 85, 531

D

<i>Delito continuado</i> (Seu conceito histórico, doutrinário e legal)	n.º 72, 438
<i>Descendente</i> (Constitui agravante ter sido o crime cometido contra descendente)	n.º 44, 303
<i>Detenção</i> (Ver <i>Penas privativas da liberdade</i>)	
<i>Determinação</i> (Quando constitui agravante)	n.º 50, 320
<i>Direito brasileiro</i> (História legislativa do direito penal brasileiro)	n.º 5, 61
<i>Direito canônico</i> (Seus princípios e influências)	ns. 2, 424
..... pág. 12, 7, pág. 91, 36, pág. 258, 52, pág. 329, e 69, 424	
<i>Direito germânico</i> (Seus princípios e influências)	n.º 2, 12
<i>Direito grego</i> (Seus princípios gerais)	n.º 2, 12
<i>Direito primitivo</i> (Nas sociedades primitivas o direito era inteiramente penal)	n.º 2, 12
<i>Direito romano</i> (Seus princípios e influências) .. ns. 2, pág. 12,	36, pág. 258, 52, pág. 329, e 69, 424
<i>Direitos políticos</i> (Sua suspensão como pena acessória)	n.º 84, 528
<i>Disciplina</i> (Suas normas de execução) .. ns. 12, pág. 140, e 213, 146	
<i>Dissimulação</i> (Quando constitui agravante)	n.º 42, 296
<i>Doença mental</i> (A superveniência de doença mental suspende a execução da pena de multa)	n.º 18, 164
— (Cômputo do período de internação em hospital ou manicômio)	n.º 14, 151
<i>Dolo</i> (Distinção entre o dolo e os motivos determinantes do crime)	n.º 29, 226
— (Sua caracterização e graduação)	n.º 29, 226

E

<i>Emboscada</i> (Quando constitui agravante)	n.º 42, 296
<i>Embriaguez</i> (Quando constitui agravante)	n.º 41, 287
— Ver " <i>Actio libera in causa</i> "	

ÍNDICE ALFABÉTICO

575

	Págs.
<i>Ementas</i> (Constituem fontes de interpretação autêntica as ementas marginais do Código) n.º 25,	190
<i>Emoção</i> (Distinção entre emoção e paixão) n.º 63,	390
— (Quando constitui agravante) n.º 63,	390
<i>Enfêrmo</i> (Constitui agravante ter sido cometido o crime contra enfêrmo) n.º 45,	310
<i>Erro de direito</i> (Quando escusável constitui atenuante) n.º 60,	374
<i>Erro de fato</i> (Seu conceito e tratamento legal) n.º 73,	452
<i>Estabelecimento penal</i> (Ver <i>Sistemas penitenciários</i>)	
<i>Estado perigoso</i> (Ver <i>Periculosidade</i>)	
<i>Explosivo</i> (Quando o seu emprêgo constitui agravante) .. n.º 43,	299
<i>Exposição de motivos</i> (Constitui fonte de interpretação autêntica) n.º 25,	190

F

<i>Fogo</i> (Quando o seu emprêgo constitui agravante) n.º 43,	299
<i>Função pública</i> (Perda ou incapacidade temporária para a função pública como pena acessória) n.º 84,	528
<i>Funcionário público</i> (Sua caracterização para efeitos penais) n.º 84,	528
<i>Fundamento da pena</i> (Ver <i>Pena</i>)	

H

<i>Hipnotismo</i> (Crítica da inclusão do hipnotismo entre os meios coativos) n.º 49,	319
<i>Hospital</i> (Cômputo, na pena privativa da liberdade, do tempo de internação em manicômio ou hospital) n.º 14,	151

I

<i>Ignorância</i> (Constitui atenuante a escusável ignorância da lei penal) n.º 60,	374
<i>Indeterminação</i> (Conceito e aplicação do sistema de indeterminação da pena) ns. 3, pág. 24, 6, pág. 71, 15, pág. 154, 23, pág. 178, e 24,	180
— Ver <i>Arbitrio judicial</i>	
<i>Individualização</i> (Conceito e formas de individualização das sanções) ns. 3, pág. 24, 22, pág. 176, 224,	180
— Ver <i>Arbitrio judicial e Indeterminação</i>	
<i>Insolvência</i> (Quando torna dispensável a reparação do dano como pressuposto do livramento condicional) ... n.º 81,	500

	Págs.
<i>Instigação</i> (Quando constitui agravante)	n.º 50, 320
<i>Instrumento de crime</i> (Sua perda em favor da União) n.º 91,	553
<i>Interdições de direitos</i> (Como pena acessória) .. ns. 85, pág. 531,	
..... e 86,	534
<i>Internação</i> (Cômputo, na pena privativa da liberdade, do tem-	
po de internação em hospital ou manicômio) n.º 14,	151
<i>Interpretação</i> (A Exposição de Motivos e as ementas margi-	
nais constituem fontes de interpretação autêntica) n.º 25,	190
— (Normas de interpretação penal)	n.º 25, 190
<i>Irmão</i> (Constitui agravante ter sido o crime cometido contra	
irmão)	n.º 44, 303
<i>Isolamento</i> (Condenação do período de isolamento celular con-	
tínuo)	n.º 10, 124
— (O chamado sistema penitenciário de Filadélfia ou Pen-	
silvânia consiste no isolamento completo)	n.º 7, 91
— (Proibição de isolamento fora das horas de repouso no-	
turno)	n.º 9, 116
— (Sua função no sistema progressivo brasileiro) .. n.º 9,	116
— Ver <i>Segregação</i>	
<i>Isolamento noturno</i> (Sua admissibilidade)	n.º 10, 124

L

<i>Livramento condicional</i> (Competência para sua concessão) n.º 81,	500
— (Constitui o período final do sistema progressivo bra-	
sileiro de execução da pena privativa de liberdade) n.º 9,	116
— (É ao Direito Processual Penal e ao Direito Penitenciário	
que toca a regulamentação do instituto) n.º 79,	497
— (Evolução do instituto no direito brasileiro) n.º 80,	497
— (Fixação das condições do benefício)	n.º 82, 506
— (Seus pressupostos e requisitos legais)	n.º 81, 500
— (Sua origem e evolução histórica)	n.º 80, 497

M

<i>Manicômio</i> (Cômputo, na pena privativa da liberdade, do tem-	
po de internação em hospital ou manicômio) n.º 14,	151
<i>Meio insidioso ou cruel</i> (Quando o seu emprêgo constitui agra-	
vante)	n.º 43, 299
<i>Menoridade</i> (Quando constitui agravante)	n.º 45, 310
— (Quando constitui atenuante)	n.º 58, 366
<i>Motivo fútil</i> (Quando constitui agravante)	n.º 39, 279
<i>Motivo moral</i> (Constitui atenuante ter sido cometido o crime	
por motivo de relevante valor social ou moral) .. n.º 61,	381

