

Nelson Hungria

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

Volume V
Artigos 121 a 136

NÉLSON HUNGRIA

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal. Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojetos da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Professor titular da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Livre-Docente da Faculdade de Direito da UFRJ. Membro da Comissão Internacional de Juristas. Secretário-Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal. Advogado.

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940

VOLUME V

Arts. 121 a 136

5.ª edição

FORENSE

75

Belo Horizonte 1904 1979 Rio de Janeiro

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE — Nelson Hungria	VII
Art. 121	22
Art. 122	222
Art. 123	238
Arts. 124 a 128	267
Art. 129	319
Arts. 130 e 131	386
Art. 132	413
Arts. 133 e 134	420
Art. 135	438
Art. 136	445
Apêndice	457
O arbítrio judicial na medida da pena	457
O uso dos meios anticoncepcionais sob o ponto de vista jurídico	491
SEGUNDA PARTE — Heleno Fragoso	501
Art. 121	512
Art. 122	535
Art. 123	538
Arts. 124 a 128	542
Art. 129	556
Arts. 130 e 131	569
Art. 132	572
Arts. 133 e 134	574
Art. 135	576
Art. 136	580
BIBLIOGRAFIA GERAL	583
ÍNDICE DE ASSUNTOS	585

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Vol. I — NÉLSON HUNGRIA — atualizado por HELENO FRAGOSO

Tomo I: Arts. 1 a 10

Tomo II: Arts. 11 a 27

4.ª ed. — 1958

Vol. II — ANÍBAL BRUNO

Arts. 28 a 74

1.ª ed. — 1969

Vol. III — NÉLSON HUNGRIA

Arts. 75 a 101

4.ª ed. — 1958

Vol. IV — ALOYSIO DE CARVALHO FILHO — atualizado por JORGE ALBERTO ROMEIRO

Arts. 102 a 120

5.ª ed. — 1979

Vol. V — NÉLSON HUNGRIA — atualizado por HELENO FRAGOSO

Arts. 121 a 136

5.ª ed. — 1979

Vol. VI — NÉLSON HUNGRIA

Arts. 137 a 154

4.ª ed. — 1958

Vol. VII — NÉLSON HUNGRIA

Arts. 155 a 196

2.ª ed. — 1958

Vol. VIII — NÉLSON HUNGRIA e ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA

Arts. 197 a 249

4.ª ed. — 1958

Vol. IX — Min. NÉLSON HUNGRIA

Arts. 250 a 361

2.ª ed. — 1959

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

PRIMEIRA PARTE

NÉLSON HUNGRIA

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

*À memória de A. J. da Costa e Silva,
inolvidável mestre e amigo.*

*As Irmãs Cassão,
em testemunho de gratidão e estima.*

mente, não pode este, como ciência, desdenhar critérios prefixos de orientação; mas, como observa MAGGIORE, “a ciência “do direito penal não decairia de sua importância se os crimes fossem, ao invés de coordenados sistematicamente, “distribuídos numa ordem qualquer, mesmo, a alfabética”. A vantagem prática da classificação das entidades criminais, dentro da lógica de um sistema, é prestar um auxílio mnemônico aos que consultam o Código Penal. Seria de difícil trato um código que deixasse de catalogar, de maneira mais ou menos racional, os “tipos” de crimes. Antes das primeiras codificações penais, não se conhecia uma classificação de crimes afeiçoada aos moldes de um sistema orgânico. Predominavam na espécie, até então, critérios empíricos meramente formais ou demasiadamente genéricos. O direito romano distinguia entre *delicta publica* e *delicta privata*, conforme a respectiva acusação e processo coubessem a qualquer do povo ou somente à parte ofendida. Afora esse mesmo critério *processualístico*, os criminalistas práticos da Idade Média não cuidaram de sistema algum na enumeração dos crimes. Quando muito, alinhavam-nos em ordem alfabética, como fez JULIUS CLARUS na sua *Practica Criminalis*, começando pelo *adultério* e rematando com a *usura*.

Só no século da Renascença, quando o pensamento humano se libertou da diretriz escolástica, é que se esboçaram critérios de classificação menos *extrínsecos* que os das fontes romanas. GROTIUS e PUFFENDORF foram os primeiros a tentar uma classificação de cunho sistemático. O primeiro, tomando por base o *Decálogo*, dividia os crimes conforme sua gravidade; o segundo repartia-os em seis categorias: crimes contra Deus, crimes contra a sociedade e o Estado, crimes contra o indivíduo (*vita et membra non vitalia*), crimes contra a família, crimes contra *alias res expetibiles* (crimes patrimoniais) e crimes contra a honra e a boa fama.

BECCARIA, o célebre pioneiro do direito penal moderno, assim classificava os crimes: a) crimes que atacam diretamente a sociedade ou quem a representa; b) crimes que ofendem o indivíduo na sua vida, bens e honra; c) crimes

contrários ao que todo cidadão deve fazer ou não fazer no sentido do bem público.

Gradativamente, foi sendo fixado o racional critério de classificar os crimes segundo a sua *objetividade jurídica* (isto é, tendo-se em vista o bem ou interesse jurídico tutelado pela lei penal e que o crime ofende ou põe em perigo), a que, aliás, já acenava o direito canônico: *qualitas delicti desumenda est ex objecto legis*. FILANGIERI assim o formulava: “A divisão geral dos crimes consiste, afinal, em reduzir a “algumas classes os crimes, segundo o seu objeto. A divindade, o *Princeps*, a ordem pública, a fé pública, o direito “das gentes, a boa ordem das famílias, a vida, a dignidade, a “honra, a propriedade privada de todos os membros da sociedade formam os objetos dos nossos deveres e dos nossos “crimes sociais.”

CARRARA distinguia os crimes em *naturais* e *sociais*: *naturais* os que lesam imediatamente um direito do indivíduo como tal ou atribuído a este pela própria lei da natureza (vida, integridade pessoal, honra, liberdade, direitos de família, propriedade); *sociais* os que ofendem imediatamente um direito nascido do estado de associação e comum a todos os membros da coletividade (justiça, moral pública, tranquilidade pública, fé pública, saúde pública, religião, monopólios do Estado, direitos políticos).

Igualmente, PESSINA fala em crimes *contra o direito individual* e crimes *contra o direito social*. Assim formulado, o critério distintivo ressentia-se da doutrina do direito natural, que admitia a errônea concepção de direitos inatos ou preexistentes à vida em sociedade. O indivíduo só tem direitos como membro da comunhão social. Além disso, cumpre acentuar que o direito penal não protege interesses jurídicos do indivíduo (ainda quando constituam *direitos subjetivos*) porque sejam tais, mas somente *per accidens*, isto é, somente quando e enquanto coincide a sua proteção com a do interesse social. A reforçada tutela penal somente diz com interesses *socialmente* relevantes. Um interesse jurídico dos indivíduos *uti singuli* só eventualmente, e não

necessariamente, é objeto da proteção penal. É penalmente indiferente a lesão de um interesse individual que não grave na órbita do interesse social.

FRANZ VON LISZT classifica os crimes em *crimes contra os bens jurídicos do indivíduo* (crimes contra o corpo e a vida, crimes contra os bens incorpóreos, crimes contra os direitos autorais, crimes contra os direitos patrimoniais) e *crimes contra os bens jurídicos da coletividade* (crimes contra o Estado, crimes contra o poder público, crimes contra a administração pública). Outros tratadistas preferem uma divisão tripartida: crimes contra os interesses do indivíduo, crimes contra os interesses da coletividade e crimes contra os interesses específicos do Estado (FRANK, HAFTER).

Pelo seu minucioso rigor sistemático, ressalta a classificação proposta por ARTURO ROCCO. Partindo de um conceito de JHERING e de VON LISZT, o insigne penalista italiano acentua que a existência humana é o centro de irradiação de todos os bens ou interesses juridicamente protegidos (entendendo-se por *bem* tudo aquilo que pode satisfazer a uma necessidade humana e por *interesse* a avaliação subjetiva do bem como tal); mas, como a existência humana se apresenta, ora como existência do homem individualmente considerado, ora como existência do homem em estado de associação com outros homens, isto é, como coexistência ou convivência dos homens em sociedade, segue-se a distinção entre *bens ou interesses jurídicos individuais* e *bens ou interesses jurídicos coletivos*. A essa distinção deve corresponder a distinção dos crimes, pois estes são lesões ou criam perigos de lesão aos bens ou interesses jurídicos que, segundo a *triagem* feita pelo legislador, merecem a enérgica tutela penal. Os bens ou interesses jurídicos penalmente protegidos podem ser alinhados na seguinte graduação: 1.º os relativos ao indivíduo; 2.º os relativos à família; 3.º os relativos à sociedade; 4.º os relativos ao Estado; 5.º os relativos à sociedade dos Estados. Os bens ou interesses jurídicos do indivíduo são: *materiais pessoais* (vida, integridade pessoal); *imateriais* ou *morais pessoais* (honra, liberdade); *patrimoniais* (proprie-

dade, posse), ou *mistos* (direitos autorais). Os bens ou interesses jurídicos da família ou se referem à sociedade conjugal (vínculo monogâmico, fidelidade conjugal), ou à sociedade familiar em sentido amplo (moral familiar, *status familiae*, assistência familiar). Os bens ou interesses jurídicos da sociedade referem-se a esta como *unidade sociológica* (distinta dos membros que a compõem e distinta do Estado, que é a sua síntese orgânica). Tais são: a ordem pública, a fé pública, a incolumidade pública, a moral pública, a religião.

Os interesses ou bens jurídicos do Estado são: 1.º — bens ou interesses jurídicos públicos do Estado, que se subdividem em: a) bens ou interesses políticos do Estado (unidade, integridade, independência e honra do Estado; fidelidade e obediência ao Estado, etc.); b) bens ou interesses referentes à atividade administrativa do Estado; c) bens ou interesses jurisdicionais do Estado ou relativos à administração da justiça; 2.º — bens ou interesses públicos do indivíduo (liberdades políticas, direitos eleitorais); 3.º — bens ou interesses jurídicos públicos de um Estado estrangeiro (honra dos Estados estrangeiros, paz internacional). Os bens ou interesses jurídicos da sociedade dos Estados correspondem às necessidades sempre crescentes da existência da comunhão internacional (segurança dos transportes por mar, prevenção contra moléstias contagiosas, incolumidade dos cabos submarinos, etc.).

Contra a *communis opinio* e o *jus positum*, que referem a classificação dos crimes à sua objetividade jurídica, insurge-se LOMBARDI, propondo que se funde nos *motivos* o critério informativo dessa classificação.

Segundo o professor da Universidade de Nápoles, os crimes deviam ser divididos em cinco grupos: *crimes culposos* (que, aliás, *de lege ferenda*, deviam ser excluídos dos códigos penais, passando à categoria de simples delitos civis), *crimes originados do instinto de conservação ou da paixão instintiva, da ira ou da ebriedade produzida pelo álcool ou substância estupefaciente*, *crimes sexuais* (produzidos pelo instinto da libido), *crimes oriundos da vaidade, da ambição, da inveja*,

do fanatismo, do mórbido desejo de notoriedade, e, finalmente, crimes provocados pela cobiça e avareza.

É de convir, porém, consoante a crítica de FLORIAN, que o critério do *motivo* é imperfeito e conduz à perplexidade. O mesmo *movens* (por exemplo, o *intuito de lucro*) pode inspirar crimes de natureza diversíssima, e, reciprocamente, crimes da mesma índole, como, *verbi gratia*, os *homicídios* podem ser determinados pelos mais variados motivos. Além disso, é muitas vezes difícil, senão impossível, na prática, descobrir-se ou fixar-se, de modo inequívoco, o móvel do crime.

O novo Código Penal brasileiro manteve o critério tradicional de classificar os crimes segundo sua objetividade jurídica; mas, divergindo do Código de 90, começa pelos crimes contra os interesses ou bens jurídicos individuais (*crimes contra a pessoa* e *crimes patrimoniais*) até chegar aos crimes contra os interesses do Estado como *poder administrativo* (não cuida o Código dos crimes contra a personalidade do Estado ou crimes político-sociais, que continuam sendo objeto de legislação especial). Entre essas duas classes, figura a dos crimes contra os bens ou interesses jurídicos da *sociedade* (entendida esta como *comunhão civil* ou *povo*). Cumpre notar que os crimes contra a *família* estão englobados com os crimes contra a sociedade: os interesses jurídicos daquela são uma subclasse dos interesses jurídicos de ordem geral. Desde a Constituição de 37, a família está colocada sob a “proteção especial do Estado”, e vem assumindo, através da legislação ordinária, o cunho de uma verdadeira instituição pública.

A ordem de classificação adotada pelo Código não só corresponde à ordem de *apresentação histórica* dos crimes (os atentados contra a pessoa foram, presumivelmente, as formas primitivas da criminalidade), como atende ao critério metodológico de partir do mais simples para atingir o mais complexo.

A “Parte Especial” divide-se em onze *titulos*, com as seguintes rubricas:

- “Dos crimes contra a pessoa”;
- “Dos crimes contra o patrimônio”;
- “Dos crimes contra a propriedade imaterial”;
- “Dos crimes contra a organização do trabalho”;
- “Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos”;
- “Dos crimes contra os costumes”;
- “Dos crimes contra a família”;
- “Dos crimes contra a incolumidade pública”;
- “Dos crimes contra a paz pública”;
- “Dos crimes contra a fé pública”;
- “Dos crimes contra a administração pública”.

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

2. A pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos da tutela penal. Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições da vida em sociedade. Pode dizer-se que, à parte os que ofendem ou fazem periclitar os interesses específicos do Estado, todos os crimes constituem, em última análise, lesão ou perigo de lesão contra a *pessoa*. Não é para atender a uma diferenciação essencial que os crimes particularmente chamados *contra a pessoa* ocupam setor autônomo entre as *species delictorum*. A distinção classificadora justifica-se apenas porque tais crimes são os que *mais imediatamente* afetam a pessoa. Os bens *físicos* ou *morais* que eles ofendem ou ameaçam estão intimamente consubstanciados com a personalidade humana. Tais são: a *vida*, a *integridade corporal*, a *honra* e a *liberdade*.

A *vida* é pressuposto da personalidade e é o supremo bem individual. A *integridade corporal* é condição de plenitude da energia e eficiência do indivíduo como pessoa natural. Tutelando esses *bens físicos* do indivíduo, a lei penal está servindo ao próprio interesse do Estado, pois este tem como elemento primacial a *população*, e à sua prosperidade não é indiferente a saúde ou vitalidade de cada um dos membros do corpo social. E por isso mesmo que correspondem

a interesses imediatos ou diretos do Estado, esses bens são *inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis* por parte do indivíduo. Representam o conteúdo de direitos subjetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento do *subjectum juris*.¹

¹ O atual Código não contém um dispositivo geral sobre o *consentimento do ofendido*. Nem era isso preciso. Sustentando uma crítica que fizéramos ao anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO, assim nos externamos: "Entre as causas objetivas de exclusão de crime, o anteprojeto, no art. 15, n.º 1, inclui o *consentimento do ofendido*, quando o objeto do crime for um bem ou interesse jurídico de que o respectivo titular possa validamente dispor. Critiquei o dispositivo por supérfluo. Raciocinemos. Como é elementar, o direito penal não protege interesses individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social; mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao dissenso do lesado. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o *constrangimento*, o *engano* ou o *arbitrio* por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é *elemento constitutivo* do crime. Ora, se o inciso n.º I do art. 15 a eles se refere, sua superfluidez salta aos olhos. É meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições *sine quibus* da sua qualificação legal como crime. O axioma não precisa ser trazido para o texto da lei. O Sr. ALCÂNTARA MACHADO, entretanto, entende que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seja excludente do crime. Quais são eles?

Por isso mesmo que se trata de uma exceção ao caráter *publicístico* do direito penal, só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável, a exclusivo arbitrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, na sua parte especial, explícita ou implicitamente, o reconheça.

Não há investigar alhures as hipóteses de *livre disponibilidade* de direitos penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas *questões elegantes* de interpretação do *jus positum*, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista... O Sr. ALCÂNTARA MACHADO faz alusão especial à *violência esportiva* e ao *dano*. No primeiro caso, não é o consentimento do ofendido que exclui a punibilidade ou o crime, mas a ausência de *voluntas sceleris* ou, se se repele a noção normativa do dolo, a *licitude objetiva* da ação dirigida ao evento lesivo (o esporte violento

O atual Código, neste particular, é mais radical que o anterior: não só recusa *privilegium* ao homicídio ou à *violatio corporis* do *consensiente*² e incrimina o simples induzimento ou auxílio ao suicídio (posto que este se consume ou de sua tentativa resulte lesão corporal grave), como também não faz transigência alguma com a violência praticada em “duelo”.

A honra e a liberdade, por sua vez, são *béns morais* necessários a cada indivíduo, para o fim de sua tranqüila participação e êxito no convívio social. E também incidem na órbita finalística do Estado, que, resguardando-os, preserva a paz e a ordem sociais, pois tende a evitar motivos de cizânia entre os indivíduos e a arbitrária interferência de uns na esfera de atividade lícita de outros. Como em geral os direitos de personalidade ou inerentes à pessoa, à honra e à liberdade não podem ser objeto de “negócio jurídico”; mas, como a tutela penal, na espécie, é concedida, principalmente, pelo fim político de prevenir discórdias (*ne cives ad arma veniant*) ou indêbitos entraves ao jogo normal das atividades coexistentes, desaparece a *ratio essendi* da incrimi-

² A Exposição de motivos cita como exemplo do *delictum exceptum*, a que se refere o § 1.º do art. 121, o *homicídio eutanásico* ou *por piedade*, que, segundo as legislações que expressamente o contemplam, é condicionado à *súplica* da vítima; mas, aqui, não é o consentimento da vítima que justifica a atenuação da pena, senão a nobreza do motivo determinante.

é permitido e regulado pela própria lei do Estado). No segundo caso, o consentimento do ofendido exclui a injuricidade penal, porque o dano é crime patrimonial, que pressupõe, *per definitionem*, a vontade contrária do lesado... A razão está com PAOLI (*Il consenso dell'offeso nel progetto preliminar* Rocco, in *Scuola Positiva*, 1928, págs. 297 e segs.): "... o consentimento do ofendido não tem jamais "o prestígio de excluir a ilicitude da lesão de um bem jurídico protegido pela lei penal, senão quando esta assim o disponha, e isso "em razão do interesse público, sempre direto e imediato, que a "lastreia." Veja-se, sobre o tema, O. STEVENSON, *Da exclusão de crime*, págs. 113 e segs.

nação, desde que às ofensas à honra ou às restrições à liberdade individual anteceda o consentimento do paciente, e o fato não se apresente *contra bonos mores*.

O Código, como já vimos, dedica aos “crimes contra a pessoa” o Título I da sua “Parte Especial”. Subdivide-se o título em seis capítulos, na seguinte ordem:

- “ I — Dos crimes contra a vida”;
- “ II — Das lesões corporais”;
- “III — Da periclitção da vida e da saúde”;
- “ IV — Da rixa”;
- “ V — Dos crimes contra a honra”;
- “ VI — Dos crimes contra a liberdade individual”.

O capítulo VI, por sua vez, desdobra-se em quatro *seções*:

- “ I — Dos crimes contra a liberdade pessoal”;
- “ II — Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio”;
- “III — Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência”;
- “ IV — Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos”.

O Código de 90 alinhava em títulos distintos do reservado aos crimes contra a pessoa (“crimes contra a segurança da pessoa e vida”) os crimes contra a liberdade individual (“crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”) e os crimes contra a honra (“crimes contra a honra e boa fama”). Não se justificava a separação. Tratase de crimes ligados pelo mais estreito parentesco. Como justamente acentua o ministro CAMPOS, na *Exposição de motivos* que acompanhou o projeto definitivo do novo Código, “a honra e a liberdade são interesses ou bens jurídicos inerentes à pessoa, tanto quanto o direito à vida ou à integridade física”.

Já não consagra o novo Código um capítulo especial ao “duelo”, deixando, assim, de seguir o exemplo do Código

anterior, que chegava a cuidar quase *regulamentariamente* dos trâmites e circunstâncias do duelo e considerava *delicta excepta* o homicídio e a lesão corporal decorrentes do *cavalheiresco* encontro armado. Explicando o repúdio a tal critério de tolerância para com o duelo, assim se exprimiu a *Exposição de motivos*: “Sobre tratar-se de um fato inteiramente alheio aos nossos costumes, não há razão convincente para que se veja no homicídio ou ferimento causado em duelo um crime *privilegiado*: com ou sem as *regras cavalheirescas*, a destruição da vida ou lesão da integridade física de um homem não pode merecer transigência alguma do direito penal. Pouco importa o *consentimento recíproco* dos duelistas, pois, quando estão em jogo *direitos inalienáveis*, o *mutuus consensus* não é causa excludente ou sequer minorativa da pena. O desafio para o duelo e a aceitação dele são, em si mesmos, fatos penalmente indiferentes; mas, se não se exaurem como simples jactância, seguindo-se-lhes efetivamente o duelo, os contendores responderão, conforme o resultado, por *homicídio* (consumado ou tentado) “ou lesão corporal” (isto é, como homicidas ou *vulneratores* comuns). Durante os 50 anos de vigência do Código BATISTA PEREIRA, os duelos no Brasil não passaram de casos esporádicos, oriundos de exasperado *cabotinismo*.

Conservar no texto do atual Código a outorga de tratamento especialmente benigno à violência praticada em duelo não seria mais do que persistir na preocupação simiesca e ridícula de imitar critérios legislativos de outros países, em torno de um fato que jamais entrou em nossos hábitos sociais. E seria de todo desaconselhável que a nossa lei penal continuasse, com uma sugestão indireta, a contribuir para o advento, entre nós, do espírito de truculência na solução das questões pessoais — espírito que, culminando na Alemanha de Hitler, levou HANS KERL, no *Memorial prussiano* sobre o direito penal nacional-socialista, a proclamar a legitimidade do duelo: “O direito penal do novo Estado não pode submeter “à pena um fato profundamente radicado no seio do povo e

“que, como expressão de virilidade e bravura, depara crescente reconhecimento e apoio por parte da coletividade.”³
E dizer-se que foi para isto que o mundo viveu vinte séculos de cristianismo...

³ “Das Strafrecht des neuen Staat kann nicht unter Strafe stellen, was tiefen im Volkstum wurzelt und was als Ausfluss mannhaften und wehrhaften Geistes in der Volksgemeinschaft weitreichende Anerkennung und Billigung findet.”

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A VIDA

3. A lei penal, com a sua prósua e reforçada tutela, procura resguardar a incolumidade do indivíduo humano até mesmo antes do seu *nascimento*, ou, mais precisamente, desde a sua *concepção*: não só protege a segurança ou conservação do “ser vivo, nascido de mulher”, como a da *spes hominis*, da *spes personae*, do germe fecundado no seio materno. Segundo a ordem em que os alinha o Código, são os seguintes os crimes contra a vida: o “homicídio” (doloso e culposo), o “induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio”, o “infanticídio” e o “abôto”.

Fora do capítulo I do Título I da “Parte Especial”, o Código prevê vários crimes *qualificados* pelo evento “morte” (casos de *homicídio preterdoloso*) ou em que este figura como “condição de maior punibilidade” (arts. 127, 129, § 3.º, 133, § 2.º, 134, § 2.º, 135, parág. único, 136, § 2.º, 137, parágrafo único, 223, parág. único 232, 258, 263, 264, parág. único, 267, §§ 1.º e 2.º, e 285), ou resulta de violência empregada para assegurar a execução, impunidade ou vantagem de outro crime, como no caso de latrocínio (art. 157, § 3.º). Impunha-se a separação, por necessidade de técnica, pois em tais casos o evento “morte”, sem alterar o *nomen juris* do crime a que sucede ou está conexo, forma com este uma *unidade complexa*. O rigor do Código foi ao ponto de não incluir no setor dos crimes contra a vida a “lesão corporal seguida de morte” (art. 129, § 3.º), deixando, assim, de seguir o exemplo contrário de outros Códigos, entre os quais o argentino.

**Homicídio
simples***Art. 121. Matar alguém:**Pena — reclusão, de seis a vinte anos.***Caso de di-
minuição da
pena***§ 1.º Se o agente comete o crime im-
pedido por motivo de relevante valor social ou
moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo
em seguida a injusta provocação da vítima, o
juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.***Homicídio
qualificado***§ 2.º Se o homicídio é cometido:**I — mediante paga ou promessa de recom-
pensa, ou por outro motivo torpe;**II — por motivo fútil;**III — com emprego de veneno, fogo, explo-
sivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou
cruel, ou de que possa resultar perigo comum;**IV — à traição, de emboscada, ou mediante
dissimulação ou outro recurso que dificulte ou
torne impossível a defesa do ofendido;**V — para assegurar a execução, a oculta-
ção, a impunidade ou vantagem de outro crime:**Pena — reclusão, de doze a trinta anos.*

DIREITO COMPARADO — Códigos: alemão, §§ 211 a 216; ita-
liano, arts. 575, 576, 577, 579 e 587; suíço, arts. 111 a 114; português,
arts. 349, 351, 353 e 355; francês, arts. 295, 296, 299 e 304; holandês,
arts. 287, 288, 289 e 293; espanhol, arts. 405 a 407; polonês, arts. 225,
§§ 1.º e 2.º, e 227; iugoslavo, arts. 135 a 137; dinamarquês, arts. 237
e 239; turco, arts. 170 e 174; japonês, §§ 199 a 201 e 203; soviético,
arts. 136 a 138; norueguês, § 233; argentino, arts. 79 a 81; uruguaio,
arts. 310 a 312; chileno, arts. 390 e 391; húngaro, arts. 278 a 281;
peruano, arts. 150 a 153; boliviano, arts. 479 a 502; colombiano,
arts. 362 a 364; mexicano, de 1931, arts. 302 a 304; paraguaio, ar-
tigos 334 a 338; venezuelano, arts. 407 a 409; cubano, arts. 431 a 437;
equatoriano, arts. 425 a 428; guatemalteco, arts. 298 a 300; haitiano,
arts. 240 e segs.; hondurenho, arts. 403 a 405; nicaraguano, ar-
tigos 348 a 353; panamenho, arts. 311 a 314.

BIBLIOGRAFIA — IMPALLOMENI, *Delitti contro la persona*, no *Trattato* de COGLIOLO, vol. 2.º, parte 2.ª, 1889, e *L'omicidio nel diritto penale*, 1900; HOLTZENDORFF, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe* (O assassinato e a pena de morte), 1857; IRURETA GOYENA, *El delito de homicidio*, 1928; WHARTON, *On Homicide*, 1907; FERRI, *L'omicida*, 1925; VANNINI, *Il delitto di omicidio*, 1935; ALIMENA (Bernardino), *L'omicidio*, na *Enciclopedia* de PESSINA, vol. IX, págs. 380 e segs.; *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1899, e *Principii di diritto penale*, vol. II, págs. 309 e segs., 1912; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, vol. VIII, ns. 2.876 a 2.884, 1937; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, Delikte gegen Leib und Leben* (Direito penal suíço, delitos contra o corpo e a vida), 1937; CARRARA, *Programma*, parte especial, vol. I, 8.ª edição; EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II (*Delitos contra la persona*), 1939; CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. 4.º, págs. 6 e segs., 1916; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1908, págs. 339 e segs.; VON LISZT, *Tratado de direito penal*, trad. de JOSÉ HIGINO, vol. 2.º, §§ 80 a 82, 1899; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Tratado de direito penal alemão), §§ 81 a 84, 1927; CRIVELLARI, *Codice Penale*, vol. 7, págs. 705 e segs., 1896; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, no *Trattato* de FLORIAN, 1934, e *La Colpa*, 1949; MERKEL, *Derecho Penal*, tradução espanhola de DORADO, § 117; MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, vol. II, págs. 427 e segs.; HOFMANN e FERRAI, *Trattato di Medicina Legale*, 1914; MÁRIO CARRARA, *Medicina Legale*, 1928; PELLEGRINI, *Trattato di Medicina Legale*, 1932; BORRI, CEVIDALLI e LEONCINI, *Trattato di Medicina Legale*, 1922; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal*, 1910; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924; SALTELLI-DI FALCO, *Commento Teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. II, págs. 875 e segs.; LONGO, *Commento al Codice Penale italiano*, 1911, vol. II, págs. 301 e segs.; GLEISPACH, *Tötung* (Homicídio), in *Das kommende deutsche Strafrecht* (O futuro direito penal alemão), de GÜRTNER, 1936; JULIUS CLARUS, *Practica Criminalis*, verb. Homicidium, 1568; JANNITI PIROMALO, in *Il Codice Penale*, de Ugo CONTI, vol. III, págs. 211 e segs.; CAVALLO, *Il delitto tentato*, 1934, e *La responsabilità obbiettiva nel diritto penale*, 1937; VANNINI, *Il tentativo nella dottrina e nel Codice Penale italiano*, 1912, e *Manuale di diritto penale italiano* (parte especial), 1949; CIVOLI, *Del tentativo*, na *Enciclopedia* de PESSINA, V; PANNAIN, *Omicidio*, in *Nuovo Digesto Italiano*; CASTORI, *Il tentativo*, no *Trattato* de COGLIOLO, I, p. III, págs. 313 e segs.; ALIMENA (FRANCESCO), *La questione dei mezzi inidonei nel tentativo*, 1930; HELLER, *La dottrina del tentativo*, trad. de ZANOTELLI, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*; SARDINHA, *A tentativa impossivel*, 1941; FINZI, *Il delitto preterintenzionale*,

1925; MANCI, *Il delitto passionale*; MELLUSI, *Quelli che amano e uccidono*, 1924, e *Delinquenti del amore*, 1932; RABINOWICZ, *O crime passionnal*, trad. de F. MIRANDA, 1933; LIRA, *Polícia e justiça para o amor*, 1938; JORGE SEVERIANO, *Justificativas Penais*, 1936, e *Criminosos passionais, criminosos emocionais*, 1940; OSMÁ LOUREIRO, *Modificativos da pena no direito brasileiro*, 1933; MORSELLI, *L'uccisione pietosa*, 1923; BINDING (e HOCHÉ), *Die Freigabe des Vernichtung des lebensunwerten Lebens*. (A liberdade de eliminação do homem sem valor vital), 1920; DEL VECCHIO, *Morte benefica*, 1928, e *La nozione generale del tentativo*, in *Scuola Positiva*, fasc. maio-junho, 1934; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 1929; LICURZI, *El derecho de matar*, 1934; GARCÍA PINTOS, *El respecto a la vida*, 1935; BOUZA, *El homicidio por piedad*, 1935; FLORIANO DE LEMOS, *Direito de matar e curar*, 1933; COSONELLO, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, 1941; PEDRO VERGARA, *Da legitima defesa subjetiva*, 1929, e *Dos motivos determinantes no direito penal*, 1937; BALDASSARRE, *I moventi a delinquere*, 1930; ELSTER, *Eutanásia*, in *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, vol. 35, 1915; RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, 1933, e *La causalità nel diritto penale*, 1936; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 1940; NERIO ROJAS, *Medicina Legal*, 1936; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1914; GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht* (Direito penal do Império Alemão), 1922; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, vol. 2.º, ns. 359 a 373, 1924; PERGOLA, *Il reato*, 1930; MARCIANO, *Colpa con previsione e dolo eventuale*, in *Scritti in onore del prof. UGO CONTI*; ANGIONI, *Il problema della causalità materiale* (in *Scritti in onore del prof. UGO CONTI*), *Le cause che escludono l'illiceità obbiettiva penale*, 1930, e *La premeditazione*, 1933; PENZO, *Studi sul progetto preliminare di un nuovo Codice Penale italiano*, 1929, e *La difesa legittima*, 1939; DELGOU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, 1936; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, 1924; CÂNDIDO MOTA FILHO, *Da premeditação*, 1937, e *Do estado de necessidade*, 1938; SANTORO, *Il caso fortuito nel diritto penale*, 1937, e *Dos crimes contra a pessoa*, 1941; CECCHI, *L'uccisione in combattimento di boz*, 1931, e *Teoria del evento nel reato*, 1937; BENTO DE FARIA, *A criminalidade nos esportes*, 1929; ARI FRANCO, *O desportista e o direito penal*, 1936; FIORETTI, *Su la legittima difesa*, 1894; HUNGRIA, *A legittima defesa putativa*, 1936; CONTIERI, *Lo stato di necessità*, 1939; FULCI, *L'intenzione nei singoli reati*, cap. III, 1927; COSTA E SILVA, *Código Penal*, 1930; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 1937; BELING, *Die Lehre von Verbrechen* (A doutrina do crime), 1906; FALCHI, *Diritto Penale romano*, vol. II, 1932; MOMMSEN, *Derecho Penal romano*, trad. esp. de DORADO, vol. II, I, 4.º, cap. III; LEMOS SOBRINHO, *Da legittima defesa*, 1931; ANTOLISEI, *Il*

rapporto di causalità nel diritto penale, 1934; BERNAU, *Causalità adeguata?*, in *Scuola Positiva*, vol. XII, págs. 113 e segs.; MONTALBANO, *Il rapporto di causalità materiale nel Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, fasc. março-abril, 1937, pág. 120; ROMERO, *Dicionário de Direito Penal*, verbs. *homicídio* e *tentativa*; DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, 1930; HELLER, *La dottrina del tentativo nel Progetto Rocco*, in *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo*, pág. 253; SOARES DE MELO, *O delito impossível*, 1936; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, 1933; OSCAR STEVENSON, *Da exclusão de crime*, 1941; VIDAL-MAGNOL, *Cours de droit criminel*, 1928; CARLOS XAVIER, *Estatutos penais*, 1941; F. FÁVERO, *Medicina Legal*, 1942; ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1948; SIMONIN, *Médecine Légale Judiciaire*, 1947; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, besonderer Teil*, 1953; NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, 1950.

COMENTARIO

4. O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência *violenta* ou *sanguinária*, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas,⁴ em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

⁴ Segundo o postulado da escola antropológica criminal, a gênese da criminalidade está no *atavismo*, de modo que há perfeita identidade entre a delinquência e a infância da humanidade, não passando o crime de um fenómeno de retrocesso anormal do homem aos tipos primitivos. A hipótese é sedutora, mas está hoje em descrédito. Como observa GEMELLI (*Le dottrine moderne della delinquenza*), a teoria do atavismo é diretamente filiada à concepção darwiniana, tendo sido desta que HAECKEL deduziu a sua famosa *lei biogenética fundamental*, que serviu a LOMBROSO e seus adeptos. A crer-se em HAECKEL, a *ontogênese* (isto é, o desenvolvimento individual) é a recapitulação da *filogênese* (isto é, o desenvolvimento da espécie). O *homo sapiens*, na sua ontogênese, passaria, assim, por múltiplos estádios, desde a *monera* até ele próprio. E pode acontecer que, durante esse processo evolutivo, se verifique uma *parada*,

Como diz IMPALLOMENI, todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos

seja na formação de um órgão, seja na de um tecido, resultando daí uma *anomalia regressiva*. Ora, para que fosse verdadeira essa doutrina, seria preciso demonstrar que, em determinado estágio, os embriões de classes diversas fossem perfeitamente iguais. Semelhante fato, entretanto, não ocorre. Em qualquer estágio, uma espécie difere da outra, tanto quanto difere dela no estado adulto. Eis a lição de CORAZZI: "Os poucos embriólogos que, como eu, tiveram a paciência de levar até o fim o trabalho de cenobita, que é o estudo da genealogia celular, seguindo o desenvolvimento do ovo de um animal, célula por célula, a começar da primeira segmentação e, depois, divisão por divisão, desde a descendência dos blastômeros individuais até a formação do embrião, sabem quanto os ovos diferem entre si antes mesmo que comece a segmentação, não só por suas dimensões ou pela cor, como intrinsecamente, quer do ponto de vista químico, quer do ponto de vista dinâmico." WAISMANN assim desprestigia a hipótese de HAECKEL: "Não deve parecer estranho que o homem, durante o desenvolvimento ontogénico, apresente semelhanças mais ou menos acentuadas com certos estádios que em outros animais são permanentes. Isto se explica, se considerarmos que o desenvolvimento embrional se opera, conforme sua natureza intrínseca, mediante processos de crescimento que lhe são intimamente ligados e procede necessariamente do simples para o composto, do genérico para o específico. Tal desenvolvimento deve, pois, começar por um estágio unicelular e percorrer diversos estádios pluricelulares, que se avizinham do modo sempre mais determinado do tipo completo; de sorte que deve necessariamente revelar, nos diversos estádios, graus também diversos de perfeição, até que seja finalmente alcançado o termo do desenvolvimento. Todos estes processos poderiam perfeitamente verificar-se ainda que não precedesse nenhuma hipotética filogênese! Como se pode, então, afirmar, com HAECKEL, que o desenvolvimento do embrião do homem é uma evidentíssima recapitulação de sua filogênese? Isto é simplesmente fantástico."