ÍNDICE ALFABÉTICO

577

	Págs.
<i>Motivo social</i> (Constitui atenuante ter sido o crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral .. n.º 61,	381
<i>Motivo torpe</i> (Quando constitui agravante) .. n.º 39,	279
<i>Motivos determinantes</i> (Distinção entre o dolo ou culpa e os motivos determinantes do crime) .. n.º 29,	226
— (Sua influência na aplicação da pena) .. n.º 31,	236
<i>Mulher</i> (Condições especiais para a execução da pena) n.º 13,	146
— (Local para o cumprimento da pena privativa da liberdade) .. n.º 9,	116
— Ver <i>Cônjuge</i>	
<i>Multa</i> (Caso de aumento da multa ao triplo) .. n.º 35,	251
— (Caso de conversão em pena de detenção) .. n.º 21,	170
— (Caso de irretratabilidade da pena pecuniária) .. n.º 18,	164
— (Critérios especiais de aplicação da pena) .. ns. 33,	
..... pág. 246, e 35,	251
— (Crítica ao processo do dia-multa) .. n.º 33,	246
— (Evolução do conceito legal) .. ns. 16, pág. 161, e 17,	162
— (Execução da pena de multa nos casos de insolvência relativa e absoluta) .. n.º 20,	168
— (Forma de execução, inclusive no caso de insolvência) .. n.º 17,	162
— (Limite máximo) .. n.º 18,	164
— (Pagamento em selo penitenciário) .. n.º 18,	164
— (Pagamento parcelado e dilatação do prazo) .. n.º 19,	166
— (Proibição de trabalho coato) .. n.º 17,	164
— (Sua aplicação no concurso de crimes) .. ns. 71,	
..... pág. 435, e 74,	460
— (Sua extinção por morte do sentenciado) .. n.º 18,	164
— (Sua origem e evolução histórica) .. n.º 6,	71
— (Suspensão da execução da pena de multa pela superveniência de doença mental) .. n.º 18,	164
— Ver <i>Pena pecuniária</i>	
<i>Multidão</i> (Quando constitui atenuante ter sido o crime cometido sob influência da multidão em tumulto) ... n.º 65,	401

O

<i>Ordenações</i> (O Livro V das Ordenações Filipinas constitui a primeira legislação repressiva do Brasil colonial) n.º 5,	61
---	----

P

<i>Paga</i> (Constitui agravante a execução do crime mediante paga ou promessa de recompensa) .. n.º 51,	323
<i>Paixão</i> (Distinção entre emoção e paixão) .. n.º 63,	390

	Págs.
— (Seu conceito e classificação)	n.º 61, 381
<i>Pátrio-poder</i> (Perda do exercício do pátrio-poder como pena acessória)	n.º 85, 531
<i>Pena</i> (Classificação das penas no Código de 1940)	n.º 6, 71
— (Critério judicial da aplicação da pena)	ns. 22 a 32, 176
— (Desnecessidade de um fundamento filosófico da pena)	n.º 3, 24
— (Modo de sua aplicação no concurso de agravantes e atenuantes)	n.º 67, 409
— (Origem etimológica da palavra)	n.º 1, 11
— (Princípios orientadores do Código de 1940)	n.º 6, 71
— (Sistemas de classificação da pena)	n.º 4, 50
— (Sua aplicação no crime continuado)	n.º 72, 438
— (Sua aplicação no erro de fato)	n.º 73, 452
— (Sua evolução histórica)	n.º 2, 12
— (Sua evolução no direito brasileiro)	n.º 5, 61
— (Várias teorias sobre o fundamento da pena; podem ser concentradas em três idéias: justiça, defesa social e contrato social)	n.º 3, 24
— Ver <i>Arbitrio judicial, Indeterminação, Individualização e Suspensão condicional da pena</i>	
<i>Pena curta</i> (Seus inconvenientes)	n.º 6, 71
<i>Pena de morte</i> (Em mais de 441 anos, a contar da descoberta oficial do Brasil, somente durante 47 anos a pena de morte esteve abolida)	n.º 5, 61
<i>Pena de multa</i> (Ver <i>Multa</i>)	
<i>Pena de talão</i> (Ver <i>Talão</i>)	
<i>Pena pecuniária</i> (Suas origens e evolução)	n.º 6, 71
— Ver <i>Multa</i>	
<i>Pena privativa da liberdade</i> (Como é aplicada no concurso de crimes)	ns. 70, pág. 434, 71, pág. 435, e 74, 460
— (Cômputo do tempo de internação em hospital ou manicômio)	n.º 14, 151
— (Cumprimento em estabelecimento da União ou de outro Estado da imposta pela Justiça de um Estado) ..	n.º 9, 116
— (Períodos de execução no sistema progressivo brasileiro)	n.º 9, 116
— (Sua natureza e execução)	ns. 9 a 15, 116
<i>Pena única</i> (Sua condenação)	n.º 6, 71
<i>Penas acessórias</i> (Regras de aplicação e efeitos)	n.º 88, 540
— (Sua natureza e espécies)	ns. 83 a 88, 527
<i>Penitenciária</i> (A pena privativa da liberdade deve ser cumprida em penitenciária)	n.º 9, 116

— Ver <i>Sistemas penitenciários</i>	
<i>Penitenciárias agrícolas</i> (Seu papel no Código Penal de 1890)	n.º 8, 109
<i>Penologia</i> (Seu conceito e objeto)	n.º 1, 11
<i>Periculosidade</i> (A verificação da ausência de periculosidade como pressuposto do livramento condicional)	n.º 81, 500
— (Distinção entre periculosidade criminal e periculosidade social)	n.º 27, 214
— (Índices legais de periculosidade)	n.º 28, 220
— (Pressuposto da ausência de periculosidade na suspensão condicional da pena)	n.º 77, 456
— (Seu conceito e evolução doutrinária)	n.º 27, 214
<i>Perigo comum</i> (Constitui agravante o emprego de meio de que possa resultar perigo comum)	n.º 43, 299
<i>Período científico</i> (Com a escola positiva inicia-se o período científico do direito penal)	ns. 2, pág. 12, e 3, 24
<i>Período humanitário</i> (Seus princípios e sua influência na história do direito penal)	ns. 2, pág. 12, e 36, 258
<i>Período primitivo</i> (As três fases da vingança privada, da vingança divina e da vingança pública caracterizam o direito penal primitivo)	n.º 2, 12
<i>Personalidade</i> (Apreciação da personalidade do agente como índice de periculosidade)	n.º 28, 12
<i>Pré-história</i> (Exercício do direito de punir nos clãs totêmicos)	n.º 2, 12
<i>Prescrição</i> (Imprescritibilidade da reincidência no Código brasileiro)	n.º 55, 339
<i>Prevenção</i> (Como base das teorias relativas sobre o fundamento da pena)	n.º 3, 24
<i>Prisão</i> (É método penal moderno)	n.º 7, 91
<i>Prisão comum</i> (Quando pode ser cumprida em seção especial de prisão comum a pena privativa da liberdade)	n.º 9, 116
<i>Prisão preventiva</i> (Cômputo, na pena privativa da liberdade, do tempo de prisão preventiva)	n.º 14, 151
<i>Prisão provisória</i> (Cômputo, na pena privativa da liberdade, do tempo de prisão provisória)	n.º 14, 151
— Ver <i>Sistemas penitenciários</i>	
<i>Produtos do crime</i> (Sua perda em favor da União)	n.º 91, 553
<i>Profissão</i> (Incapacidade para o exercício de profissão ou atividade como pena acessória)	n.º 86, 534
<i>Promessa de recompensa</i> (Constitui agravante a execução do crime mediante paga ou promessa de recompensa)	n.º 51, 322
<i>Publicação da sentença</i> (Como pena acessória)	n.º 87, 534