Os estudos de DARESTE, LOEB e outros (como ainda reporta GEMELLI), sobre a produção artificial de anomalias e monstruosidades nos embriões e, por outro lado, os estudos sobre toda a série de órgãos rudimentares, demonstram que as anormalidades se explicam mais facilmente por uma qualquer influência mecânica, que tenha agido durante o desenvolvimento embrional, do que pelo recurso a imaginárias ou ignotas forças regressivas.

bens é o bem da vida. O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social.

O *crimen homicidii* constitui um tema preponderante da ciência jurídico-penal. Pode dizer-se que a *parte geral* do direito penal sistematizado não foi mais do que a generalização dos critérios e princípios fixados pelo direito romano e pelo direito intermédio acerca do homicídio. Por outro lado, o mais vasto capítulo da *criminologia* é consagrado ao estudo dos *criminosos violentos*, de que o *homicida* é o expoente máximo. O problema da criminalidade é, antes de tudo, e acima de tudo, o problema da prevenção e repressão do homicídio. Não cabe aqui, nem mesmo em breve resumo, a exposição das múltiplas teorias e conclusões que, a tal propósito, têm sido postuladas e defendidas no campo da biologia, da antropologia, da psicologia ou da sociologia criminais. Temos que apreciar o *delito máximo* apenas sob o ponto de vista estritamente jurídico, isto é, como o fato humano que, sob o *nomen juris* de homicídio, corresponde a um “molde” específico da lei penal.

5. Segundo a clássica definição de CARMIGNANI, homicídio (*de hominis excidium*) é a *violenta hominis caedes ab homine injuste patrata* (ocisão violenta de um homem injustamente praticada por outro homem).

Acoima-se de pleonástica esta definição, pois sujeito ativo do crime é sempre o *homem* e todo crime tem por pressuposto a *injustiça*.

Dever-se-ia, então, adotar uma outra velha definição: *violenta vitae hominis ademptio* (violenta eliminação da vida de um homem). Ou estoutra, ainda mais breve: “destruição

da vida humana".⁵ Preferível, entretanto, é a fórmula de CARMIGNANI. Não há nela demasiada explicitude, senão a idéia exata do definido. As preconizadas fórmulas substitutivas não evitam a ambigüidade, pois tanto é eliminação ou destruição da vida humana o crime de homicídio quanto a morte de um homem ocasionada por um animal (*pauperies*), ou a praticada por alguém em legítima defesa (ato lícito) ou casualmente (fato penalmente indiferente).

A incriminação do homicídio data das mais antigas civilizações. Nos tempos bíblicos, era punido com a pena de morte: "*qui percusserit et occiderit hominem, morte moriatur*" (*Levítico*, cap. XXIV, 17).⁶

Em Atenas, a princípio, a punição não tinha o rigor oriental: chegava-se a conceder ao homicida a faculdade de exilar-se (e somente quando retornasse era punido com a pena de morte). Dizia DEMÓSTENES que "os fundadores deste uso, deuses ou heróis, refletiram que não havia necessidade de oprimir um desgraçado, mas abrandar-se o seu sofrimento na medida do possível". DRACON, entretanto, reproduziu a severidade da lei mosaica.

Em Roma, desde a remota época de NUMA POMPÍLIO, era punida com o extremo suplício a *caedes* violenta do *civis* (o *servus* era considerado uma *res* e, portanto, não podia ser sujeito passivo do homicídio). Daí o nome de *paricidium* (*paris excidium*, isto é, ocisão de um *civis sui juris*) dado ao crime em questão nas primitivas leis romanas. A *Lei das XII Tábuas* preceituava: "*Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit (dederit) paricida esto.*" O latim clássico não conheceu o termo *homicidium*, que só mais tarde foi empregado.

⁵ É a definição acolhida por VON LISZT: "*Tötung ist die Zerstörung des menschlichen Lebens.*"

O homicídio doloso era assim, lapidarmente, definido pelos juristas medievais: "*hominis caedes animo necandi patrata*".

⁶ Vigorava, então, em toda a sua plenitude, a lei de Talião: "*oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, adustionem pro adustione, vulnus pro vulnere, livorem pro livore*" (*Êxodo*, cap. XXI, 24, 25).

do.⁷ A famosa *Lex Cornelia*, promulgada ao tempo de SILA, designava os homicidas, à falta de outro vocábulo, como *si-carii*.

Desde então, a pena do homicídio passou a variar, segundo a condição dos réus: a *deportatio* e a *confiscatio* para os *altiores in honore aliquo positi*, a *decapitatio* para os que *secundo gradu sunt honestiores*, e a *subjectio ad bestias* ou a *vivicrematio* para os *humiliores*. Foi JUSTINIANO, nos seus *libri terribiles*, que restabeleceu a indistinta aplicação da pena de morte para os homicidas. A tentativa de homicídio (apreciado *ex re* o *animus occidendi*) era equiparada, desde o reinado de ADRIANO, ao homicídio consumado: "*Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse.*" (*Dig.*, 48, 8, I, 3.)

No primitivo direito germânico, ao contrário do direito romano, não tinha o homicídio caráter de *crimen publicum*, pois somente dava lugar ao direito de vingança por parte da família do morto ou à *compositio*. A prestação pecuniária que, neste último caso, devia ser feita pelo criminoso, transformou-se, posteriormente, numa verdadeira *multa*, cabendo parte dela ao Estado, como *preço da paz* (*Friedensgeld, freedom*), e a outra parte (chamada *Wehrgeld* ou *Widrigild*) aos parentes da vítima. Distinguia-se entre o homicídio com perfídia, clandestino ou *furtivo modo* (*Murdrum*) e o homicídio simples, que apresentava duas formas: o homicídio temerário (*ausu temerario*) e o homicídio provocado (*se defendendo, aliqua causa cogente*).

Com o ressurgir do direito romano e a influência do direito canônico, perdeu o homicídio o caráter de ofensa privada, exasperando-se a pena, que passou a ser, de regra, a de morte.

Os práticos italianos comumente discriminavam entre o *homicidium simplex* e o *homicidium qualificatum* ou *delibe-*

⁷ MOMMSEN, ob. cit., vol. II, pág. 93.

ratum, este mais severamente punido. Ensinava JULIUS CLARUS: "Simplex homicidium est illud, quod committitur sine qualitate animi deliberati. Deliberatum vero est, quod committitur ex proposito cum illa qualitate." E a lição prosseguia: "Homicidium simplex autem ex quatuor modis committi potest, scilicet, necessitate, casu, culpa, dolo. Necessitate, cum quis ad sui necessariam defensionem alium interficit. Casu autem dicitur committi homicidium, cum quis alium occidit sine culpa, aliud facere cogitans... Culpa dicitur homicidium committi, quando quis non dolose, neque animo occidendi, sed inadvertenter alium interfecit... Dolosum autem homicidium dicitur, quando quis animo aliquem occidendi illum interficit. Dicitur tamen simplex homicidium quando haec deliberatio illum occidendi non ex intervallo praecessit, sed in rixa, vel calore iracundiae supervenit... Deliberatum autem homicidium quatuor etiam modis committi potest, scilicet ex proposito absque alia qualitate, secundo ex insidiis, tertio proditorie, quarto per assassinium. Ex proposito dicitur committi homicidium, quando quis aggreditur alium praevia animi deliberatione ex intervallo praecedente, illum interficit... Ex insidiis dicitur homicidium, quando aliquis expectat alium, positus in loco, qui ab illo praevideri verisimiliter non poterat, animo eum occidendi, illumque ex improviso venientem aggreditur, et interficit... Proditorie vero dicitur committi homicidium, quando aliquis nulla praecedente inimicitia alium interficit, puta, quis veniens tecum tanquam socius itineris, nulla interveniente rixa te percutio, vel dum sederes mecum in mensa, vel si cum me tibi amicum esse fingerem, ita a tergo percutio... Per assassinium autem dicitur committi homicidium, quando sit pecunia interveniente."

Nos tempos modernos, os códigos e legislações penais, em geral, continuam a distinguir, para diverso tratamento penal, entre uma forma simples e uma forma agravada de homicídio, adotando ou não especiais *nomina juris*. O Código francês fala em *meurtre* (homicídio doloso simples) e *assassinat*, que é o *meurtre* praticado *avec préméditation* ou de

guet-apens (emboscada), ou com o emprego de *tortures* ou *actes de barbarie*. Note-se que o *assassinato* do direito moderno já não é o *assassinium* dos juristas medievais, circunscrito ao caso do homicídio mercenário ou perpetrado mediante paga. ⁸ O Código alemão distingue entre *Totschlag* (homicídio simples) e *Mord* (homicídio com reflexão, *mit Überlegung*). A lei anglo-americana refere-se ao *manslaughter* (homicídio praticado *without malice*, como *in a sudden quarrel* or *in a heat of passion*, ou mesmo involuntariamente) e *murder* (homicídio com *malice prepense or aforethought*). O Código espanhol distingue entre *asesinato* (homicídio “*con alevosia*”, “*por precio o promesa remuneratoria*”, “*por medio de inundación, incendio o veneno*”, “*con premeditación conocida*”, ou “*con ensañamiento*”) e *homicidio simple*. O recente Código suíço também distingue entre *meurtre* e *assassinat* (sendo este o homicídio “*avec préméditation denotant qu’il* (o delinquente) *est particulièrement pervers ou dangereux*”).

O novo Código brasileiro, a exemplo do anterior, só emprega o termo *homicídio*, mas distingue duas modalidades: *homicídio simples* (art. 121, *caput*) e *homicídio qualificado* (art. 121, § 2.º), este com pena autônoma, quantitativamente mais severa do que a cominada àquele. Foi assim rejeitada a sugestão de certos códigos recentes, como o polonês e o dinamarquês, que não fazem distinção apriorística entre homicídio e homicídio, ⁹ deixando ao juiz a faculdade de

⁸ O vocábulo *assassino* procede de *haschischino*, nome que se dava aos sicários a soldo de HASSAN-BEN-SABBAH, chamado o *Cheik da Montanha* (chefe de seita na Síria), que lhes propinava *haschisch*, para fazê-los mais dispostos e valentes, ou para dominá-los pela necessidade de satisfação do vício.

⁹ O Código dinamarquês limita-se, ao configurar o homicídio, a esta fórmula genérica (art. 237): “Aquele que mata outra pessoa é passível, a título de homicídio, de prisão por cinco anos até a perpetuidade.” O Código polonês não é menos conciso (art. 223): “Aquele que mata um homem é punido com prisão superior a cinco anos ou perpétua ou com a pena de morte.”

apreciar livremente a gravidade do caso concreto e aplicar a pena que lhe pareça justa, dentre as cominadas na lei.

Na configuração do homicídio qualificado, o novo Código toma em consideração certos *motivos determinantes* (interêsse de remuneração ou outro motivo *torpe* e o motivo *fútil*), certos *modos de execução* (emprego de *veneno*, *fogo*, *explosivo*, *asfixia*, *tortura* ou outro *meio insidioso ou cruel*, ou de *que possa resultar perigo comum*; à *traição*, de *emboscada*, ou mediante *dissimulação*, ou outro *recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*) e certos *fins* visados pelo agente (“assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”).

O cunho nitidamente *sitomático* das agravantes casuisticamente enumeradas no § 2.º do art. 121, no sentido da maior criminalidade do agente, justifica o destaque *in abstracto* dessa modalidade de homicídio e a *apriorística* exasperação da pena. Nem com isto se ofende o critério de relativa individualização da pena, pois ao juiz restará sempre a regra geral do art. 42,¹⁰ que, se lhe não permite descer abaixo do *minimum* da pena cominada ao homicídio qualificado, autoriza-lhe a apreciação integral do fato e do agente, para uma conscienciosa determinação da pena, a partir desse *minimum*. A distinção *a priori* de uma forma agravada de homicídio só seria condenável, se se lhe fizesse corresponder, inexoravelmente, uma pena única e intratável.

Já não figuram como agravantes qualificativas do homicídio a premeditação, a relação de parentesco próximo ou de disciplina ou hierarquia entre o agente e a vítima, a superação de obstáculos defensivos da vítima, a entrada ou tentativa de entrada em casa do ofendido, o ajuste entre dois ou mais agentes, a falta de respeito à idade do ofendido, o achar-se o ofendido sob a proteção da autoridade pública,

¹⁰ 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 conseqüências do crime: ... II — “fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de pena aplicável.”

o emprego de diversos meios, o aproveitamento de calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido, e a reincidência. De tais circunstâncias, algumas nem sequer estão consignadas entre as que, *in genere*, segundo o Código, *sempre agravam a pena* (art. 44). Assim, por exemplo, a *premeditação*, que, entretanto, em outras legislações constitui, precisamente, o traço diferencial do *assassinato* ou a agravante qualificativa, por excelência, do homicídio.¹¹ Nem mesmo o *parricídio* foi previsto como homicídio particularmente reprová-

¹¹ Razões de sobra tinha o legislador pátrio para repelir o critério de agravação *a priori* da pena por motivo da *premeditação*, que poderá ser ou não um índice de perversidade do agente. Muito antes do advento da Escola Positiva (que pleiteia o radical cancelamento da agravante da *premeditação*), já HOLTZENDORFF evidenciara que a *premeditação*, ao contrário do conceito tradicional, não revela, por si mesma, perversidade ou abjeção de caráter, senão resistência à idéia criminosa. É mais perigoso aquele que mata *ex improviso*, mas por um motivo tipicamente perverso, do que aquele que mata depois de longa reflexão, mas por um motivo de particular valor moral ou social. O indivíduo ponderado, cujo poder de auto-inibição oferece resistência aos motivos determinantes de uma conduta anti-social, não é mais temível do que o indivíduo impulsivo, que não sabe *sobrestar antes de começar*. Segundo a clássica definição de CARMIGNANI, a *premeditação*, relacionada ao homicídio, é o "*occidendi propositum frigido pacatoque animo susceptum, mora habens atque occasionem querens, ut crimen veluti exoptatum finem perficiat*". Seriam, assim, os requisitos da agravante o *intervalo de tempo* (*mora habens*) e a *frieza e calma de ânimo* (*frigidus pacatusque animus*). Ora, o primeiro é tudo quanto há de mais arbitrário e inconcludente. Quanto ao segundo, não passa, como diz COSTA, de um atributo da personalidade psicofísica ou psicofisiológica do agente, e nada tem a ver com o processo volitivo. A *frieza e calma de ânimo* é um modo de ser do temperamento. Com *frieza e calma de ânimo*, tanto se pode cometer um crime quanto uma ação nobilíssima (FERRI).

Na tentativa de reabilitar a *premeditação* como agravante, cuidou-se de ampliar o seu conceito: deve ser referida à índole moral dos motivos determinantes e à escolha de meios que tornem mais fácil ou menos aleatória a execução do crime. Tal critério, porém, levou à conclusão lógica de que se devia abolir, por inexpress-

vel, e com isto o Código não fez mais do que manter-se fiel a um de seus critérios centrais, qual o de dar preponderância, na apreciação do crime e do criminoso, aos motivos determinantes. Por mais nefando que seja *in abstracto* o parricídio, podem apresentar-se *in concreto* motivos tais que, excepcionalmente, apaguem o seu cunho de repulsividade.

siva e inútil, a agravante em questão, bastando que se formulassem agravantes referidas aos motivos e aos meios empregados ou modo de execução.

Não impediu o descrédito da *premeditação* a defesa que lhe fez Rocco (Alfredo), na *Relazione*, sobre o projeto do atual Código italiano (devendo notar-se que nos anteprojetos não figuravam essa agravante): “*Vi sarebbe ragione di escluderla, se la premeditazione non fosse altro che quella specie di dolo che si contrappone al dolo d'impeto. Ma nel dolo vi è una scala, che sale per gradi, dal così detto dolo d'impeto, alla riflessione normale, ed infine alla premeditazione. Questa aggiunge un quid pluris a quel grado di riflessione, che è comune alla maggior parte delle azione delittuose.*” Mas, que é o *quid pluris* a que se refere Rocco? Para ANGIONI (*La premeditazione*), a *tensão do propósito até a fixação* é que constitui o *quid pluris* da reflexão própria da *premeditação*, em cotejo com o grau de reflexão comum à maior parte das ações delituosas. Ora, semelhante *tensão*, sobre ser inaferrível, não significa outra coisa senão a continuada predominância do *motivo mais forte*; de modo que este, sim, é que deve ser apreciado na sua *qualidade*, para dele se deduzir a maior ou menor punibilidade do agente.

A *premeditação* foi sempre objeto de infundáveis controvérsias. Nem a doutrina nem a jurisprudência conseguiram formular, a respeito, uma noção pacífica. GAUTIER, quando da elaboração do projeto do Código suíço, justamente observava (*Protokoll der zweiten Expertenkommission*, vol. II, pág. 149): “*La préméditation est un critère qui manque tout-à-fait de précision, puisque l'on n'a pas pu, jusqu'ici, se mettre d'accord sur le sens de ce mot. C'est un critère extrêmement incertain aussi pour la raison que la préméditation, qu'on l'entende dans l'un ou dans l'autre sens, est toujours un fait purement intérieur et qui peut fort bien ne pas se traduire par des actes perceptibles. C'est de plus un critère faux et incomplet, en ce qu'il ne dénote pas avec certitude et dans tous les cas sans exception un caractère criminel particulièrement dangereux.*” O novo Código suíço, afinal promulgado em 1937, manteve a figura do *assassinato*

Suponha-se o caso do filho que, num assomo de indignação, mata o pai, a quem encontra, bêbedo, espancando a própria mulher, mãe do agente. Tenha-se em vista ainda aquela dolorosa página de MAUPASSANT sobre um parricida movido ao crime pela revolta contra o requintado egoísmo dos pais, que não vacilavam em sacrificá-lo a um desarrazoado preconceito de honra.

O mesmo critério que levou o Código a não incluir o parricídio na casuística do homicídio qualificado, induziu, e com maioria de razão, a que procedesse de modo idêntico

caracterizado pela premeditação, mas, supondo atender à ponderação de GAUTIER, exige uma espécie de premeditação *qualificada*: “*Si le délinquant a tué dans des circonstances ou avec préméditation dénotant qu’il est particulièrement pervers ou dangereux, il sera puni de la reclution à vie.*” Para saber se a premeditação revela perversidade ou periculosidade, é imprescindível que se faça apelo à índole dos motivos impelentes. Só mesmo a força da tradição explica a persistência dessa agravante no direito positivo, não obstante sua falta de sentido ético-jurídico.

Entre nós, a premeditação teve adversários declarados. OSMÂ LOUREIRO (ob. cit., pág. 125) acentua e aplaude a tendência moderna no sentido de “proscriver dos códigos a premeditação, como agravante, por se confundir com o simples mecanismo da vontade criminosa, substituindo-se esta indicação pela investigação dos motivos”. COSTA E SILVA (ob. cit., pág. 298) assim se pronuncia: “Os modernos autores de psicologia criminal despiram a premeditação de sua antiga importância. Hoje ela nem sempre indica, na pessoa do delinqüente, grau mais elevado de depravação moral. O indivíduo que, obedecendo a sentimentos honrosos, pratica certo crime premeditadamente, — exemplo seja, um homicídio, — não é mais perverso do que aquele que, por motivos torpes ou insignificantes, sem essa circunstância, comete fato idêntico.” CÂNDIDO MOTA FILHO é dos que defendem ponto de vista diverso, na sua erudita monografia *Da premeditação*; mas esta foi o *canto de cisne* da velha agravante no direito brasileiro.

A premeditação é desconhecida dos Códigos peruano, argentino, soviético, dinamarquês e polonês, entre outros. Os projetos GALDINO SIQUEIRA, SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO já a haviam abolido, quer como agravante genérica, quer como agravante específica. O novo Código não tinha outro caminho a seguir.

no tocante à ocisão do filho pelo pai, ao fratricídio, ao uxoricídio ou à ocisão do marido pela mulher, bem como, de modo geral, a que rejeitasse a extensa catalogação do art. 294, § 1.º, do Código de 90.

6. O sujeito passivo do crime de homicídio. O *sujeito passivo* do homicídio é o “ser vivo, nascido de mulher”. A destruição do embrião ou feto humano no útero materno não é *homicídio*, contemplando-a a lei penal sob o *nomen juris* de *abôrito*, menos severamente punido.

Para a configuração objetiva do homicídio, é indiferente a *idade* da vítima: tanto é homicídio a ocisão do feto *intra partum* quanto a do macróbio. Deve notar-se, entretanto, que a eliminação do feto ou recém-nascido pela própria mãe, “sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após”, constitui um *homicidium privilegiatum*, sob o título especial de *infanticídio* (art. 123).

É indiferente, do mesmo modo, para a identificação do *facinus singulare et nefarium*, o grau de vitalidade da vítima: a morte violenta do recém-nascido *inviável* ou a supressão do minuto de vida que reste ao moribundo é homicídio. Uma vida, diz IMPALLOMENI, não deixa de ser uma vida só porque esteja próxima a extinguir-se. O novo Código compreende sob o *nomen juris* de homicídio (ressalvada a hipótese especial do infanticídio) até mesmo a destruição do feto durante o parto,¹² isto é, antes mesmo de verificar-se a possibilidade de vida extra-uterina. Foi adotado o critério do Código italiano, que, neste particular, é assim comentado por MAGGIORE (ob. cit., pág. 441): “O Código atual, para cortar cerce a controvérsia científica, resolveu a questão não

¹² O feto *nascente* é já considerado *homem*, sob o ponto de vista penal. Segundo adverte VANNINI (ob. cit., pág. 7), “o produto “da concepção adquire a individualidade que o torna objeto capaz “do crime em questão (homicídio), não já no instante em que adquire vida autônoma, destacando-se do corpo da mãe, mas desde “que, terminado o processo fisiológico da gravidez, se inicia o seu “desprendimento do útero materno”.

“considerando a vitalidade como elemento essencial para a existência do homem, e incrimina sob o título de *homicídio* até mesmo o *feticídio*, ou, seja, a ocisão de um feto durante o parto. Há, portanto, homicídio toda a vez que se destrua a vida de um recém-nascido... ainda que *não vital*, posto que *vivo*, salvo quando a vida seja, por algum defeito de conformação, apenas aparente.”

É suficiente a vida; não importa o grau da capacidade de viver.¹³ Igualmente não importam, para a existência do homicídio, o sexo, a raça, a nacionalidade, a casta, a condição ou valor social da vítima. Varão ou mulher, ariano ou judeu, parisiense ou zulu, brâmane ou pária, santo ou bandido, homem de gênio ou idiota, todos representam *vidas humanas*. O próprio *monstro* (abandonada a antiga distinção entre *ostentum* e *monstrum*) tem sua existência protegida pela lei penal. Já não vigora o princípio bárbaro de que *monstruosos partus sine fraude caeduntur*.¹⁴

¹³ Conf. ALTAVILLA (ob. cit., pág. 39): “La natura ha le sue deviazioni patologiche od anche teratologiche per cui possono essere procreati organismi i quali, per la mancanza o l'anomalia di organi essenziali, nascono vivi, ma non vitali: essi espulsi dall'utero possono avere per alcune ore vibrazioni organiche, che si spengono mano che le imperfezioni anatomiche o fisiologiche urtano con le necessità imposte dal mondo esterno. Ora anche lo spegnimento di queste vibrazioni reintra nel concetto di morte il cui termine antinomico è vita e non vitalità.”

¹⁴ No caso dos indivíduos duplos ou xifópagos, ter-se-á sempre um duplo homicídio doloso, ainda que a ação imediata do criminoso tenha atingido um só dos seres unidos. É o que observa MANZINI (ob. cit., n.º 2.877): “Se o criminoso queria matar ambos os irmãos siameses, é claro que responde por dois homicídios dolosos, em curso material; se sua ação era determinada pelo propósito de matar um só, implicava, por necessidade lógica e biológica, a vontade de matar ambos, de vez que a morte de um determina, normalmente, também a morte do outro, e, assim, quanto a esta, subsiste o dolo eventual. No caso excepcionalíssimo, em que uma pronta e eficaz intervenção cirúrgica logre salvar a vida de um deles, o réu responderá por homicídio consumado e tentativa de homicídio.”

7. A *objetividade jurídica do homicídio*. Somente pode ser sujeito passivo do homicídio o ser humano *com vida*. Mas, que é vida? Ou, mais precisamente: como ou quando começa a vida? Dizia CASPER: "viver é respirar; não ter respirado é não ter vivido". Formulado assim irrestritamente, não é exato o conceito, ainda mesmo que se considerasse vida somente a que se apresenta de modo autônomo, *per se stante*, já inteiramente destacado o feto do útero materno. A respiração é uma *prova*, ou melhor, a infalível prova da vida; mas não é a imprescindível condição desta, nem a sua única prova. O neonato apnéico ou asfíxico não deixa de estar vivo pelo fato de não respirar. Mesmo sem a respiração, a vida pode manifestar-se por outros sinais, como sejam o *movimento circulatório*, as *pulsações do coração*, etc. É de notar-se, além disso, que a própria destruição da *vida biológica* do feto, no início do parto (com o rompimento do saco aniótico), já constitui *homicídio*, embora eventualmente assuma o título de *infanticídio*.

8. *Irrelevância de "concausas"*. O novo Código não contempla a *concausa*, em hipótese alguma, como especial minorante objetiva no crime de homicídio. Já não é reduzida a pena, quando para o resultado "morte" hajam concorrido as *condições personalíssimas* do ofendido ou a *inobservância*, por parte deste, do *regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado*. O *privilegium* concedido ao *homicídio doloso concausal*, segundo as fórmulas dos §§ 1.º e 2.º do art. 295 do Código de 90, não era uma solução de equidade, mas um atestado de aberrante condescendência para com o criminoso. Se o agente procede *necandi animo* (isto é, com dolo, direto ou eventual, específico do homicídio), que importa, sob o ponto de vista penal, a preexistência, concomitância ou superveniência de uma causa que, embora alheia ao cálculo do agente, favoreça ou condicione a eficiência letal da lesão infligida, sem ultrapassar a órbita do perigo criado por esta ou incidindo na sua linha de desdobramento físico? Argumenta-se que, em tal caso, não obstante a existência do

animus occidendi, o evento “morte”, do ponto de vista objetivo, não pode ser imputado exclusivamente à conduta do agente e, assim, a pena deve ser diminuída. Afeiçoando-se a tal critério, o antigo Código, entretanto, não lhe prestava estrita fidelidade: reduzia a pena na hipótese das “condições personalíssimas do ofendido” (isto é, condições anátomo-fisiológicas *anormais* ou *excepcionais*, mas não *patológicas*) e na de “inobservância do regime médico-higiênico”, mas equiparava à lesão mortal *per se* a que produz a morte por deficiência da “constituição ou estado mórbido anterior” da vítima (isto é, concausas *patológicas*). Era evidente o ilogismo, desde que idêntico, em qualquer dessas hipóteses, o grau de cooperação da concausa. Tanto faz que a morte tenha resultado da concorrência, por exemplo, do estado hemofílico ou diabético do ofendido, quanto da fragilidade congênita do seu osso frontal, atingido pelo golpe, ou de um processo infeccioso conseqüente à lesão recebida. No caso de “inobservância do regime médico-higiênico”, a redução da pena era maior do que no das “condições personalíssimas”, por entender-se que se apresentava ainda menos íntima a coligação entre o fato do agente e a concausa. Era a preocupação de miúdo objetivismo, para a graduação da punibilidade, a redundar no despropósito de considerar-se a inevitabilidade do resultado letal como uma *condição de menor punibilidade* do homicídio doloso, ou de admitir-se uma estranha compensação parcial entre o dolo do agente e a negligência da vítima.

O legislador de 1940 não contemporizou com o critério tradicional: separou, como conceitos distintos, a *causalidade* (física) e a *culpabilidade*, e consagrou, em princípio, no tocante à primeira, a teoria chamada da *equivalência dos antecedentes* ou da *conditio sine qua non*.¹⁵ Em face do art. 11 (*caput*) do novo Código, é sempre integral e solidariamente responsável pelo resultado concreto, do ponto de vista

¹⁵ A teoria da *equivalência* remonta a STUART MILL, mas foi VON BURI que, inspirado ou não no filósofo inglês, a formulou no campo do direito penal.

lógico-causal, “a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Nada importa que haja cooperado com a ação ou omissão, para o advento do resultado, outra força causal (concausa). Nenhuma diferença existe entre *causa* e *concausa*, entre *causa* e *condição*, entre *causa* e *ocasião*. Todas as forças que contribuem para o resultado *in concreto*, apreciadas em conjunto ou *uti singuli*, são *causa* dele, equivalendo-se na sua eficiência. Nem uma só delas pode ser abstraída, pois, de outro modo, se teria de concluir que o resultado, na sua forma concreta, não teria ocorrido. Formam elas uma unidade incindível. Relacionadas ao evento, tal como este ocorreu, foram todas igualmente *necessárias*,¹⁶ embora qualquer delas, sem o concurso das outras, não tivesse sido *suficiente*. A ação ou omissão, como cada uma das outras causas concorrentes, é condição *sine qua non* do resultado. O nexó causal entre a conduta do agente e o resultado não é *interrompido* ou *excluído* pela interferência *cooperante* de outras causas. Assim, no crime de homicídio, a relação causal entre o agente e o resultado “morte” não deixa de subsistir, ainda quando para tal resultado haja contribuído, por exemplo, a particular condição fisiológica da vítima ou a falta de tratamento adequado.

A equivalência dos antecedentes causais é um dado de lógica pura, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal, desde que se não confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a *imputatio facti* e a *imputatio juris*. Se o reconhecimento do nexó causal entre a conduta do agente e o resultado coincidissem com o *juízo de culpabilidade*, a teoria da equivalência seria, no terreno do direito penal, evidentemente imprestável, pois autorizaria, para o efeito da responsabilidade, uma *regressão infinita* às condições antecedentes. No caso de homicídio,

¹⁶ STUART MILL, *A system of Logic* (ed. L. Green & Co., 1919, pág. 214): “All the conditions were equally indispensable to the production of the consequent.”

por exemplo, seria penalmente responsável até mesmo o fabricante da arma com que foi o crime praticado.

A teoria em questão é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física,¹⁷ pois serve a uma solução simples e prática do problema. A pergunta — *quando a*

¹⁷ Dentre as numerosas teorias sobre a causalidade, à parte a da equivalência, são dignas de menção as seguintes:

Teoria da causalidade adequada (VON KRIES, VON BAR): causa é a condição em geral idônea ou *adequada* a determinar o fenômeno. Também esta teoria não distingue entre causa e condição: todo antecedente é causal, desde que se apresente como *fator típico*, isto é, desde que mantenha com o fenômeno uma relação de regularidade estatística (uma relação de *constância*, segundo *id quod plerumque accidit*).

Teoria da causa humana exclusiva (ANTOLISEI): para a existência do nexa de causalidade, em sentido jurídico, é necessário que o homem, com sua ação ou omissão, tenha posto em ato uma condição do evento, e mais que a produção deste não se tenha verificado pelo concurso de fatos excepcionais (*raríssimos*), pois, se tal concurso advém, o nexa entre a ação ou omissão e o evento é simplesmente *ocasional*, e não basta para que se possa imputar o evento ao agente ou omitente.

Teoria da eficiência (BIRKMAYER, STOPPATO): causa é a condição mais eficaz (*“Ursache ist die wirksamste Bedingung”*); causa é a força que produz um fato.

Teoria da condição insubstituível (G. MÜLLER): só é causa a condição indispensável em relação ao evento.

Teoria da causa próxima (que remonta a BACON): *“in jure non remota causa, sed proxima spectatur”*. É preciso distinguir entre *causa* (causa imediata) e *condição* (causa remota): só a primeira pode ser tomada em conta pelo direito.

Teoria da causa decisiva (KÖHLER): causa é o *elemento dinâmico* que decide da espécie do efeito. Os *elementos estáticos* são simples *condições* e, como tais, juridicamente imponderáveis.

Teoria do equilíbrio (BINDING): causa é a *força última*, que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis (positivos) e os contrários (negativos), produz o evento.

Teoria do movimento atual (HORN): causa é o *movimento atual*, em contraposição ao estado inerte.

Teoria da causa relevante para o direito penal (M. L. MÜLLER, MEZGER): causa, do ponto de vista lógico, é qualquer condição (como

ação ou omissão é causa do resultado?, ela responde de modo claro e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* ("processo de eliminação hipotética", na frase de THYRÉN), o resultado *in concreto* não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade: acha-se igualmente subordinada à *culpabilidade* do agente. Averiguado um evento penalmente típico na sua objetividade, cumpre indagar, primeiramente, se foi *causado* por alguém e, em seguida, se o agente procedeu *dolosa* ou *culposamente*. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido puramente lógico). Assim, no exemplo acima dado, o fabricante da arma ofensiva não é penalmente chamado a contas pelo resultado

na teoria da equivalência); mas a existência do nexa causal não induz, *a priori*, a relevância deste para o direito penal: só é juridico-penalmente relevante a causa idônea (a idoneidade, aqui, diversamente da teoria de VON KRIES ou da causalidade adequada, não é necessária para a existência do nexa causal, mas para a relevância juridico-penal).

Teoria da causa típica (BELING): não existe propriamente um problema de causalidade, mas apenas a questão de *enquadramento* (*Subsumtion*) do fato no "molde" penal, mediante a interpretação do texto legal, especialmente do sentido do "verbo" que preside à configuração do crime. Segundo BELING (*Die Lehre von Verbrechen*, pág. 208), a teoria da causalidade não pertence à teoria da ação, mas à do conteúdo de fato do crime, segundo o *tipo legal* ("*sie gehört nicht zur Handlungslehre, sondern in die Lehre von Tatbestande, und zwar von den materiellen Tatbestanden*").

Teoria da tipicidade condicionada (RANTIERI): existe nexa causal, em direito penal, quando entre uma determinada conduta *típica* (isto é, correspondente à descrita por uma norma penal) e um determinado evento, consistente em particular modificação do mundo externo (também descrita, de regra, na dita norma), existe uma relação que tenha os característicos de *sucessão*, *necessidade* e *uniformidade*.

Teoria da condição perigosa (GRISPIGNI): a conduta humana é causa de um evento, não apenas quando lhe é condição (condição simples), mas, além disso, quando, apreciada *ex ante*, constitua um *perigo*, relativamente à superveniência do evento.

“morte”, pois este não lhe pode ser *psiquicamente* imputado, a título de dolo ou culpa.

É preciso notar que, adotando a teoria da equivalência, o Código não o fez *sic et simpliciter*, pois lhe abre uma exceção, no terreno mesmo da pura causalidade objetiva. Dispõe o parág. único do art. 11 que “a superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado” (salvo os “fatos anteriores”, que se imputam “a quem os praticou”). Trata-se, como dissemos, de uma exceção, e não, como pode parecer (pela exegese literal), uma simples aplicação da regra formulada no *caput* do artigo. O parágrafo prevê a hipótese da *independência relativa* da causa superveniente.¹⁸ Seria ele uma superfluidade se se referisse à hipótese da *independência absoluta*, pois esta já está reconhecida na parte principal do artigo, *a contrario sensu*, como excludente da causalidade oriunda da ação ou omissão. Se a *causa superveniens* se incumbe sozinha do resultado, e não tem coligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser, no tocante ao resultado, uma “não causa”. Tomemos o exemplo formulado por VON LISZT: A fere mortalmente o barqueiro B, mas este, antes que sobrevenha a morte em consequência do ferimento, perece afogado, porque um tufão fez soçobrar o barco. Em face do art. 11, *caput*, é claro que a A não pode ser imputada a morte de B, pois, ainda que suposta inexistente a sua ação, tal resultado teria igualmente ocorrido.