R

Págs.

<i>Reclusão</i> (Ver <i>Penas privativas da liberdade</i>)	
<i>Reincidência</i> (Como índice de periculosidade)	ns. 53,
.....	pág. 317, e 54, 335
<i>Reincidência específica</i> (Como se caracteriza)	n.º 57, 355
<i>Reincidência genérica</i> (Como se caracteriza)	n.º 56, 351
— (Seu conceito)	ns. 52, págs. 329, e 55, 339
— (Seus efeitos)	n.º 54, 335
— (Sua imprescritibilidade)	n.º 55, 339
<i>Remuneração</i> (Direito do sentenciado à remuneração) ..	ns. 11,
.....	pág. 131, e 15, 154
— (Impossibilidade de redução)	n.º 12, 140
— (Também deve ser remunerado o trabalho feminino)	
.....	n.º 13, 148
<i>Reparação</i> (Como base das teorias sobre o fundamento da pena)	n.º 3, 24
<i>Reparação do dano</i> (A condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano)	n.º 90, 551
— (Como pressuposto da suspensão condicional da pena)	
.....	n.º 77, 476
— (Como pressuposto do livramento condicional) ..	n.º 81, 500
— (Quando constitui atenuante)	n.º 62, 387
— (Sua origem e evolução histórica)	n.º 89, 550
<i>Retribuição</i> (Como base das teorias absolutas sobre o fundamento da pena)	n.º 3, 24
<i>Reunião</i> (Quando constitui atenuante ter sido o crime cometido sob influência de multidão em tumulto, se lícita a reunião)	n.º 65, 401

S

<i>Salário</i> (Ver <i>Remuneração</i>)	
<i>Segregação</i> (Condenação do período de segregação celular contínua)	n.º 10, 124
— (Período máximo de segregação contínua)	n.º 9, 116
— (Quando é admissível)	n.º 9, 116
— Ver <i>Isolamento</i>	
<i>Sêio penitenciário</i> (Pagamento de pena de multa)	n.º 18, 164
— (Sua finalidade e sua criação)	n.º 26, 195
<i>Sentença</i> (É obrigatória a sua motivação)	n.º 26, 195
— (Sua publicação, como pena acessória)	n.º 87, 536
<i>Separação</i> (Requisitos da separação de detentos e reclusos)	n.º 9, 133

ÍNDICE ALFABÉTICO

581

Págs.

<i>Sistemas penitenciários</i> (Características do chamado sistema progressivo brasileiro)	n.º 9,	116
— (Característicos do sistema irlandês de Crofton, 1857)	n.º 7,	91
— (Influências, em sua evolução, dos Congressos Internacionais)	n.º 7,	91
— (O chamado sistema de Filadélfia ou Pensilvânia (1775) consiste no isolamento completo do sentenciado)	n.º 7,	91
— (O sistema de Auburn (1816) consiste em isolamento noturno em células individuais e em trabalho diurno em comum)	n.º 7,	91
— (Sua evolução no Brasil)	ns. 8, pág. 109, e 10,	124
— (Superioridade do sistema de trabalho e vida em comum sobre o de segregação celular contínua) ..	n.º 10,	124
<i>“Sursis”</i> (Ver <i>Suspensão condicional da pena</i>)		
<i>Suspensão condicional da pena</i> (Seu conceito legal; inovação do Código)	n.º 77,	476
— (Seus vários sistemas e denominações)	n.º 76,	471
— (Sómente alcança a pena privativa da liberdade, executando-se as demais)	n.º 77,	476
— (Sua origem histórica)	n.º 75,	470
— (Sua revogação)	n.º 78,	481

T

<i>Talião</i> (Seu conceito e influência nos períodos iniciais do direito penal)	n.º 2,	12
<i>Tortura</i> (Quando o seu emprêgo constitui agravante) ..	n.º 43,	299
<i>Trabalho</i> (Condições de trabalho no sistema progressivo brasileiro)	n.º 9,	116
— (Condições do trabalho penal)	n.º 11,	131
— (É elemento constitutivo da pena)	n.º 11,	131
— (Proibição do trabalho coato)	n.º 17,	162
— (Sistemas americanos de trabalho penal)	n.º 11,	131
— (Suas vantagens como instrumento de readaptação social)	n.º 10,	124
— (Trabalho diurno no sistema penitenciário de Auburn)	n.º 7,	91
<i>Trabalhos forçados</i> (Primeiras tentativas de sua implantação)	n.º 7,	91
<i>Traição</i> (Quando constitui agravante)	n.º 42,	296
<i>Tutela</i> (Perda do exercício da tutela como pena acessória)	n.º 85,	531

V

	Págs.
<i>Velhice</i> (Quando constitui agravante)	n.º 45, 310
— (Quando constitui atenuante)	n.º 53, 366
<i>Velho</i> (Constitui agravante ter sido o crime cometido contra velho)	n.º 45, 310
<i>Veneno</i> (Quando o seu emprêgo constitui agravante) ..	n.º 43, 299
<i>Vingança</i> (O princípio da vingança privada, divina ou pública nos períodos iniciais do direito penal)	n.º 2, 12