¹⁸ Não se refere o Código, no parág. único do art. 11, às causas *preexistentes* ou *concomitantes*; de modo que estas somente quando *absolutamente* independentes excluem a causalidade desenvolvida pela ação ou omissão. Exemplos: A fere mortalmente B, mas este vem a morrer, não em consequência do ferimento, mas por efeito de uma dose de veneno que pouco antes ingerira; A desfecha um tiro mortal contra B, no mesmo instante em que este morre *exclusivamente* por efeito de um colapso cardíaco. Neste último caso, se há incerteza sobre a primazia de uma das causas, deve ser aplicado o *in dubio pro reo*, respondendo o agente apenas por tentativa de homicídio.

Não é, portanto, de casos como este que cogita o parágrafo do art. 11. E tem-se de chegar, então, em face do mesmo parágrafo, à seguinte conclusão: para interromper ou excluir o nexu causal, basta que sobrevenha à ação ou omissão uma causa *relativamente independente*, que se encarregue, por si só, de produzir o resultado. Figure-se o seguinte caso: Tício fere mortalmente Mévio, mas este, recolhido a um hospital, vem a morrer pela ingestão de uma substância tóxica que, ao invés do medicamento prescrito, lhe ministra, inadvertidamente, a enfermeira. Dentro da lógica da teoria da equivalência (endossada pelo *caput* do art. 11), o resultado "morte" teria de ser imputado a Tício, pois, se não fora a ação deste, Mévio não teria sido levado para o hospital e, portanto, não teria sido vítima da troca de remédio por veneno. É força, porém, convir que há uma *relativa* independência entre a ação de Tício e a causa sucessiva: não se achava esta na linha de desdobramento físico (ou *anátomo-patológico*, como diz MONTALBANO) do resultado da ação de Tício. Sobreveio, com o descuido da enfermeira, um novo processo causal, que se substituiu ao primitivo, acarretando, por sua exclusiva eficácia, o resultado "morte". Tício deve responder somente por *tentativa* de homicídio. Se se abstrai o conceito ideológico de causalidade, não há dúvida que, no caso figurado, como acentua PERGOLA,¹⁹ se apresentam dois processos causais distintos e autônomos: um que vai da ação de Tício até a lesão corporal de Mévio, com os seus conseqüências físicos ou anátomo-patológicos (certos ou eventuais), e outro que vai da inadvertência da enfermeira até a morte de Mévio.

Para a solução de casos que tais, em que a causa superveniente, do ponto de vista relativo, não coopera propriamente com a causa primitiva, é que o parág. único do art. 11 cria um *temperamento* à teoria da equivalência, considerando interrompido ou truncado o nexu causal entre a conduta do

¹⁹ *Il reato*, pág. 382.

agente e o resultado.²⁰ A limitação que o parágrafo introduz à regra do artigo deve ser entendida, repita-se, no próprio terreno objetivo-causal, isto é, sem qualquer apelo ao requisito da *culpabilidade*. Restringindo a teoria da equivalência,²¹ o parágrafo não se orienta pela *teoria da adequação* ou qualquer outra que, implícita ou explicitamente, entrose a causalidade física com a causalidade psíquica. A causa superveniente, a que se refere o parágrafo, exclui a imputação do resultado ao agente, não porque tenha sido *imprevisível* ou *incalculável*, mas *porque a lei assim o determina*, considerando excluída a causalidade originária da ação ou omissão.

9. O elemento subjetivo. Para o efeito da responsabilidade penal, como já se disse, não basta averiguar a existência do vínculo causal objetivo entre a ação ou omissão e o resultado: cumpre, igualmente, que se reconheça a culpabilidade do agente, isto é, se ele procedeu com *dolo* ou *culpa stricto sensu*. Dolo é a vontade *livre e conscientemente* exercida no sentido do resultado antijurídico.²² Diz-se *direto*, quando o agente prevê como certo o resultado, para cujo ad-

²⁰ Na sua *Exposição de motivos*, assim se exprime o ministro CAMPOS: "Somente no caso em que se verifique uma *interrupção de causalidade*, ou seja, quando sobrevém uma causa que, *sem cooperar* propriamente com a ação ou omissão, ou representando uma *causalidade* causal autônoma, produz, por si só, o evento, é que este não poderá ser atribuído ao agente, a quem, em tal caso, apenas será imputado o evento que se tenha verificado por efeito exclusivo da *ação ou omissão*." (*Rev. Forense*, Rio, 1941, vol. 85, pág. 445.)

²¹ A teoria da equivalência, nem mesmo em doutrina, persiste com a pureza ou rigor com que a formulou VON BURI.

²² O novo Código não repeliu a noção *normativa* do dolo. Dolo é a *voluntas sceleris*. Não existe sem a *consciência da injuricidade*.

Objeta-se que, em relação ao indivíduo *responsável* (isto é, dotado de capacidade de direito penal), o conhecimento da lei penal é presunção *juris et de jure* e, assim, a inclusão da consciência da injuricidade no conteúdo do dolo colidiria com a irrelevância do *error juris criminalis*. Ora, a inserção da consciência da injuricidade no conceito do dolo nada tem a ver com a inescusabilidade do erro de direito. Um indivíduo pode ter ciência de que tal ou qual

vento, precisamente empreende o ato de vontade; e *eventual*, quando o agente, prevendo como provável ou possível o resultado, assume o risco de produzi-lo.

fato constitui o elemento objetivo de um crime e não ter, entretanto, ao realizá-lo, a intenção ou vontade de se pôr em antítese com o escopo de utilidade social ou moral positiva colimado pela norma penal, ou, por outras palavras, sem o *animus* de contrastar a reprovação ético-social que informa o *praeceptum* penal. Com o incriminar um fato, descrevendo-lhe abstratamente o *corpus*, a lei não quer significar que, toda a vez que se apresente *in concreto* uma ação consciente realizando esse *corpus*, se deva sumariamente, sem admissão de prova em contrário, reconhecer que o agente se propôs um fim antijurídico ou criminoso. Isto valeria por confinar a responsabilidade penal a título de dolo ao rude e árido objetivismo do *factum pro dolo accipitur*. *Consciência da injuricidade*, na contextura do dolo, é o *juízo de valor* pelo qual o agente reconhece no fato, cuja execução empreende, aquele mesmo que a lei ou a *opinio juris* popular reprova como violação do dever de disciplina social. Não há dizer-se que a representação subjetiva da correspondência formal do fato a um *modelo abstrato* de crime importa, de si mesma, necessariamente, a consciência da injuricidade. Esta não é um infalível consectário daquela.

Será, acaso, réu de homicídio doloso o cirurgião que ocasiona a morte prematura do seu cliente no curso de uma operação *arriscada* (isto é, com previsão da probabilidade do resultado letal), mas aconselhada pela ciência como *último recurso*?

A confirmação de que o novo Código consagrou a noção normativa do dolo, e não a puramente *psicológica*, está no explícito reconhecimento da exclusão de dolo no caso das chamadas *descriminantes putativas* (art. 17, 2.^a parte). O indivíduo que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, se supõe, por exemplo, em estado de legítima defesa e mata o seu pseudo-agressor, fica isento de pena por *ausência de dolo* (e não porque o fato seja objetivamente lícito, como na autêntica legítima defesa). Esta solução é incompatível com a noção puramente psicológica do dolo. Se tivesse aceito tal noção, que, limitando o dolo à simples representação da importância do ato de vontade como causa, certa ou provável, de um resultado correspondente ao *conteúdo de fato* de um crime, pretende que o requisito da *injuricidade* deva ser apreciado de um ponto de vista rigorosamente objetivo (e, portanto, nada tem a ver com o dolo), o Código não podia ter deixado de aprovar a intolerável ila-

Por outro lado, *culpa* é a omissão da atenção ou diligência normalmente empregadas para prever ou evitar a lesão de bens ou interesses jurídicos alheios (veja-se, adiante, número 31). Diz-se *inconsciente*, quando o agente não previu o evento lesivo, embora tivesse podido prevê-lo; e *consciente*, quando, previsto o evento como possível, não procurou o agente evitá-lo (pressuposta a sua evitabilidade), *esperando*, sincera, mas levianamente, que não ocorresse.

Em doutrina, costuma-se distinguir entre dolo *determinado* e dolo *indeterminado*, considerando-se subespécies do último o dolo *alternativo* (previsão de resultados diversos, que reciprocamente se excluem, propondo-se o agente realizar qualquer deles, indiferentemente) e o *eventual*. É de rejeitar-se, porém, a distinção.

O dolo pode ser *mais ou menos determinado*, mas nunca *indeterminado*. O pretendido *dolo indeterminado* (sobrevivência do antigo *dolus generalis*) admite um verdadeiro contra-senso, qual seja o de uma vontade de fazer mal ou delinquir *in genere*. No dolo alternativo, não há indeterminação da vontade: quando se querem, indiferentemente, resultados diversos, sabendo-se que um excluirá os outros, a vontade é tão determinada como quando se quer um resultado único. Também não é indeterminada a vontade no dolo eventual: quando a vontade, dirigindo-se a um certo resultado, não recua ou não refoge da prevista possibilidade de outro resultado, *consentindo* no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado participa da volição do agente, embora de modo secundário ou mediato. A menção expressa que faz o Código ao dolo eventual, para equipará-lo ao dolo direto (em que o resultado é querido de modo principal e imediato), plenamente se justifica: não obstante a justeza do

ção de von LISZT (um dos precursores da teoria do *dolus facti*, na interpretação do *direito positivo alemão*): “Não aproveita ao agente “a errônea suposição de que a ação, por ele reconhecida como genericamente antijurídica, incide num dos casos excepcionais em “que a injuricidade é excluída.”

raciocínio de que “quem arrisca, quer”, não tem faltado quem, para um desarrazoado tratamento benigno, procure afastar essa forma de culpabilidade para o terreno da *culpa consciente*.

Em face da definição do dolo e da culpa, isto é, das duas únicas formas da culpabilidade, segue-se que, não obstante a relação causal-objetiva entre a ação ou omissão e o resultado, inexistente a culpabilidade, sob a forma de dolo, se o agente se encontrava sob *coação irresistível* (art. 18) ou sob a influência de *erro essencial* (espontâneo ou provocado por terceiro), ainda que vencível (art. 17); e mesmo sob a forma de culpa, se era invencível o erro ou se o advento do resultado escapava à previdência comum ou, se previsto, não podia ser evitado. A condição mínima da culpabilidade é a *previsibilidade ou evitabilidade* do *eventus damni* (ou do *eventus periculi*). O que está além da previsão ou diligência comuns *não é exigível*, sob o ponto de vista jurídico-penal, do *homo medius*, ainda que não se trate, rigorosamente, de *caso fortuito* ou de *força maior*. No que respeita ao *casus* e à *vis maior*,²³ é de notar-se que, antes de excluírem a culpabilidade, excluem a própria relação causal entre a ação ou omissão e o resultado. Notadamente, para resolver a hipótese da superveniência do *casus*, quando este, rompendo a causalidade em

²³ Distingue-se entre o caso fortuito e a força maior: no primeiro, o resultado, se fosse previsível, seria evitável; na segunda, ainda que previsível ou previsto, o resultado é inevitável. Juridicamente (ou para efeito da exclusão da responsabilidade), porém, equiparam-se o *casus* e a *vis maior*: tanto faz não poder prever um evento, quanto prevê-lo, sem, entretanto, poder evitá-lo.

MANZINI (ob. cit., II, n.º 283) entende que “la comune distinzione tra caso fortuito e forza maggiore non ha alcuna ragione d'essere: essa è una delle tante frasi vuote e sonore di cui si compiace il gergo giudiziario”. E prossegue: “Tutto al più si può dire che caso si riferisce alla considerazione statica dell'evento, e forza maggiore alla contemplazione dinamica dell'evento stesso, ancorchè neppure ciò sia sempre esatto come quando l'energia causale si esercita non contro le forze individuali d'azione o di resistenza, ma esclusivamente sulle cose di cui l'individuo è centro sociale.”

curso, se incumbe, por sua conta exclusiva, da produção do resultado, é que foi formulado o parág. único do art. 11; e quanto à *força maior*, é bem de ver que, sob a pressão dela, o homem não passa de um joguete da fatalidade: não é um *dominus*, mas um *servus* da energia causal; não *age*: é *agido*.

Expostas estas noções gerais sobre a culpabilidade, passemos a tratar do dolo *distintivo* do homicídio. Pode ser êle definido como a vontade consciente e livre de eliminar uma vida humana. O resultado “morte” pode ser querido por si mesmo, ou secundariamente a outro resultado (lícito ou ilícito). No primeiro caso, temos o homicídio com dolo direto: A, com um tiro de revólver, quis matar B e matou; no segundo caso, apresenta-se o homicídio com dolo eventual: A, quando vai desfechar o tiro para matar B, prevê que pode matar C, que está junto de B; mas não desiste da ação, assumindo o risco dêsse outro resultado, que, efetivamente, vem a ocorrer.²⁴

Como reconhecer-se a *voluntas ad necem*? Trata-se de um *factum internum*, e desde que não é possível pesquisá-lo no “foro íntimo” do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato. O sentido da ação (ou omissão) é, na grande maioria dos casos, inequívoco. Quando o evento “morte” está em íntima conexão com os meios empregados, de modo que ao espírito do agente não podia deixar de apresentar-se como resultado necessário, ou ordinário, da ação criminosa, seria inútil, como diz IMPALLOMENI,²⁵ alegar-se que não houve o *animus occidendi*: o fato atestará sempre,

²⁴ Neste último caso, se ocorre também a morte de B, responde A por dois homicídios dolosos; se B fica ileso ou apenas ferido, responde A, quanto a ele, por tentativa de homicídio e homicídio doloso. Não obstante a unidade de ação, A representou-se dois resultados anajurídicos, e quis ambos distintamente (art. 51, § 1.º, 2.ª parte), embora um de modo secundário. Diversa do caso ora figurado é a hipótese da *aberratio ictus*, que reclama, portanto, solução diversa (veja-se, adiante, n.º 19).

²⁵ L'Omicidio, pág. 80.

inflexivelmente, que o acusado, a não ser que se trate de um louco, agiu sabendo que o evento letal seria a consequência da sua ação e, portanto, quis matar. É sobre *pressupostos de fato*, em qualquer caso, que há de assentar o processo lógico pelo qual se deduz o dolo distintivo do homicídio.

Certa dificuldade pode surgir, às vezes, na prática, para distinguir se se trata de homicídio com *dolo eventual* ou de homicídio com *culpa consciente*.²⁶ O que deve decidir, em tal caso, são ainda as circunstâncias do fato, de par com os *motivos do agente*. Somente eles poderão demonstrar que o acusado agiu com perversa ou egoística indiferença, consciente de que seu ato poderia acarretar a morte da vítima e preferindo arriscar-se a produzir tal resultado, ao invés de

²⁶ O dolo eventual e a culpa consciente têm um traço comum; quer num, quer noutra, o resultado criminoso é previsto pelo agente; mas, como ensina Logoz (ob. cit., pág. 66), "... a diferença entre essas duas formas de culpabilidade apresenta-se quando se faz a seguinte pergunta: "por que, em um e outro caso, a previsão das consequências possíveis não impediu o inculpaado de agir?" A esta pergunta uma resposta diferente deve ser dada, segundo haja dolo eventual ou culpa consciente. No primeiro caso (dolo eventual), a importância da inibidora ou negativa da representação do resultado foi, no espírito do agente, mais fraca do que o valor positivo que este emprestava à prática da ação. Na alternativa entre duas soluções (desistir da ação ou praticá-la, arriscando-se a produzir o evento lesivo), o agente escolheu a segunda. Para ele, o evento lesivo foi como que o menor de dois males. Em suma, pode dizer-se que, no caso de dolo eventual, foi por egoísmo que o inculpaado se decidiu a agir, custasse o que custasse. Ao contrário, no caso de culpa consciente, é por levandade, antes que por egoísmo, que o culpado age... Em tal caso, com efeito, o valor negativo da previsão do resultado possível era, para o agente, mais forte que o valor positivo que atribuiu à prática da ação. Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir. Não estava, porém, persuadido disso. Calculou mal. Confluiu em que o resultado não se produziria, de modo que a eventualidade, inicialmente prevista, não pode influir plenamente no seu espírito. Em conclusão: não agiu por egoísmo, mas por levandade; não refletiu suficientemente."

renunciar à prática do ato (dolo eventual); ou se agiu apenas levemente, na inconsiderada persuasão ou esperança de que não ocorresse o resultado previsto como possível (culpa consciente). Se o fato, com seus elementos sensíveis, é equívoco, ou se há dúvida irreduzível, ter-se-á, então, de aplicar o *in dubio pro reo*, admitindo-se a hipótese menos grave, que é a da culpa consciente.²⁷

São bem conhecidas, a respeito do dolo eventual, as chamadas “fórmulas de FRANK”. A primeira delas assim decide: “a previsão do resultado como *possível* somente constitui “dolo, se a previsão do mesmo resultado como *certo* não teria “detido o agente, isto é, não teria tido o efeito de um decisivo “motivo de contraste”. É esta a fórmula denominada da “teoria hipotética do consentimento”, a que o próprio FRANK acrescentou esta outra (chamada “teoria positiva do consentimento”): “se o agente se diz a si próprio: *seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir*, é responsável a título de dolo.”²⁸

Ambas as fórmulas deverão servir de orientação para o juiz, mas é claro que, para sua aplicação aos casos concretos, terá ele de ater-se às circunstâncias da ação e motivos do agente.