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

ÍNDICE ONOMÁSTICO

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ÍNDICE ONOMÁSTICO

	Págs.
ABREU E SILVA	277
AGUIAR (Orlando de)	206, 210
AHRENS	29
ALAUZET	332
ALBA	489
ALCÂNTARA MACHADO 65, 71, 75, 77, 84, 120, 122, 135, 152, 163, 164, 171, 195, 197, 234, 251, 335, 368, 407, 416, 444, 479,	503
ALEXANDRE III	259
ALIMENA 53, 56, 263, 281, 316, 345, 350, 353, 373, 426,	448
ALLEGRE	530
ALLFELD	12, 31, 441, 447
ALTAVILLA 233, 244, 263, 275, 279, 285, 398,	444
ALVARENGA NETO	369
ALVES (João Luís)	471, 499
ANCHORENA	107
ANDRADE FIGUEIRA	372
ANDREOTTI	239, 241
ANGOLINI 85, 263,	373
ANGIONE	230
ANSELMIER	106
ANTOLISEI 49, 50,	550
APPELIUS	31
ARISTÓTELES	25, 288
ASCHROTT	82, 250
ASÚA 43, 106, 180, 215,	217
ASÚA-ONECA	298, 357
AULETE	403
AVELIANEDA	96
AZEVEDO (Filadelfo)	509
AZEVEDO (Noé)	368
AZZOLINI	471
BACON	182
BALDO	439
BANDEIRA (Esmeraldino) 113, 268,	471

	Págs.
BAR (VON)	375
BARATONO	404
BARBOSA (Raul)	207, 209
BARRETO (Tobias)	24, 75, 147, 194, 272, 278
BARRETO CAMPELO	114
BARTHÉS	123
BARTOLO	289, 439
BATISTA PEREIRA	63, 111, 440, 459
BATTAGLINI	185, 195, 196, 203, 269
BAUER	29
BAUGMARTEN	427
BECCARIA	23, 24, 41, 92, 93, 315
BEKKER	27, 28
BELING	444, 443
BELLAVISTA	203, 204, 205
BELLINI	489
BELLONI	25
BENTHAM	94, 132, 238, 239, 262, 288, 497
BENTO DE FARIA	205, 283, 462
BÉRENGER	349, 471, 476
BERGMANN	489
BERNARD	290
BERNER	263, 290, 335, 432, 443, 444, 448, 499
BERNKHEIM	320
BEST	171
BEUDANT	530
BEZERRA DE MORAIS	113
BIANCHI	272
BINDING	31, 32, 52, 290, 427, 427
BIRKMEYER	177
BIVADAU	489
BLACKSTONE	288
BLANCHE	349
BLONDEL	403
BONNANO	238
BONNEVILLE	82, 497, 498
BORRI-CEVIDALI-LEONCINI	301
BOSSUET	385
BOURDON	332
BOUZAT	105
BOZI	194
BRICHETTI	177
BRUN	27

ÍNDICE ONOMÁSTICO

587

	Págs.
BRUNI	489
BRUSA 233, 290, 345, 349, 353, 373, 430,	471
BRUZZI MENDONÇA	431
BUCELLATTI 233,	332
BULHÕES PEDREIRA	65
BURI (von) 316, 317,	432
CADALSO	138
CADANAS	123
CAHEN	97
CALKER (van) 31,	441
CALÓ	177
CÂMARA LEAL	553
CAMIS	394
CAMPOS (Francisco) 48, 71, 78, 120, 219, 224, 243, 249, 267,	
..... 268, 309, 373, 374, 379, 382, 404, 432, 447, 448, 458,	479
CAMPOS SALES	63
CANCIANO	20
CANONICO 345,	353
CANTORE	380
CAPOBIANCO	359
CAPOFERRO	241
CARELLI 333,	359
CARÉRIO	289
CARINCI 272,	282
CARLOS MAGNO	329
CARMIGNANI 30, 146, 176, 214, 234, 263, 290, 332,	430
CARNAT 102,	105
CARNEIRO (Erimá)	529
CARNEIRO (Levi)	369
CARNEIRO DA CUNHA	299, 485
CARNELUTTI 12, 235, 263, 264, 427,	551
CARNEVALE 60, 186,	197
CARNOT	332
CARONDA	17
CARPZOVIO	291
CARRARA ... 18, 26, 44, 53, 177, 228, 233, 234, 262, 290, 316, 331, 345,	
.. 349, 353, 373, 376, 380, 381, 384, 430, 437, 444, 445, 449, 451,	459
CARRARA Mário)	302
CARRILHO (Heitor) 130,	152
CARVALHO	43
CASTEJOU	487
CASTELEIN	530

	Págs.
CASTORI	436, 445
CAVAGLIA	272, 282
CAVALIERI	123
CERVI	332
CHAUVEAU ET HÉLIE	30, 247, 263, 338, 349, 353, 373, 461
CHAVES (João)	64, 113, 473
CHIARONI	489
CIALENTE	124
CICARELLI	85
CIRILO (Alcides)	553
CIVOLI	263
CLARUS	439
CLEMENTE XI	92
CLERC	106
COCURULLO	238, 241
COGLIOLO	424
COLL	123
COLL-GÓMEZ	122, 131, 137, 140, 149, 152, 471
COLPÉ	129
COLUCCI	126
CONFORTI	47
CONSTANT (Benjamin)	133
CONTI	60, 201, 238, 279, 357, 359, 404, 448
CONTUZZI	530
CORDEIRO (João Jorge)	165
COSTA (Armando)	500, 542
COSTA (Edgar)	206, 207
COSTA E SILVA	67, 283
COUTO (Miguel)	312
CREMONA	126
CRIVELLARI	232, 233, 345, 430, 444, 448
CROCE	34
CROFTON (Walter)	63, 95, 111, 112
CSHNITZER	291
CUCHE	56, 85
CUELLO CALÓN	12, 138, 230
CUNHA (Euclides da)	372
CUNHA MELO (Osmar da)	369
D'ALEMBERT	262
DALLOZ	530
DELALANDE	489
DEL GIUDICE	439, 444

ÍNDICE ONOMÁSTICO

589

	Págs.
DELITALA	192, 235, 263, 430, 444, 446
DELITZCH	15
DELL'ANDRO	359
DELMAS	140
DELVAILLE	154
DE MARSICO	237
DEMOGUE	83, 551
D: NICOLA	197
D: PAGE	194
D: SANCTIS	244
D: SARLO	177
DESPREZ	116
D: VILLENEUVE	530
D: FALCO	83
DILLER	443
DIÓGENES (Nestor)	206
DOERR	441
DOHNA	376
D'CLIVEIRA	42
DOLJ	123
DONÀ	124
DONDINA	292
D'ONCHIA	394
DONNEDIEU	102
DORADO MONTERO	237
DRACON	17
DUARTE (José)	205, 461, 498
DUMAS (Alexandre)	320
DUNSHEE DE ABRANCHES	180
DUPÉ	291, 398
DUPRÉEL	403
DURANDO	241
DURKHEIM	12
ELLERO	47
ENSCH	123
ESTEBAN-MADRUGA JIMÉNEZ	187
FAHRLASSIGKEIT	380
FA'CHI	96, 136, 137, 155, 379
FARANDA	261
FARIA COELHO	207
FARINÁCIO	147, 247, 259, 289, 330, 439

	Págs.
FELICIANO DE CASTILHO	482
FEROCI	529
FERRARI	393
FERRI 12, 42, 44, 48, 56, 59, 60, 84, 86, 105, 123, 125, 131, 136, 137, 138, 162, 164, 179, 180, 182, 183, 189, 195, 196, 197, 198, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 225, 230, 237, 239, 248, 260, 281, 333, 334, 336, 377, 380, 381, 385, 396, 397, 401, 403, 404, 427, 439, 471, 474, 499,	551
FERRINI	263, 379, 424, 438
FEUERBACH	29, 214, 216, 233, 439
FICHTE	28
FILANGIERI	29, 133, 262, 288
FINGER	32
FIORETTI	238, 241
FLEURY	370
FLORIAN 33, 51, 79, 83, 86, 92, 102, 116, 120, 123, 130, 152, 154, 172, 181, 215, 216, 239, 240, 241, 266, 276, 282, 334, 336, 338, 345, 350, 351, 354, 368, 383, 390, 428, 439, 444, 474, 477, 539, 540,	551
FORTINO	371
FRANCH	123
FRANCK	441, 447, 498
FRANCO (Ari)	500
FRANCO VAZ	368
FRANK	223, 441
FREIRE (Laudelino)	403
FREUDENTHAL	99
FRIDIEFF	106
FRIEDRICH	238
FROLA	383
FROSALI	381, 390, 429, 552
FUCHS	194
GAITAN	230
GARÇON	22, 50, 57, 239, 263
GARICOITS	497
GAROFALO 12, 53, 179, 214, 215, 216, 288, 333, 347, 349, 359,	551
GAROFALO-CARELLI	359
GARRAUD 12, 30, 54, 290, 317, 338, 373, 444,	459
GATTI	241
GEMELLI	54, 185
GENTILE	34
GENY	194
GEORGE	476

ÍNDICE ONOMÁSTICO

591

	Págs.
GERLAND	31, 441
GESTERLING	332
GETZ	315
GEYER	28
GIGNA	261
GILLIN	91, 115
GISMONDI	474
GIULIANI	263, 332
GLEISPACH	184
GMELIN	29
GOLDSCHMIDT	82
GÓMEZ (Eusébio)	25, 116, 128, 133, 182
GONZÁLEZ	154
GÖRANSSON	103
GORPHE	105
GOYENA	276
GRAVEN	104
GREGORACT	29, 551
GREGORI	333
GRET	105
GRISPIGNI	12, 15, 157, 215, 217, 228, 242, 244, 499
GROB	77
GROLMAN	29
GROOS	29
GRÜNHUT	99, 135
GUERRA JUNQUEIRO	238
GUMPLOWICZ	43
GÜRTNER	58
GUSMÃO (Crisólito de)	471
HAELSCHNER	432
HAGERUP	80, 84
HAMEL (Van)	171, 317
HARRIS	263
HAUS	30, 373, 459
HAUSSONVILLE	128
HAVELOCK ELLIS	59
HAVILAND	94
HEGEL	28
HEGER-GILBERT	123
HEILBORN	80
HÉMARD	186
HERBART	28

	Págs.
HERMOGENIANO	424
HIGINO (José)	263
HÄPPEL (von)	179, 375, 380, 441, 447
HOAFTER	61
HOLLEBECQUE	148
HOLTZEINDORFF	44
HOMERO	16
HONIG	441
HOWARD	12, 92, 93, 125
HUC	530
HUGUENEY	102, 193
HUNGRIA	205, 206, 508
IHERING (von)	30, 43, 61
IMPALLOMENTI	29, 229, 236, 263, 333, 345, 349, 350, 354, 373, 426, 444, 448
INGENIEROS	222
JACOMELLA	106
JACOMET	193
JAMES	393
JAMES (William)	42
JANET (Pierre)	222, 224
JANNITTI-PIROMALLO	444
JANKA	52
JARCKE	27
JOHN	432
JOLOWICZ	17
JUSTINIANO	19, 20
KANT	28, 396
KANTOROWICZ	194
KATZEMSTEIN	291
KEHL RAUSCH	31, 426
KELLERHALS-OTTO	104
KENNY	27
KEINSCHROD	291, 332, 333
KOHLER	28, 441
KOSTICH	123
KÖSTLIN	332
KOSTLIN	432, 459
KRAUS	29
KRETSCHMER	225
KRIEGSMAN	148

ÍNDICE ONOMÁSTICO

593

	Págs.
LABORDE	29
LACERDA (Maurício de)	440
LACOSTE	180
LA COSTE (Saborde)	230
LAFAIETE	372
LA FONTAINE	125
LAGAGOS	123
LA GRASSERIE	59
LANGE	393
LANI	123
LANZA 37, 38, 39, 177, 186, 229,	380
LATOUR	394
LAURENT	530
LE BON	403
LEFEBVRE	187
LEMONS BRITO 114,	369
LEMONS FREITAS (Olímpia)	369
LEONE	447
LEOTTI	489
LEPMANN 31,	371
LERICHE 222,	311
LE SELLYER	288
LET	373
LETO 80, 177,	448
LEVI 180, 250, 404,	448
LICURGO	7
LIEBER (Francis)	11
LIMA DRUMMOND 64, 96, 113,	180
LIRA (Heitor)	67
LISZT (von) 12, 30, 54, 60, 80, 85, 171, 214, 216, 229, 238,	
..... 239, 263, 290, 317, 425, 426, 448,	459
LISZT-SCHMIDT 441,	471
LIUTPRANDO	329
LOBE	441
LOGOZ	80
LOMBROSO 12, 24,	151
LOMONACO	530
LONGHI 185, 263, 489,	541
LOPES NETO (Filipe)	110
LORIA	43
LOUREIRO (Osmã)	283
LOUSADA (Afonso)	369
LUCAS	498

	Página
LUCCHINI	120, 154, 186, 263, 333, 345, 471
LUISIER	106
LYND (Elam)	142
LYRA (Roberto)	12, 18, 24, 25, 42, 52, 59, 61, 62, 73, 128, 149, 150, 154, 191, 196, 204, 205, 206, 207, 210, 213, 224, 232, 234, 260, 288, 299, 315, 317, 335, 354, 359, 372, 383, 398, 431, 432, 433, 485, 500, 538
MACHADO (Raul)	436
MADAMES (Dolores)	508
MAGALHÃES (Eudoro)	207
MAGGIORE	28, 51, 228, 233, 234, 278, 319, 429, 444, 458
MAGNANINI	359
MAGNAUD	187
MAJNO	263, 446
MAMIANI	28
MANCI	404, 406
MANCINI	28, 180, 404
MANFREDINI	197, 444, 446
MANZINI	56, 135, 177, 180, 185, 192, 217, 225, 238, 251, 263, 264, 265, 266, 271, 276, 277, 278, 280, 282, 292, 333, 338, 345, 347, 349, 350, 351, 356, 359, 373, 381, 424, 431, 444, 445, 448, 459, 460, 461, 474, 529, 530, 532, 533, 534, 540
MARADEI	259
MARC ANCEL	102
MARCIANO	270, 271, 281, 282, 283, 424
MARCONI	272
MARONGIN	272
MARSICH	156
MARTIM	29
MARTINEZ DE CASTRO	498
MARUCCI	378
MASSARI	51, 166, 291, 429, 444, 446
MASUCCI	444
MATOS (Mário)	205
MATTEOTTI	359
MAURIER (Georges)	320
MAYER (Max Ernst)	28, 31, 32, 49, 52, 59
MAZZARINO	231
MEDEIROS E ALBUQUERQUE	319
MEJIA	24
MELO MATOS	205, 367, 369
MENDELSSOHN	222