²⁷ VON HIPPEL (ob. cit., vol. II, pág. 315): “Se a atitude psíquica “do dolo eventual existe, ou não, no momento da ação, deverá decidir-lo o juiz, com fundamento na apreciação objetiva das circunstâncias do fato. Pode, em alguns casos, persistir a dúvida, e, então, “deverá ser rejeitada, por deficiência de prova, a hipótese de dolo.” (“Ob der psychische Tatbestand des dolus eventualis zur Zeit der Tat vorlag oder nicht, darüber hat der Richter auf Grund objektiver Würdigung der Sachlage zu entscheiden. Dabei können ein oder mehrere Minderzahl von Fällen Zweifel bleiben; dann ist Vorsatz als nicht feststellbar abzulehnen.”) No mesmo sentido: THORMANN e OVERBECK (ob. cit., pág. 99) e LOGOZ (ob. cit., pág. 62).

²⁸ FRANK, ob. cit., pág. 132: “Sagt sich der Täter: mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jedem Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches.”

Figuremos os seguintes casos:

Um médico, para fim científico, experimenta *in anima nobili* uma certa substância química, que *pode* causar a morte do paciente, e o resultado letal vem, realmente, a ocorrer. Dá-se, aqui, sem dúvida, um homicídio com dolo eventual.

Tício, agindo em legítima defesa do seu amigo Mévio, atracado em luta com Semprônio, que procura esfaqueá-lo, dispara um tiro para abater o último, mas acontecendo que o atingido é Mévio, que tomba morto. Pelas circunstâncias, verifica-se que Tício naturalmente previu como possível esse resultado; mas não se pode afirmar que tivesse *consentido* nele: seu propósito era salvar, e não matar o amigo. Responderá por homicídio com culpa consciente.

Um motorista, dirigindo o seu carro com grande velocidade, para atender ao compromisso de um encontro com hora certa, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibilidade desse evento; mas, deixando de reduzir ou anular a marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou esperou que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão a do reconhecimento de um homicídio com culpa consciente.

Suponha-se, entretanto, que o motorista, recebendo a notícia de que um seu filho foi vítima de uma grave queda e precisa de ser transportado ao Pronto-Socorro, sai com o seu veículo em louca disparada, indiferente à sorte dos transeuntes que se lhe antolham, e colhe um deles, esmagando-o: o *complexo motivante* está a indicar que o motorista preferiu assumir o risco de tal evento a deixar de prosseguir na desabalada carreira. O homicídio ser-lhe-á imputado a título de dolo eventual.

O Código, ao definir o dolo eventual, inspirou-se, até certo ponto, na extensiva fórmula preconizada pela antiga Comissão de reforma do direito penal alemão: "*Vorsätzlich handelt auch, wer es zwar nur für möglich, hält, aber doch*

in Kauf nimmt, dass er der Erfolg herbeiführt...” (isto é, “também age dolosamente aquele que prevê apenas como possível o resultado, mas consciente do risco de causá-lo”).²⁹

HANS FRANK (*Nationalsozialistisches Handbuch f. Rechts und Gesetzgebung*, pág. 1.341) explica que a expressão *in Kauf nehmen*, empregada nesta fórmula, quer dizer “estar consciente do risco” (“*mit bewussten Gefahrrisiko*”).

Ao invés de traduzir fielmente a expressão alemã *in der Kauf nimmt*, o Código, mais restritivamente, fala em “assume o risco”. A propósito da fórmula germânica, disserta SCHÄFER (*in Das kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, parte geral, pág. 61): “... exigir o “consentimento” importa critério demasiadamente restrito, pois não “abrange os casos em que o agente, prevendo a possibilidade “de ocasionar o resultado, não aprova, mas afasta mentalmente tal possibilidade com leviana indiferença, ou, em “contraste com os prudentes conselhos da experiência, confia no acaso ou levianamente que o resultado não sobre-

²⁹ DONNEDIEU DE VABRES (*La politique criminelle des Etats autoritaires*, pág. 96) assim se refere à fórmula alemã: “Os delitos culposos ocupam, entre os delitos puramente materiais e os delitos dolosos, “uma situação intermediária. O problema delicado é relativo ao caso “da culpa consciente, conhecida em França com o nome de *dolo eventual*. A maior parte dos códigos modernos, notadamente o Código Penal francês e o Código alemão de 1871, deixam aos tribunais “a tarefa de resolvê-lo.

“Nossa jurisprudência, inspirando-se no princípio de *benignior interpretatio*, soluciona a questão, com grave prejuízo de interesses “cada dia mais respeitáveis, pela assimilação do dolo eventual à “simples culpa. O moderno legislador penal alemão propôs-se, com “muita felicidade, preecher a lacuna. O projeto de 1927 (§ 17) “assimilava à *intenção criminosa* o caso de quem, sem ter interesse “no evento lesivo, sem querê-lo, estava consciente dele e, por sua “conduta, consentiu em que ocorresse (*Einwilligungstheorie*). Mais “rigoroso é ainda o projeto nacional-socialista. Entende ele que, mesmo faltando a consciência, já a indiferença leviana, o fato de quem “se fia cegamente “em sua boa estrela” merece ser equiparado ao “dolo. O projeto substitui a noção da *Einwilligung* ou do *Einverständnis* pela fórmula *in den Kauf nehmen*.”

“virá. Uma tal atitude psíquica é tão grave que, do ponto de vista do novo Estado, em que a proteção da coletividade sobreleva a do indivíduo, deve ser reconhecida como espécie de dolo, isto é, da mais grave forma da culpabilidade. É o que fez a Comissão, que não exige o “consentimento”, declarando bastante o *estar consciente do risco*.”

Não é este o ponto de vista do Código. *Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir* previamente no resultado, no caso que venha este, realmente, a ocorrer. Pela leitura da *Exposição de motivos*, não padece dúvida que o Código adotou a *teoria do consentimento*. Diz o ministro CAMPOS: “Segundo o preceito do art. 15, n.º I, o dolo (que é a mais grave forma da culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (*effectus sceleris*), como quando assume o risco de produzi-lo. O *dolo eventual* é, assim, plenamente equiparado ao *dolo direto*. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo; ainda que sem *interesse* nele, o agente o ratifica *ex ante*, presta anuência ao seu advento.”³⁰ Este raciocínio remonta a BOHEMERO: “*Qui enim vult antecedens specificare, non potest nolle consequens si est praevisum ac cognitum... voluit necem specificare, etsi eventualiter voluerit... in eventum inde sequuntur consensisse.*”

10. Crimes qualificados pelo evento “morte”. Há certos crimes em que, seguindo-se o resultado “morte”, não compreendido no dolo do agente, dá-se uma “condição de maior punibilidade”. É o que acontece em relação ao *aborto provocado por terceiro* (art. 127, *in fine*), à *lesão corporal* (artigo

³⁰ Justíssima foi a crítica ao Projeto SÁ PEREIRA, que ultrapassara todos os limites toleráveis na conceituação do dolo eventual: “Responde por dolo aquele que tiver querido produzir a lesão ou criar o perigo de lesão causado com o seu ato, ou o que o praticar quando se devessem prever como necessárias ou prováveis as consequências que dele resultaram”. Dever prever não equivale a ter previsto, e sem previsão não é concebível o dolo.

129, § 3.º), ao abandono de incapazes (art. 133, § 2.º), à exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134, § 2.º), à omissão de socorro (art. 135, parág. único, *in fine*), à rixa (art. 137, parág. único), aos crimes sexuais violentos (arts. 223, parágrafo único, e 232), aos crimes contra a incolumidade pública (arts. 258, 263, 264, parág. único, e 285), à extorsão mediante seqüestro (art. 159, § 3.º). Em tais casos, como em geral nos chamados crimes *preterintencionais* (mais propriamente: *preterdolosos*) ou “qualificados pelo resultado” (nos quais o *majus delictum* ou resultado mais grave do que o visado pelo agente importa uma pena especialmente agravada),³¹ vigoram, do ponto de vista da causalidade, os mesmos princípios já anteriormente expostos. Para que o resultado *ultra intentionem aut voluntatem* seja fisicamente imputado ao agente, não basta que haja simples *sucessão* entre o seu advento e a ação ou omissão. Também aqui, não vale a fórmula *post hoc, ergo propter hoc*. É preciso que o *majus delictum* (evento mais grave não querido) *resulte* da ação ou omissão, devendo entender-se, também aqui, que o nexos causal se interrompe nos termos do parág. único do art. 11. Figure-se o seguinte caso: Tício, com uma bengala, fere levemente Mévio, e este, ao dirigir-se a uma farmácia próxima, para medicar-se, é atropelado e morto por um automóvel. Não é aplicável, em tal hipótese, o título de “lesão corporal seguida de morte” (art. 129, § 3.º), mas apenas o de lesão corporal leve (art. 129). Outro exemplo: Tício provoca aborto em sua mulher, e esta, em virtude de uma infecção conseqüente, é recolhida ao hospital, onde vem a morrer devido a grosseiro erro de técnica do médico encarregado da curetagem. A

³¹ É de causar estranheza a afirmativa de JORGE SEVERIANO (Comentários ao Código Penal Brasileiro, vol. I, pág. 219) de que o novo Código “não cogitou expressamente dos crimes preterintencionais”. O que ele devia dizer é que o Código não contém uma *norma geral* sobre a *preterintencionalidade*, que seria, aliás, inteiramente inútil, porque não se trata de forma especial de culpabilidade; mas todos os casos tradicionais de crime preterintencional estão particularmente previstos e apenados na *Parte Especial*.

morte da paciente, em tal caso, não *qualifica* o aborto. Ainda outro exemplo: *A*, com o fim de extorsão, seqüestra *B* numa cabana, que, algum tempo depois, sobrevindo uma tempestade, é atingida por um raio, sendo *B* fulminado. O crime é de *extorsão mediante seqüestro* na sua forma simples. Mais outro exemplo: *A* deixa de prestar assistência a *B*, que encontra, ferido e exânime, numa estrada, acontecendo que, em seguida, *B* é trucidado por inimigos. Não ocorre, na hipótese, a forma qualificada de *omissão de socorro* (art. 135, parág. único, *in fine*).

Averiguado, porém, o vínculo causal entre a ação ou omissão e o *majus delictum*, a que título responde por este o agente? A antiga doutrina falava em *dolo indireto* ou *dolo implícito*. FEUERBACH preferia que se dissesse "*culpa dolo determinata*" ("*durch Dolus bestimnte Culpa*"). A teoria do dolo indireto, isto é, de um dolo reconhecível no caso em que se previu um resultado menos grave do que o efetivamente ocorrido, sendo este *facilmente previsível*, caiu em descrédito. Não há falar-se em dolo onde não há efetiva previsão do resultado. Pressuposto que o *majus delictum* não é previsto, ou, se previsto, não é querido, nem mesmo eventualmente, segue-se que somente a título de culpa poderá ser imputado. É corrente dizer-se, entretanto, que, em face do direito positivo, nos crimes preterintencionais, a responsabilidade do agente pelo resultado mais grave independe da condição de culpabilidade, bastando o simples nexos de causalidade física. Trata-se, ao que se apregoa, de casos anômalos de responsabilidade meramente objetiva. Vem daí a acerba e justa crítica que, a propósito de tais crimes, é formulada ao direito penal moderno. Afirmam LÖFFLER que o tratamento jurídico-penal dos crimes em questão é um "baldão ignominioso de nossa época", e BELING denomina-o "um vestígio de barbaria". Identifica-se na espécie a sobrevivência do famigerado aforismo "*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*". É um resquício da época anterior a BOHEMERO e NETTELBLADT-GLAENTZER, isto é, do tempo em que GANDINUS podia afirmar, sem engulhos de

consciência: “*si aliquis commisit homicidium casu, aut dabat operam rei illicitae, aut non... Si vero dabat operam rei illicitae, sive adhibuit diligentiam sive non, semper ei imputatur.*” Cedendo à impugnação doutrinária, os códigos e projetos de código, na atualidade, entenderam de ressaltar expressamente o princípio de que *não há pena sem culpa* (“*nulla poena sine culpa*”, “*pas de peine sans culpabilité*”, “*nessuna pena senza colpevolezza*”, “*keine Strafe ohne Schuld*”).³² O Código norueguês (1902) dispõe (§ 43): “Quando a lei estabelece uma pena agravada para o caso em que o crime produza consequências involuntárias, a agravação somente se aplica se o agente podia ter calculado a possibilidade de tais consequências, ou não procurou evitá-las com os meios de que dispunha, desde que veio a conhecer o perigo.” No mesmo sentido, o Código dinamarquês (1930). O Código polonês assim preceitua (art. 15, § 2.º): “As consequências da ação que importam uma penalidade agravada não são tomadas em conta, senão quando o agente as previu ou devia prevê-las.” O Código suíço confina o princípio ao crime de lesões corporais: “*La peine sera la réclusion si la victime est morte des suites de la lésion et si le délinquant avait pu la prévoir*” (art. 122, n.º 2); “*Lorsque le délinquant aura causé un résultat grave qu’il n’avait pas voulu et qu’il n’avait pu prévoir, il sera puni pour la lésion qu’il avait voulu faire*” (art. 124). Já o Projeto austríaco de 1912 prescrevia (§ 7.º): “*Die erhöhten Strafen, die das Gesetz an den Eintritt bestimmter Folgen einer strafbaren Handlung knüpft, dürfen nur dann verhängt werden, wenn der Täter die Folgen fahrlässig herbeiführt*” (isto é, “as penas agravadas que a lei comina em razão de determinar nada consequência de um crime somente se aplicam se o agente produziu culposamente tal consequência”). O Projeto alemão da antiga *Strafrechtskommission*, repetindo o

³² Várias teorias têm sido excogitadas em amparo à responsabilidade objetiva, mas nenhuma delas conseguiu justificar a permanência desta no direito penal (veja-se V. CAVALLO, *La responsabilità obbiettiva nel diritto penale*).

Projeto de 1927, declara: "*Die an eine besondere Folge der Tat geknüpfte höhere Strafe trifft den Täter nur, wenn er die Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat.*" ("A pena "agravada em razão de especial resultado da ação só se impõe quando o agente, pelo menos culposamente, haja dado "causa a esse resultado.")

Na primeira fase da revisão do Projeto ALCÂNTARA MACHADO, COSTA E SILVA enviou à Comissão Revisora a seguinte nota: "Entendo que o futuro Código, para não incorrer na "pecha de atrasado, deve repelir toda responsabilidade sem "culpa (a *Erfolgshaftung* dos alemães). Assim o aconselha "uma sã política criminal." E terminava propondo a seguinte fórmula:

"Pelos resultados que agravam especialmente as penas "só responderá o agente que os houver causado pelo menos "culposamente."

A Comissão assentiu, a princípio, em introduzir no projeto substitutivo, como parágrafo ao antigo art. 12, um preceito assim redigido:

"Pelos resultados que agravam ou aumentam especialmente as penas não responde o agente quando derivados "de caso fortuito."

Era o categórico repúdio ao "*qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*". Na sua profusa crítica ao Substitutivo, ALCÂNTARA MACHADO impugnou o parágrafo: "Não se percebe" — dizia ele — "pelo menos à primeira vista, quais os resultados que agravam ou aumentam as penas." É claro que o dispositivo se referia à hipótese dos *crimes qualificados pelo resultado*, pois, de outro modo, não teria sentido; e assim o defendeu a Comissão: "O § 2.º do art. 12 do Substitutivo extirpa, uma vez por todas, o escalracho da *responsabilidade objetiva*. O brocardo *nulla poena sine culpa* deve "ser o princípio orientador de qualquer reforma, em matéria de legislação penal. Toda a vez que a superveniência "de um determinado *resultado* (não necessário à consumação do crime) é *condição de maior punibilidade* ou *agravante especial*, o aumento da pena não será aplicado, se

“tal resultado derivar de caso fortuito, ou não puder ser “imputado ao agente, pelo menos a título de culpa *stricto sensu*.” Na fase final de *mondagem* do Substitutivo, foi o parágrafo, entretanto, retirado, não figurando no projeto definitivo. Concordeu-se, no seio da Comissão, que se tratava de uma advertência supérflua. Não já porque deixara de ser repetida a vetusta fórmula do § 6.º do art. 27 do Código de 90, que só atribuía ao *casus* efeito excludente de pena quando o agente não estivesse incidindo *in re illicita*; não já porque se repelira a culpa *ex lege*, ou não já porque se adotara o princípio de que, salvo os casos expressos de punibilidade a título de culpa, ninguém responde pelo crime senão a título de dolo;³³ mas porque, segundo o próprio critério estatuído sobre a causalidade física, o resultado não pode ser imputado ao agente, quando produzido por causa sucessiva e independente. Em face do parág. único do art. 11, a intervenção do *caso fortuito*, rompendo o nexu causal inicial e incumbindo-se, sozinho, do resultado, impede, primacialmente, que este seja materialmente atribuído ao agente (ressalvada a imputação pelos fatos anteriores, se constituírem crime). Devido entender-se que tal norma é aplicável em qualquer caso (onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete distinguir), não havia necessidade de repeti-la na disciplina dos “crimes qualificados pelo resultado”. O agente responderá apenas pelo *antecedente doloso* ou pelo *minus delictum*, quando o evento mais grave (*excesso no fim*) tiver sido determinado por caso fortuito. Sem dúvida, o *exercitium rei illicitae* faz presumir a culpa pelo evento *praeter voluntatem*;

³³ Na *Exposição de motivos*, diz o ministro CAMPOS: “No tocante “à culpabilidade (ou elemento subjetivo do crime), o projeto não “conhece outras formas além do dolo e da culpa “*stricto sensu*”. Sem “o pressuposto do dolo ou da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena “será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá “presunção (entenda-se: presunção *absoluta* ou *juris et de jure*) de “culpa. Assim, na definição da culpa *stricto sensu*, é inteiramente “abolido o dogmatismo da “inobservância de alguma disposição regulamentar”, pois nem sempre é culposo o evento subsequente.”

mas trata-se de presunção *juris tantum*: a prova em contrário limitará a responsabilidade ao *crime-base*. Por outras palavras: a responsabilidade pelo *majus delictum* depende, como em relação a qualquer outro resultado antijurídico, da condição mínima de responsabilidade, isto é, da previsibilidade ou prevenibilidade desse resultado. Não só o dispositivo formulado pela Comissão Revisora era ocioso: também o era o de COSTA E SILVA. Em face do que se firmara sobre a culpabilidade, tal como ficou definitivamente consagrado no Código, era inegável que pelo resultado antijurídico não responde o agente senão quando este lhe haja dado causa pelo menos culposamente. Diga-se, com BATTAGLINI,³⁴ que, nos crimes qualificados pelo resultado, basta, para o efeito da responsabilidade pelo *majus delictum*, a culpa levíssima da lei aquília; mas não se fale, em caso algum, na interpretação do novo Código, em *responsabilidade objetiva*, ou *responsabilidade sem culpa*.

11. Homicídio "praeter voluntatem" e homicídio concausal. A distinção entre o homicídio doloso concausal e os crimes qualificados pelo evento "morte" está apenas em que, naquele, há a *voluntas ad necem* (direta ou eventual), enquanto nestes, não. Quer num, quer noutro caso, a atividade do agente é condição *sine qua non* do resultado letal, formando com os demais coeficientes causais uma unidade incindível. No homicídio doloso concausal, porém, o evento "morte" incide no campo da vontade do agente (este quis matar ou previu que mataria); de modo que não há razão para que se identifique, na espécie, uma variante *privilegiada* de homicídio doloso. Já no outro caso, o resultado letal apresenta-se alheio à intenção ou vontade do agente, embora este pudesse prevê-lo; de tal sorte que, se o antecedente intencional ou voluntário não constituísse crime (*crime-base*, *minus delictum*), o agente só teria de responder a título de homicídio culposo. Os crimes qualificados pelo resultado

³⁴ Ob. cit., pág. 151.

“morte” não são mais do que uma *unidade complexa* entre o crime-base e homicídio culposo. É verdade que a essa unidade complexa é cominada pena superior à soma das penas cominadas, respectivamente, ao crime-base e ao homicídio culposo; mas isto se explica: merece maior punição, do ponto de vista ético-jurídico, aquele que, ao dar causa, culposamente, a um homicídio, já se encontrava no *exercitium rei illicitae*.

12. Meios executivos do homicídio. O homicídio pode ser causado tanto por *ação* (disparo de tiro, punhalada, propinação de veneno, estrangulamento, inoculação de micróbios de um *morbus* letal, etc.), como por *omissão* (privar de alimentos, negar possível salvamento a um periclitante, etc.). O Código, como se vê do art. 11, não distingue, em matéria de causalidade, entre ação e omissão. A eficácia causal da omissão, no entanto, tem sido objeto de infundáveis controvérsias. Tem-se procurado demonstrar que a omissão é *me-cânicamente* causal, — o que vale pela tentativa de provar o esferoidismo de um espeto. O problema só admite solução quando se considera que *causa* não é apenas um conceito *naturalístico*, senão também um conceito *lógico*. Do ponto de vista lógico, é *condição* de um resultado a não interferência de forças que podem impedir o seu advento. Quem deixa de impedir um evento, *podendo* fazê-lo, é *condição* dele, tanto quanto as *condições* colaterais que tendiam para a sua produção. Tendo adotado a *teoria da equivalência*, que não distingue entre *causa* e *condição*, o Código não podia deixar de reconhecer a identidade causal entre a ação e a omissão. Não conservou ele, entretanto, um dispositivo que o Projeto ALCÂNTARA MACHADO fora buscar ao Código italiano (e já reproduzido no Código uruguaio). “Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar, equivale a causá-lo” (ulteriormente, o dispositivo foi assim modificado: “Faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo.”).³⁵

³⁵ Já o projeto alemão de 1913 (§ 14) dispunha: “Pela produção de um resultado por omissão só é punível quem era juridicamen-

Fez bem a Comissão Revisora em riscar o dispositivo. Uma vez que se reconhece, do ponto de vista lógico (como já fazia o Projeto ALCÂNTARA), que a omissão é *causal*, redundante numa incoerência declarar-se, em seguida, que a omissão *equivale à causa*. E inteiramente ocioso é dizer-se que a omissão só tem relevância penal, como causa, quando represente o descumprimento de um dever jurídico. Ora, também a ação só tem sentido penal quando é contrária ao dever jurídico. O evento lesivo resultante de uma omissão *lícita* não constitui crime: é *objetivamente lícito*.

Quando existe o *dever jurídico* de impedir o evento? Pode ele resultar: a) de um mandamento, expresso ou tácito, da ordem jurídica; b) de uma relação contratual; c) de uma situação de perigo, que se tenha precedentemente criado, ainda que sem culpa.

Assim, a omissão é *meio executivo* de homicídio (que será doloso ou culposo, segundo a omissão for dolosa ou culposa) nos seguintes casos, figurados para exemplos: a mãe deixa de amamentar o filho, vindo este a morrer de inanição; o enfermeiro, ajustado para cuidar de um doente, deixa que este morra, omitindo o tratamento prescrito; o cirurgião não retira uma pinça que, ao fazer uma laparotomia, esqueceu no abdômen do paciente, que, em consequência, vem a morrer; um indivíduo, tendo retido outro em cárcere privado, deixa-o morrer por falta de alimento; um hábil nadador convida alguém a acompanhá-lo em longo nado, e, a certa altura, percebendo que o companheiro perde as forças, não o acode, deixando-o perecer afogado. Os meios executivos do homicídio podem ser também: *diretos* (isto é, aqueles em que o instrumento ofensivo é manejado pelo próprio agente no momento físico da ação) ou *indiretos* (homicídio por

te obrigado a evitar, mediante ação, o advento do resultado." ("Wegen Herbeiführung eines Erfolgs durch Unterlassung ist nur strafbar, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern."). Tal dispositivo foi reproduzido nos projetos de 1919, 1925 e 1927; mas a Comissão do Reichstag o cancelou.

intermédio de um irresponsável ou de um animal); *físicos* (mecânicos, químicos, patogênicos) ou *morais*. Não padece dúvida a praticabilidade do homicídio por *meios morais*, embora difícil, senão muitas vezes impossível, a prova da causalidade. Numa de suas novelas, MONTEIRO LOBATO nos diz de um indivíduo que ocasionou intencionalmente a morte de outro, de temperamento apoplético, provocando-lhe, com uma anedota habilmente contada, após lauto repasto e farta vinhaça, um acesso de hilaridade. O fato é perfeitamente possível na realidade.

Também de susto, de medo ou de dor moral se pode fazer morrer um homem, notadamente se predisposto ao chamado *trauma psíquico*. Eis a lição de BORRI-CEVIDALLI (*Trattato di Medicina Legale*, vol. II, pág. 1.006): “Um choque “moral, uma brusca impressão pode ser causa de distúrbios “mórbidos transitórios ou permanentes e, eventualmente, “de morte; mas a experiência demonstra que, mais do que “os estados de júbilo ou impressões de alegria, têm eficácia “patogênica os estados depressivos de dor e de angústia, as “violentas impressões de medo e de terror. Raras vezes se “adoece ou se morre por uma alegria ainda que violenta, “mas não é difícil adoecer e não é excepcional morrer sob a “ação de uma dor profunda ou de um grande susto. A ação “emotiva, qualquer que seja, pode agir sozinha, mas, na “maioria dos casos, opera aliadamente a condições preexistentes, que lhe agravam a repercussão sobre as funções “vitais.”

13. Prova da materialidade do homicídio. O homicídio é, tipicamente, um *crime material*: é inconcebível sem que se verifique o evento *morte de um homem*. Como em geral nos crimes que deixam vestígios, é base essencial da acusação, na espécie, o *exame de corpo de delito*, isto é, a constatação da *materialidade* do crime. Nem mesmo a confissão do acusado, sem outro elemento de convicção, supre a falta do *corpus delicti*, pois o confitente pode ter-se equivocado ou ser um mórbido auto-acusador, ou ter sido coagido a declarar-se

autor do crime. * O exame de corpo de delito pode ser *direto* (mediante a inspeção ocular e autópsia do cadáver, para averiguação da *causa mortis*, meios que a produziram, etc.) ou *indireto* (por meio de testemunhas, quando os vestígios do crime não possam ser *pericialmente* verificados). Será possível o êxito de um processo penal por crime de homicídio sem que apareça o cadáver da vítima? Dizia CARRARA: "Não se pode afirmar que existe crime de homicídio, enquanto não esteja averiguado que um homem tenha sido morto por obra de outro. E não se pode dizer que um homem haja morrido, enquanto não se encontra o seu cadáver ou, pelo menos, os restos deste, devidamente reconhecidos." Tal critério é demasiadamente rigoroso, e poderia, na sua irrestrição, conduzir à impunidade de manifestos autores de homicídio. Haja vista o caso citado por IRURETA GOYENA: ³⁶ dois indivíduos, dentro de uma barca no rio Uruguai, foram vistos a lutar renhidamente, tendo sido um deles atirado pelo outro à correnteza, para não mais aparecer. Foram baldadas as pesquisas para o encontro do cadáver. Ora, se, não obstante a falta do cadáver, as circunstâncias eram de molde a excluir outra hipótese que não fosse a da morte da vítima, seria intolerável deixar-se de reconhecer, em tal caso, o crime de homicídio. Faltava a *certeza física*, mas havia a absoluta *certeza moral* da existência do homicídio. Conforme justamente observa GOYENA, não se deve confundir o "corpo de delito" com o "corpo da vítima", e para a comprovação do primeiro basta a certeza moral sobre a ocorrência do evento constitutivo do crime. Somente enquanto seja possível formular-se dúvida, ainda que mínima,

* Por se haver desatendido a isso, com violação, aliás, do artigo 158 do Código de Processo Penal, é que ocorreu o famoso erro judiciário de Araguari, de que resultou a condenação dos irmãos Naves pelo suposto homicídio de Benedito Pereira Caetano, que, anos depois, retornava, vivo e são, da Bolívia, para onde se mudara, levando dinheiro subtraído a seus pais. A *confissão* dos acusados havia sido extorquida pela violência de um delegado militar.

³⁶ Ob. cit., pág. 18.

em torno à morte da desaparecida vítima de uma violência, é que se deve afastar a possibilidade de imputação do homicídio. Eloquentemente advertência em tal sentido foi um *film* intitulado *Fúria*, exibido, há alguns anos, nos cinemas brasileiros. O seu episódio central era um *crime de multidão* contra um indivíduo suspeito de *kidnapping* e que fora recolhido a uma cadeia pública. Os sediciosos atearam fogo à cadeia, que ficou reduzida a escombros. Entre estes não foi encontrado o cadáver do prisioneiro, mas apenas um anel reconhecido como de seu uso. Deduziu-se, então, que o corpo do desgraçado fora totalmente consumido pelo fogo e, embora não estivesse excluída a hipótese de ter o prisioneiro conseguido salvar-se, fugindo, sem ser visto, por uma brecha que se abrira na parede de sua cela, os incendiários foram processados, e estavam a pique de ser condenados, quando, em plena sala de julgamento, surgiu a pseudovítima: a hipótese de sua fuga e salvamento, até então rejeitada, era a única verdadeira.

Se o fugitivo não tivesse voltado, movido por um impulso de generosidade, os sediciosos teriam sido injustamente condenados por homicídio consumado. Desde que seja formulável uma hipótese de inexistência do evento “morte”, não é admissível uma condenação a título de homicídio. A *verossimilhança*, por maior que seja, não é jamais a *verdade* ou a *certeza*, e somente esta autoriza uma sentença condenatória. Condenar um *possível* delinqüente é condenar um *possível* inocente.

14. **Tentativa de homicídio.** Como todo *crime material*, o homicídio admite *tentativa*. Particularizado o disposto no art. 12, n.º II, do Código, o homicídio se diz *tentado* quando, iniciada a *execução* (isto é, o ataque ao bem jurídico “vida”), não se verifica o evento “morte”, por circunstâncias alheias à vontade do agente. Na conformidade da doutrina sobre os *graus de realização* do crime em geral, não há distinguir, no tocante ao elemento subjetivo, entre

homicídio consumado e homicídio tentado: quer num, quer noutro caso, o dolo distintivo é a *voluntas ad necem*. A diferença somente existe *a parte objecti*: no homicídio consumado, uma vida humana é eliminada; no homicídio tentado, uma vida humana apenas corre o perigo de ser eliminada. A tentativa de homicídio é o inverso do homicídio preterintencional ou *ultra voluntatem* (art. 121, § 3.º): neste, não há o *animus occidendi*, mas verifica-se o evento “morte”; naquela, há o *animus occidendi*, mas o evento “morte” não se verifica.

Ao definir o crime tentado ³⁷ em geral, o novo Código permaneceu fiel ao critério tradicional, exigindo, como requisito imprescindível, o *começo de execução*, isto é, não admite que se estenda o conceito da tentativa aos atos simplesmente *preparatórios*. Nem podia ser de outro modo, desde que consagrada a noção realística do crime: não há crime quando não se apresenta, pelo menos, um perigo de dano, a possibilidade de lesão de um bem jurídico penalmente tutelado. Enquanto não atinge esse *minimum* de atuação objetiva, a vontade criminosa, do ponto de vista penal, é um *nada jurídico*. Vá que seja resgatada com abluções de água benta, em penitência de confessorário; mas não provoca a repressão penal, o exercício do *jus puniendi* por parte do Estado. *Cogitationis poenam nemo patitur*. Este princípio continua vigorante na consciência jurídica universal, e não há de ser a dialética dos *subjektivistas* ortodoxos, que o fará repudiar pelo direito penal, ainda que destocado este dos exageros individualistas. Já se censurou o atual Código pelo seu apego, na conceituação da tentativa, ao critério objetivo. ³⁸ O requisito do “começo de execução”, diz-se, é uma velharia, um resíduo bolorento de FEUERBACH. Não se faz mister, para reconhecer a tentativa punível, que haja uma ameaça concreta à incolumidade de um bem jurídico penalmente tutelado:

³⁷ A tentativa de crime é um crime em si mesma, um *subtipo* do crime a que é relacionada.

³⁸ SARDINHA, ob. cit., pág. 114.

basta que a *voluntas sceleris* se exteriorize na *actio*, nada importando que esta seja tão inócua como uma punhada no vácuo. Pretende-se, então, que ao invés da noção fixada pelo Código, devia ter sido preferida a seguinte: “Tentativa é a manifestação, por atos inequívocos, da intenção de cometer um crime, que não se consuma, por circunstâncias independentes da vontade do agente.” Ora, aí está: não se considera a tentativa como uma ação informada pela *voluntas sceleris*, mas como uma *voluntas sceleris* revelada por uma ação. É assim como quem, tendo de definir a papoula, ao invés de dizer que é uma flor de cor vermelha, dissesse que é a cor vermelha numa flor. Recuando da absurda ilação de que a tentativa punível pode ser reconhecida até mesmo quando alguém confesse ter tido *in mente* o propósito de cometer um crime, a teoria subjetiva exige que a *cogitatio* se revele por atos inequívocos, sejam estes *executivos* ou *preparatórios*. Figuremos o seguinte caso: Tício, tendo recebido uma bofetada de Caio, corre a um armeiro, adquire um revólver, carrega-o com seis balas e volta, ato seguido, à procura do seu adversário, que, entretanto, por cautela ou casualmente, já não se acha no local da contenda; Tício, porém, não desistindo de encontrar Caio, vai postar-se, dissimulado atrás de uma moita, junto ao caminho onde ele habitualmente passa, e ali espera em vão pelo seu inimigo, que tomou rumo inteiramente diverso. Não se pode conceber uma série de atos mais inequivocamente reveladores da intenção de matar, embora todos eles sejam meramente *preparatórios*. Segundo o critério subjetivista, Tício teria de responder por tentativa de homicídio. Mas, pergunta-se: teria ele realmente disparado o seu revólver contra Caio, se o tivesse encontrado? Teria ele vencido, efetivamente, a distância que existe entre a concepção de um plano e a sua execução? Não teria ele, à vista de Caio, desistido de sacrificar ao seu ódio uma vida humana? Não teria triunfado nele, no derradeiro momento, a força de inibição que anula a *spinta* criminosa?

O critério da *inequivocidade dos atos*, por si só, é precaríssimo: faz de um *projeto* uma *realidade*, de uma *sombra* um *corpo sólido*. Revelar a intenção de matar não é o mesmo que estar tentando matar. Só se pode falar em crime tentado quando haja um efetivo *ataque* a um bem jurídico sob a tutela penal. Só então se inicia a violação da lei penal. Não basta a intenção inequívoca: é preciso que se apresente uma situação de *hostilidade* imediata ou direta ao bem jurídico.

A *antiquilha* de FEUERBACH há de persistir no direito penal, enquanto este não reconhecer crimes de mera intenção.³⁹ Pode deixar-se de aludir, no texto legal, ao *começo de execução*; mas este voltará a impor-se, irresistivelmente, como critério de interpretação (como está acontecendo em relação ao atual Código italiano), pois, dentro do conceito realístico do crime, é o único viável.

Afirma-se que os atos executivos e os atos preparatórios são, às vezes, *fronteiriços*, e ainda não se achou um método infalível para distinguir-se entre uns e outros. Reconheça-se que, de fato, não se pode formular, na espécie, uma impecável teoria de *mecânica jurídica*; mas pode ser fixado um critério de orientação relativamente satisfatório. Não vamos, aqui, enlear-nos no “aranhol” das múltiplas teorias que, a propósito, têm sido aventadas, desde a *cronologica* de MENOCCHIUS até a *formal-típica* dos modernos autores alemães. Pelo que já acima ficou dito, o critério distintivo mais aconselhável é o seguinte: ato *executivo* (ou de tentativa) é o que *ataca* o bem jurídico; ato *preparatório* é o que possibilita, mas não é ainda, do ponto de vista objetivo, o *ataque* ao bem jurídico.⁴⁰ Assim, tendo-se em vista o homicídio,

³⁹ Como disse FERRI (*Relazione* ao seu Projeto de 1921), “a teoria subjetiva espiritualiza unilateralmente a Justiça penal, atribuindo valor tirânico à mera intenção do delinquente e destacando-o de sua atividade exterior”.