ÍNDICE ONOMÁSTICO

595

	Págs.
MENDES (Cândido)	144, 470, 471, 489
MENDES CORREIA	224
MENDES DE ALMEIDA (Cândido)	97, 98, 99
MENOCHIUS	259
MERKEL	30, 31, 41, 52, 82, 332
MERLIN	283
MEYER	442, 447
MEYER-ALLFELD	233
MEZGER	51, 54, 57, 269, 426, 427, 436, 442, 444, 447
MILITÃO (Hermenegildo)	78
MILLANT	59
MINOZZI	551
MIRABILE	282
MIRANDA FALCÃO	110
MIRA Y LOPEZ	370
MITTERMAYER	182, 216, 332, 431, 443, 444, 498, 499
MODESTINO	424
MOISÉS	16
MONTESQUIEU	23, 262
MONTIVOLON	359
MORAIS (Evaristo de)	65, 101, 111
MORNET	489
MORUNGIU	282
MORZ	133
MOSSO	393
MOTA FILHO	369
MOYANO	534
MUÑOZ	51
MUR	133
NABUCO DE ARAÚJO	101, 110, 124
NATALE	262
NEYMARK	123, 167
NICEFORO	102, 349
NOGUEIRA (Ataliba)	114
NOGUEIRA ITAGIBA	210
NOTARISTEFANI	489
NOVELLI	133, 134, 135, 157
OBERSON	105
OETKER	31
OLIVA	489
ORANO	332

	Págs.
ORESTANO	34
ORGAZ	534
ORLANDO	530
ORTOLAN	233, 234, 290, 333, 349
OURO PRÊTO	372
PÁDUA FLEURY	111
PAGANO	332
PALAZZO	380
PALMA	530
PANNAIN	269, 270, 275
PAOLI	52, 233, 279, 444, 551
PARERE	185
PAULIAN	27
PAULO	424
PECORARO	239
PEDRO II	67
PEIXOTO (Afrânio)	302, 312
PELLEGRINI	134, 370, 397, 398
PENDE	102
PEREGO	281
PERGOLA	271, 282
PERIN	489
PERREAU	194, 274, 276
PESSINA	53, 180, 232, 263, 290, 332, 345, 349,
.....	350, 373, 380, 430, 444, 449
PICKERSGILL DE MEDEIROS	431, 535
PILLITU	447
PIMENTA BUENO	530
PINCHERLI	380
PINTO (Pedro)	302
PIROMALLO	433
PISAPIA	444, 448
PITÁGORAS	25
PLATÃO	11, 25
POLETTI	180
POPHAM	93
PÔRTO (Vitor)	333, 349
POZZOLINI	380
PREZZOLINI	60
PRINS	80, 333, 426, 501
PRUDON	296
PUGLIA	338, 351, 474

ÍNDICE ONOMÁSTICO

597

	Págs.
QUEIRÓS (Eusébio de)	110
QUINTILIANO	288
RABINOWICZ	12
RADBRUCH	25, 61
RAMOS	123, 196
RANH	250
RANIERI	216, 237
RAUTER	29
RAVIZZA	474
RECUELFEROS	123
REINTZOLD	82
RENDE	448, 474
RENTERCHEN (Van)	320
RESENDE (Astolfo)	368
RIBEIRO (Júlio)	67
RIBEIRO DE ARAÚJO	114
RIBOT	396
RICCI	126, 530
RIGAUD	241
ROBERTI	430
ROCCO	12, 75, 130, 131, 186, 192, 196, 214, 216, 217, 223, 231, 252, 263, 277, 278, 280, 353, 440, 444, 474
RODRIGO OTÁVIO	530
ROEDER	11, 29, 34
ROMAGNOSI	29, 48, 177, 214, 231, 238, 251, 261
ROMANO	85, 551
ROSMINI	29
ROSSI (Pasquale)	30, 83, 214, 263, 315, 402
ROUSSEAU	23, 28
ROUX	434
RUDOLF	291
RUI BARBOSA	349, 530
SABATINI	56, 74, 215, 432, 444, 530
SABÓIA LIMA	369
SACKER	338, 349, 357
SALDAÑA	12, 40, 41, 57, 60, 224, 243, 250, 479, 497, 498, 505
SALEILLES	77, 182, 427, 474
SALTELLI	83
SALTELLI-DI FALCO	200, 223, 224, 235, 247, 293, 335, 346, 373, 383, 389, 444
SANTO AGOSTINHO	22

	Págs.
SANTORO	135, 156, 272, 279
SANTOS (Malaquias dos)	154
SANTO TOMÁS DE AQUINO	22, 259
SÁ PEREIRA .. 61, 64, 65, 75, 76, 83, 120, 137, 163, 164, 166, 169, 171, 186, 188, 193, 248, 250, 251, 276, 288, 409, 410, 500,	503
SAROSI	270
SAUER	177, 185
SAVIGNY	290, 530
SCHAMMAI	194
SCHEURLEN	353
SCHMIDT	31
SCHUIND	123
SCHULTZE	29, 444
SCIALOJA	235
SCOTTI	530
SCOURIVTIS	123
SELLIN	115
SEGURA	123
SERAFINI	380
SERGI	393
SERVAIS	123
SETTI	373, 406
SEVERI	231
SHARTEL	59
SIEGERT	58
SICHELE	316, 373, 401, 404, 405, 406
SILVELA	319
SIQUEIRA (Galdino)	63, 64, 80, 283, 433
SIRACUSA	96
SIRONI VASCONCELOS	206
SLIWOWSKI	99, 134, 136, 137
SOFIA MINEIRO (Beatriz)	364
SOLER	26
SOLLIER	393
SOLON	17
SOUSA BANDEIRA	111
SPALLANZANI	135
SPENCER	29, 146
SPIRITO	34
STAHL	27
STAMMLER	194
STELTZER	29
STERN	31, 223

ÍNDICE ONOMÁSTICO

599

	Págs.
STERNBERG (Teodoro)	188
STOSS	85, 239, 241
STOPPATO	85, 247, 373
STORCH	214, 216
STREINY	43
SUTHERLAND	109, 303
TÁCTIO	20, 161
TAPARELLI	29
TARDE	48, 222, 349, 402
TAVARES (Adelmar)	73
TCHERNOFF	530
TEETERS	102, 115, 116
TEILNAHME	317
TEMME	290
THOMSEN	238
THYRÉN	29, 219, 248, 249
TRAQUELLUS	181, 259, 379
TISSOT	47, 290, 332
TOLOMEI	387
TÓRRES	392
TÓRRES (Magarinos)	537
TOULEMON	12, 497
TOULLIER	530
TRAININ	43
TRÉBUTIEN	353, 373
TREPOZ	489
TUOZZI	263
ULPIANO	424
VACCARO	42
VALE (Diógenes do)	355
VALLOTTON	80
VANNINI	269, 291, 323, 333, 345, 351, 357, 373
VASSALLI	489
VERGARA (Pedro)	241
VERRI (Alessandro)	93
VERVAECK	96, 129
VICENTE DE AZEVEDO	462, 553
VICO	351
VIDAL	147, 258
VIDAL-MAGNOL	230

	Págs.
VIEIRA (Padre Antônio)	370
VIEIRA DE ARAÚJO	64, 65, 139
VILAIN	96, 97
VISMARI	359
VITALINIS	289
VIZZI	179
WACHTEL	250
WAHLBERG	185
WÄLLENBERGH	371
WATCKER	459
WEBB	92
WEISS	530
WELKER	29
WETTERSBRAND	320
WHARTON	375
WINES	12
WINSTOR	93
ZALEUCO	17
ZAMMELLI	444
ZAMORA Y CASTILLO	387
ZAMULO	501
ZANARDELLI	180, 196, 337, 350, 392, 499
ZUCARELLI	59
ZUPETTA	430
ZURCHER	192

ÍNDICE DE ARTIGOS

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ÍNDICE DE ARTIGOS

(Os números assinalados com asterisco indicam as páginas do comentário geral do artigo; os outros, as páginas em que o artigo foi apenas referido, ou comentado sob algum aspecto particular.)

Artos.	Págs.
1.º	191, 193, 199, 273
2.º	473
7.º	344, 477, 528, 551
8.º	203
9.º	203, 358
10	287, 350, 354, 460, 476, 514
11	317, 406, 413
12	273, 275, 280, 389, 411, 415
13	387
14	381
15	226, 229, 234, 406, 413, 457
16	374, 376
17	268, 276, 411, 416, 443, 453, 455, 457
18	288, 314, 322, 323, 368, 390
20	268, 414, 415
21	392
22	225, 282, 295, 323, 372, 414, 415, 530
23	310, 323, 366
24	289, 290, 295, 324, 341, 414, 415
25	166, 201, 317, 323, 324, 372, 406, 412, 428
26	268, 273, 278, 282, 296, 298, 351, 411, 412
27	323, 407
28	71, 170, 358
29	71, 76, 88, 117, 118, 119, 120, 123, 131, 132, 149, 150, 155, 158, 163, 167, 369, 502
30	71, 88*, 89, 118, 121, 123, 131, 132, 144, 153, 203, 310, 437, 465, 476, 480, 482, 488, 502
31	71, 89*, 118, 131, 149, 155
32	71, 89, 121, 140, 142
33	71, 90*, 166, 335
34	71, 90*, 152, 153, 166, 252, 500
35	71, 158*

Artis.	Págs.
36	71, 158*, 167, 252, 268
37	71, 122, 132, 158*, 163, 168
38	71, 132, 159*, 168, 170, 172, 352, 477
39	71, 159*, 169, 252
40	71, 159*, 170, 352
41	71, 160*, 166, 404
42	175*, 188, 189, 190, 191, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 209, 211, 212, 213, 214, 218, 220, 223, 225, 230, 231, 236, 242, 243, 244, 246, 247, 251, 267, 268, 271, 274, 275, 300, 337, 345, 346, 351, 352, 357, 358, 367, 373, 388, 406, 407, 410, 411, 412, 413, 415, 417, 418, 430, 437, 478, 541, 551
43	189, 199, 204, 213, 245*, 246, 251, 252, 275, 358, 410
44	188, 200, 202, 203, 212, 230, 236, 246, 251, 253*, 267, 268, 273, 274, 275, 276, 279, 282, 284, 287, 289, 290, 299, 300, 301, 316, 318, 323, 337, 410, 412, 415, 416, 418, 430
45	188, 200, 202, 212, 246, 267, 268, 274, 275, 292, 300, 308, 313*, 315, 317, 319, 321, 323, 324, 372, 373, 374, 390, 405, 406, 410, 411, 412, 415, 418, 553
46	188, 200, 202, 220, 242, 246, 274, 275, 324*, 337, 338, 340, 352, 355, 406, 410, 412, 437, 449, 450, 477, 482, 502
47	188, 200, 201, 202, 203, 246, 273, 274, 275, 276, 324*, 337, 338, 340, 357, 358, 359, 410, 412
48	188, 189, 200, 202, 203, 205, 212, 230, 236, 246, 267, 268, 274, 275, 282, 310, 315, 317, 318, 319, 335, 360*, 372, 390, 396, 406, 408, 410, 412, 415, 416, 418, 555
49	188, 189, 200, 202, 220, 230, 275, 335, 408*, 410, 411
50	190, 199, 202, 212, 225, 275, 408*, 413, 415, 418, 480
51	78, 346, 415*, 416, 417, 430, 431, 432, 433, 435, 437, 440, 447, 449, 450, 451, 454, 456, 457, 460
52	165, 252, 416*, 417, 434, 437, 447, 460, 461, 542
53	252, 411, 416*, 417, 437, 454, 455, 456, 457, 458, 460, 461
54	252, 417*, 454, 457, 458
55	78, 165, 200, 252, 417*, 431, 434, 460, 542
56	417*, 460, 461
57	165, 203, 236, 242, 280, 335, 346, 437, 465*, 476, 477, 478, 482, 484, 502, 505, 521
58	465*
59	465*, 475, 478, 479, 481, 483, 484, 486, 487, 551
60	78, 203, 335, 491*, 492, 500, 507, 528, 551
61	491*
62	352, 491*, 503, 505
63	492*
64	492*, 510

ÍNDICE DE ARTIGOS

605

Arts.	Págs.
65	492*, 511
66	492*, 512, 528
67	71, 203, 515*
68	203, 308, 515*, 517, 529, 531, 541
69	203, 308, 437, 515*, 529, 530, 531, 539, 541
70	74, 203, 351, 411, 517*, 531, 541
71	74, 203, 517*, 540
72	203, 389, 518*, 542
73	203, 518*, 536, 540
74	287, 502, 543*, 551, 552
76	214, 323, 381, 478
77	214, 217, 218, 220, 236, 242, 280, 478, 502
78	289, 335, 338, 352, 450, 478
80	500
81	503
84	428, 461
88	114, 513
89	114
91	437
92	503
93	131
94	381
100	554
108	166, 346, 429
110	335
112	514
113	514
114	165, 170
115	310, 367, 369, 486
117	166, 170, 335
118	78, 165, 170, 437, 528
119	335, 528, 551
121	188, 280, 282, 284, 298, 299, 323, 358, 382, 391, 396, 398, 415, 553
126	391
129	181, 201, 280, 382, 391, 399, 415, 462
130	188
133	415
134	386
135	415
138	282
140	181, 201
141	415
143	390

606

ROBERTO LYRA

Arts.	Págs.
146	391
148 302,	447
149	138
150 306, 415,	464
155 181, 201, 212, 281, 287, 316, 318, 384, 415,	513
158	318
170 181,	201
171	201
175	181
176	181
179	172
180	181
208	307
213	391
214	391
217	488
224	310
226	202
227	84
228	84
240	181
242 282,	386
244	534
245 84,	534
246	534
247	534
248	534
249	181
250	302
251	302
252	302
261	84
263	535
281	535
282	84
297	436
301	84
302	84
306	436
322	309

ÍNDICE DE ARTIGOS607

Artos.	Págs.
323	344
324	344
327 307,	529
245	386
359	528
300 350, 354, 356, 476,	514

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ÍNDICE GERAL

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Em Branco

ÍNDICE GERAL

TÍTULO V

DAS PENAS

Págs.

CAPÍTULO I — *Das penas principais* (art. 28)

1. Introdução. 2. História da pena. 3. Filosofia da pena.
4. Doutrina da pena. 5. A pena no Direito brasileiro
anterior. 6. A pena no Código de 1940 9

SEÇÃO I — *Da reclusão e da detenção* (arts. 29 a 34)

7. Sistemas penitenciários. 7-A. Colônias penais. 8. Sis-
temas penitenciários no Brasil. 9. Regras das penas
privativas de liberdade. 10. Isolamento contínuo e iso-
lamento noturno. 11. Trabalho. 12. Disciplina. 13. Mu-
lheres. 14. Cômputo de prisão e internação. 15. Inter-
venção do juiz na execução 88

SEÇÃO II — *Da multa* (arts. 35 a 41)

16. A pena pecuniária no direito anterior. 17. A pena
pecuniária no Código de 1940. 18. Regras da pena pe-
cuniária. 19. Pagamento por cotas e prorrogação de
prazo. 20. Insolvência absoluta e relativa. 21. Conver-
são da pena de multa 158

CAPÍTULO II — *Da aplicação da pena* (arts. 42 a 56)

- Art. 42:* 22. Proporção entre crime e pena e criminoso
e pena. 23. Indeterminação legal e judicial. 24. Indi-
vidualização da pena e arbítrio judicial. 25. Interpre-
tação da lei penal. 26. Técnica da aplicação da pena.
26-A. Divergências doutrinárias quanto à aplicação.

27. Periculosidade. 28. Antecedentes e personalidade do réu. 29. Intensidade do dolo. 30. Graus de culpa. 31. Motivo do crime. 32. Circunstâncias e consequências do crime	175
--	-----

<i>Art. 43:</i> 33. Situação econômica do réu. 34. Sua pesquisa e reconhecimento. 35. Problemas principais	245
--	-----

<i>Art. 44:</i> 36. Traços históricos. 37. Considerações gerais. 38. Diretrizes do Código e principais problemas. 39. Motivo fútil e torpe. 40. Concurso de crimes. 41. Embriaguez preordenada. 42. Impedimento ou dificuldade da defesa. 43. Meios insidiosos, cruéis e de perigo extensivo. 44. Relações e abusos. 45. Idade e enfermidade. Outras agravantes	253
---	-----

<i>Art. 45:</i> 46. Considerações gerais. 47. As agravantes no concurso de agentes. 48. Autores principais. 49. Coação. 50. Instigação e determinação. 51. Paga ou promessa de recompensa	313
---	-----

<i>Arts. 46 e 47:</i> 52. Dados históricos. 53. Subsídios doutrinários. 54. A reincidência no Código de 1940. 55. Sua caracterização. 56. Reincidência genérica. 57. Reincidência específica	324
--	-----

<i>Art. 48:</i> 58. Menoridade e velhice. 59. Cooperação criminosa. 60. Ignorância ou errada compreensão da lei. 61. Motivo de valor social ou moral. 62. Arrependimento e reparação. 63. Coação irresistível e emoção violenta. 64. Confissão. 65. Influência da multidão. 66. Excesso do elemento material	360
--	-----

<i>Arts. 49 e 50:</i> 67. Concurso de agravantes e atenuantes. 68. Causas de aumento e de diminuição	408
--	-----

<i>Arts. 51 a 55:</i> 69. Considerações gerais. 70. Concurso material. 71. Concurso formal. 72. Crime continuado. 73. <i>Aberratio ictus</i> . 74. Limite das penas e outras regras. 74-A. Concurso de crime e contravenção	415
---	-----

ÍNDICE GERAL

613

Págs.

CAPÍTULO III — *Da suspensão condicional da pena* (arts. 57 a 59)

75. Dados históricos. 76. Aspectos doutrinários. 77. Pressupostos e condições. 78. Revogação e cumprimento	465
--	-----

CAPÍTULO IV — *Do livramento condicional* (arts. 60 a 66)

79. Advertência. 80. Dados históricos. 81. Pressupostos. 82. Condições e revogação	491
--	-----

CAPÍTULO V — *Das penas acessórias* (arts. 67 a 73)

83. Considerações gerais. 84. Direitos políticos e função pública. 85. Direitos de família. 86. Profissão e atividade. 87. Publicação de sentença. 88. Aplicação e outros aspectos	515
--	-----

CAPÍTULO VI — *Dos efeitos da condenação* (art. 74)

89. Considerações gerais. 90. Indenização do dano. 91. Confisco	543
---	-----

Bibliografia	556
--------------------	-----

VOLTA



Conheça melhor os comandos do Adobe Acrobat Reader



Busca por palavras

Visualização 100%

Encaixa página na tela

Encaixa página na largura

Segue à última página vista

Volta à última página vista

Vai à última página

Próxima página

Página anterior

Primeira página

Selecionar Textos

Lente de aumento

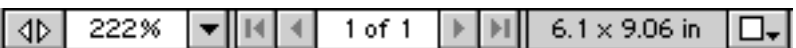
Movimentar Páginas

Miniaturas e marcadores

Imprimir

Abrir outros documentos

Sobre o Acrobat Reader



Páginas contínuas

Tamanho da página

Movimentação pelas páginas

Nível de Zoom

Miniaturas e marcadores

1

1

2

2