⁴⁰ Conf. M. E. MAYER (ob. cit., pág. 352): “*Ausführungshandlungen sind diejenigen, die das Rechtsgut angreifen; die erste Angriffshandlung ist der Anfang der Ausführung. Vorbereitungshandlungen enthalten keinen Angriff, lassen also den befriedeten Zus-*

serão atos preparatórios: a aquisição da arma ou do veneno, a procura do local propício, o ajuste de auxiliares, o encalço do adversário, a emboscada, o fazer pontaria com a arma de fogo, o sacar o punhal; serão atos executivos: o disparo do tiro, o deitar o veneno no alimento destinado à vítima iludida, o brandir o punhal para atingir o adversário. Nos casos de irredutível dúvida sobre se o ato constitui um ataque ou apenas uma predisposição para o ataque, o juiz terá de pronunciar o *non liquet*, negando a tentativa.

15. **Tentativa inadequada ou crime impossível.** Na solução do problema da *tentativa inadequada* ou *crime impossível*, também o novo Código não alterou o direito anterior, e continuou na boa companhia de FEUERBACH. O seu art. 14 é, no fundo, uma reprodução do parág. único do art. 14 do Código de 90: a punibilidade da tentativa é excluída quando, por ineficácia absoluta do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto, era impossível a consumação do crime. Esta solução é igualmente imposta como um corolário do conceito realístico do crime.⁴¹ Na tentativa com meio absolutamente inidôneo, falha uma das condições essenciais à existência de um crime, isto é, a ocorrência, pelo menos, de um real perigo de dano. Na tentativa sobre objeto absolutamente impróprio, a atipicidade penal

⁴¹ A esta consideração não atende SOARES DE MELO (ob. cit., página 178), quando propõe seja a tentativa inadequada punida como *delictum sui generis*: “O delito impossível nas condições em que é perpetrado, quer pela falta do objeto, quer pela inidoneidade do meio, não pode de forma alguma alcançar o resultado visado. É diferente, portanto, da tentativa e do delito falho. Assim, deve ser punido com penas menores que as cominadas para aquelas duas figuras delituosas. Deve ser tratado como *delictum sui generis*.”

tand des Rechtsgutes unverändert” (isto é, “Atos executivos são os que atacam o bem jurídico; o primeiro ato de agressão é o começo da execução. Atos preparatórios não encerram ataque algum, deixando imperturbado o estado de paz do bem jurídico”).

é ainda mais evidente: inexistente o bem jurídico que o agente supõe atacar.

Dá-se a ineficácia absoluta do meio quando este, por sua própria essência ou natureza, é incapaz de produzir o evento a que está subordinada a consumação do crime. Exemplo: Tício, tendo resolvido eliminar Caio, ministra-lhe erroneamente bicarbonato de sódio ao invés da dose de estricnina que adquirira para esse fim. Dá-se a absoluta impropriedade do objeto quando este, por sua condição ou situação, torna impossível a produção do evento típico do crime. Exemplos: Tício, supondo seu inimigo a dormir, quando na realidade está morto, desfecha-lhe punhaladas; Mévio, na penumbra da alcova, desfecha tiros sobre o leito em que supõe achar-se deitado o seu inimigo, quando o certo é que este ainda não se recolhera à casa.

A decisão consagrada pelo Código é a da chamada *teoria objetiva atenuada*, que, ao contrário da *teoria objetiva pura*, reconhece tentativa punível no caso de *relativa* inidoneidade do meio empregado ou do objeto visado. Dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização. Exemplo: um indivíduo visa ao seu adversário com um revólver e dá ao gatilho, mas a arma *nega fogo*. Ocorre a inidoneidade relativa do objeto: a) quando uma condição acidental do próprio objeto *neutraliza* a eficiência do meio empregado no ataque; b) quando, presente o objeto no início da ação se ausenta no curso desta. Exemplos: Tício desfecha um tiro contra Mévio, mas o projétil é interceptado por uma cigarreira metálica que a vítima traz consigo; Caio, penetrando à noite no quarto de Semprônio, a quem tenciona matar, dispara um tiro sobre a cama em que o supõe deitado, mas que ele, na realidade, tendo percebido o ataque, abandonara momento antes.

Em tais casos, não há porque excluir a tentativa punível: o bem jurídico correu sério perigo, não se consumando o crime por circunstância alheia à vontade do agente,

isto é, o desarranjo accidental da arma, a interferência casual de uma força neutralizadora ou a ausência *sucessiva* do objeto. ⁴²

⁴² Os penalistas fizeram do problema da tentativa inadequada um quase inextricável “cipoal” de *teorias*. Não há, talvez em direito penal, assunto mais controvertido. Tem-se procurado em vão uma teoria capaz de resolver todos os casos imagináveis. Os subjetivistas comprazem-se em excogitar os exemplos mais desconcertantes, para demonstrar a inexactidão do critério da inidoneidade *absoluta* de meios: açúcar propinado ao diabético, sal de cozinha ministrado a quem antes ingerira calomelano, a “oração da morte” (a sovada *Todbeten* dos autores alemães) rezada *contra* um indivíduo supersticioso e cardíaco... Como se a *intenção de matar*, só aferível através de fatos, pudesse ser praticamente comprovada em tais casos *exóticos*, quando falha o *eventus damni*... No direito positivo e na doutrina, porém, continua dominante a teoria objetiva atenuada. Entre nós, um adversário dela (SARDINHA, ob. cit., pág. 116) afirma que, para salvaguarda do interesse da defesa social, o novo Código devia tê-la repudiado, seguindo o exemplo do atual Código Penal italiano, entre outros. O ardoroso crítico leu o art. 58 do Código Rocco, mas não se apercebeu do art. 49. O que aconteceu foi o seguinte: O Código italiano entendeu que a chamada *tentativa inadequada* nada tinha a ver com a tentativa propriamente dita, e disciplinou-a como *crime impossível*, assim dispondo: “A punibilidade é também excluída quando, pela inidoneidade da ação ou pela inexistência do seu objeto, é impossível o evento lesivo ou perigoso.” Interpretado literalmente, o Código italiano teria recuado aquém de FEUERBACH, excluindo a punibilidade sempre que a ação for inidônea (sem distinguir entre inidoneidade absoluta e relativa)... Positivamente, não é o Código brasileiro que descuida do interesse da defesa social.

Quando foi da discussão do Projeto SÁ PEREIRA-MORAIS-BULHÕES no seio da Conferência de Criminologia, reunida no Rio, em 1936, GALDINO SIQUEIRA propôs que se adotasse a seguinte fórmula, que ele, ainda recentemente, defendeu no seu opúsculo *Código Penal Brasileiro*: “A tentativa por meio inidôneo ou contra objeto impróprio será punível, quando as circunstâncias conhecidas pelo agente no momento da ação não excluíam a possibilidade da consumação do crime.” Era a mesma fórmula que, imitada de VON LISZT, já GALDINO introduzira no seu Projeto de 1913. Segundo a lição de VON LISZT, a tentativa inadequada deve ser punida quando, em face das circunstâncias conhecidas do agente e apreciadas *ex ante*, do

Conforme acentua a *Exposição de motivos*, o Código fez uma concessão à *teoria sintomática* (formulada pela Escola Positiva), que, sobrepondo a *periculosidade subjetiva* à real periclitacão do bem jurídico, entende que a tentativa, ainda que com meios inidôneos ou sobre objeto inexistente, deve ser punida, desde que revele a periculosidade do agente. Embora tivesse condicionado a aplicação da *medida de segurança*, do mesmo modo que a da pena, à prática de fato previsto como crime, permite o Código, por exceção, no caso da tentativa inadequada ou crime impossível, quando reconhecida a periculosidade do agente, seja este submetido a *liberdade vigiada* (arts. 76, parág. único, e 94, n.º III). Foi uma solução acertada. O critério *sintomático* não pode ter senão uma importância secundária ou complementar. A periculosidade subjetiva é um critério informativo ou justificativo da *medida de segurança* e não da *pena*, e por si mesmo não pode constituir crime: é imprescindível à existência deste uma situação de fato que concretize, pelo menos, um efetivo perigo de lesão a um bem jurídico protegido pela lei penal, pois, de outro modo, a justiça penal passaria a exercer-se no terreno do mais puro arbítrio.

16. *Tentativa e "impetus"*. Uma velhíssima doutrina declara a tentativa de homicídio incompatível com o *impetus*. Os argumentos de CARRARA e HAUS, entre outros, são, em tal sentido, bem conhecidos. Na violência praticada num acesso de ira, a intenção do agente, diz CARRARA, ⁴³ é duvi-

⁴³ *Programma*, p. g., I, n.º 368.

ponto de vista do homem normal, não estava inteiramente fora de dúvida a possibilidade do resultado. Esta fórmula, em nossa modesta opinião, não resolve coisa alguma. É claro que o agente, se se trata de um homem normal, sempre age na persuasão errônea da possibilidade do resultado. Se não fora tal erro, isto é, se tivesse conhecido, por qualquer circunstância, a impossibilidade do evento, não teria empreendido a ação, pois, de outro modo, não seria um homem normal, mas um insensato.

dosa: queria ele matar ou simplesmente ferir? Não se pode deduzir o *animus necandi* da natureza dos meios empregados, a não ser que estes tenham por consequência *necessária* ou *quase necessária* o evento “morte”. Dizer-se que o agente tinha a *intenção de matar* porque a arma empregada *podia matar* é um raciocínio falso: a) porque, inferindo dos meios o fim querido, supõe um cálculo em quem não age por cálculo, mas por subitânea comoção; b) porque abstrai um dado da experiência comum, qual seja o de que o homem encolerizado se serve do primeiro instrumento que encontra à mão, sem refletir se o seu efeito é ou não mortífero; c) porque esquece a verdade estatística, segundo a qual o uso de armas, sejam estas de corte ou de fogo, tem como resultado mais freqüente, ao invés do *homicídio*, as lesões corporais.

Vejamos, agora, como disserta HAUSS: ⁴⁴ “Algumas vezes, “notadamente quando se trata de violência contra a pessoa, “a intenção criminosa é indeterminada (*dolus indeterminatus*)... O agente não tem especialmente por fim ocasionar a morte ou produzir ferimentos (graves ou leves): “quer realizar, a qualquer preço, seu desígnio de fazer mal “a outrem, sejam quais forem as consequências do seu ato “de violência... O fato cometido com a intenção indeterminada de fazer mal não pode jamais constituir tentativa. “Deve ter-se em vista unicamente o resultado produzido, e “punir tal resultado como doloso, qualquer que ele seja. “*Dolus indeterminatus determinatur eventu.*”

É manifesto o superficialismo dessa argumentação, que parte de uma premissa errônea, qual seja a existência de um *dolo indeterminado* ou de um *dolus generalis*. A *intenção indeterminada de fazer mal* (a genérica *intention de nuire*, da doutrina francesa) é uma pura fantasia e um absurdo lógico. Por mais súbita que seja a resolução criminosa, não falta ao agente um fim determinado. O estado emocional, por mais agudo, não realiza o contra-senso de uma vontade agindo sem escopo definido. E não deixa de ser *determinado*

⁴⁴ *Droit Pénal belge*, I, ns. 432 e 433.

o dolo quando ao espírito do agente se representam dois resultados diversos e ele empreende a ação querendo qualquer deles, indiferentemente. Quem age para *matar* ou *ferir* tem dois fins *determinados*, embora de modo alternativo ou sabendo que um exclui o outro. O aforismo *dolus indeterminatus determinatur ab eventu* não passa de um critério prático de *transação*, que, muitas vezes, só serve ao demasiado aqodamento ou aberrante benevolência dos juízes.⁴⁵ Não se deve levar para a doutrina do dolo e da tentativa o que apenas representa a solução de uma dificuldade prática no terreno da prova. A tentativa pode existir tanto nos crimes de ímpeto, quanto nos crimes refletidos. É tudo uma questão de prova, posto que a indagação do *animus necandi* não pode deixar de ser feita *ab externo*, diante das circunstâncias objetivas. A maior dificuldade de tal prova nos crimes de ímpeto nada tem a ver com a possibilidade conceitual da tentativa. Já a *Relazione* sobre o Projeto penal italiano de 1887 fixava nitidamente a solução acertada: "Nos crimes de "ímpeto, se é certo que as paixões, invadindo o ânimo, lhe "precipitam as determinações, isto não impede necessariamente a possibilidade da tentativa; nem a dificuldade da "prova no aferir-se da intenção dirigida à execução de um "dado malefício é boa razão para desarmar a lei e tornar "deficiente a tutela jurídica. A lei penal não pode ocupar-se de uma ou outra dessas contingências de fato, mas "apenas estabelecer em que consiste o elemento intencional "da tentativa, salvo ao juiz, em seguida, o dever de avaliar "com prudência o complexo das circunstâncias do fato, para decidir, por exemplo, se o criminoso, que feriu alguém "num assomo de cólera, tencionava matar."

Se se verifica, em face das circunstâncias, que, não obstante a instantaneidade da resolução, o agente, empregando os meios que empregou, teve consciência de que, com

⁴⁵ Como diz MAGGIORE (ob. cit., pág. 238), a regra *dolus indeterminatus determinatur ab eventu* não tem valor científico: é um critério probatório empírico.

o seu ato, podia ocasionar a morte da pessoa visada, não há outra solução lógica, na hipótese de não superveniência de tal resultado, senão a de imputar-lhe o fato a título de tentativa de homicídio.

17. **Tentativa e dolo eventual.** Do mesmo modo que é conciliável com o *dolo de ímpeto*, a tentativa de homicídio também o é com o *dolo eventual*. Este ponto de vista é inquestionável em face do novo Código, que equiparou o dolo eventual ao dolo direto. Se o agente *aquiesce* no advento do resultado “morte”, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição (veja-se n.º 9): logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por homicídio tentado. É verdade que, na prática, é difícilimo identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta *incruenta* ou totalmente *improficua*. Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa.

18. **Homicídio e erro essencial.** O homicídio doloso é excluído, se intervém erro sobre o *fato que o constitui* (artigo 17, princ., do Código), como no caso, sempre citado, do professor de anatomia que golpeia mortalmente um corpo humano ainda vivo, supondo golpear um cadáver. É também excluída a *species* dolosa do homicídio quando o agente, “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima” (art. 17, *in fine*). O novo Código, neste particular, aceitou o ponto de vista que sempre defendemos: reconhece na espécie uma *causa excludente de culpabilidade* (salvo a responsabilidade a título de culpa *stricto sensu*, se o erro é inescusável) e não uma *causa excludente de crime* ou da *injuricidade objetiva do fato*.⁴⁶ O caso mais freqüente é o

⁴⁶ Veja-se nossa *Legítima defesa putativa*, ed. Jacinto, 1936.

O vigente Código rejeitou o critério artificioso do atual Código italiano, que equipara as *discriminantes putativas* às *discriminantes*

do indivíduo que, por errônea percepção da realidade, supõe que se acha em legítima defesa e pratica o ato de violência. É a chamada *legítima defesa putativa*, sobre a qual já assim dissertamos: "O erro que importa a imunidade penal da ação praticada em legítima defesa putativa é tão-somente o que versa sobre os pressupostos objetivos da legítima defesa. Trata-se de uma aberrante percepção da realidade, que induz o agente a supor que a sua ação incide nesse caso de excepcional exclusão de injuricidade. Se o agente erra, não sobre as condições de fato, *in concreto*, da legítima defesa, mas acerca da respectiva noção jurídica ou legal, como, por exemplo, se supõe que seja legítima a reação ainda contra uma agressão finda ou futura, seu erro é irrelevante, porque é um erro de direito, e *error juris nocet*. No reconhecimento da legítima defesa putativa, o que importa averiguar é se o agente, em razão do erro de representação das circunstâncias, teve a *certeza* (fundada convicção) de que agia na situação de fato a que a lei subordina a excepcional licitude da ação, a título de legítima defesa. Evidentemente, não é de confundir-se a legítima defesa putativa com o chamado *pretexto de legítima defesa*, em que o indivíduo age na plena consciência

autênticas. Este critério, sobre ser inaceitável do ponto de vista técnico-jurídico, levaria, em face da nossa legislação sobre o dano *ex delicto*, às mais graves injustiças. Dispõe o Código Civil, art. 1.540: "As disposições precedentes (sobre reparação do dano no caso de homicídio e lesões corporais) se aplicam ainda no caso em que a morte, ou lesão, resulte do ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão do ofendido." A lei n.º 387, de 27 de janeiro de 1937 (sobre o amparo das famílias dos funcionários vitimados no cumprimento do dever) estatui, no seu art. 2.º: "A pensão a que se refere o art. 1.º desta lei será paga depois do julgamento final do autor do crime e somente quando do não for o mesmo absolvido pelo reconhecimento da justificativa da legítima defesa." Ora, equiparada a legítima defesa putativa à legítima defesa autêntica, isto é, identificada a reação contra uma agressão imaginária à reação contra uma agressão real, estaria frustrado o direito assegurado pelos dispositivos acima citados.

de que, com a sua conduta violenta, não se acha em estado de legítima defesa (ex.: A, amante da mulher de B, faz, muito de indústria, com que este surpreenda o adultério, e, quando vai ele a investir, armado de punhal, contra o par criminoso, abate-o com um tiro de revólver). E ainda mesmo que o agente proceda na *dúvida* sobre a identidade entre a sua ação e a ação autorizada *in abstracto* pela lei, apresenta-se, também em tal caso, um crime doloso, pois que, como dizem os italianos, *chi arrischia vuole*. O que exclui o dolo é tão-somente a *certeza subjetiva* de que se não age *contra jus*. A legítima defesa putativa supõe que o agente atuou na *sincera e íntima convicção* da *necessidade* de debelar uma agressão atual (ou iminente) e injusta. Cumpre, entretanto, examinar se o erro era ou não vencível, ou, o que vale o mesmo, se ao agente faltou ou não, nas circunstâncias dadas, a *possibilidade* de consciência da injuricidade da ação: no primeiro caso, não há crime doloso ou culposos, mas o *casus*, uma *infelicitas fati*, um evento indiferente ao direito penal; no segundo, resta um crime culposos. Como aferir-se, porém, na prática, da natureza do erro? Um critério único deve ser prefixado: é de presumir-se, *usque dum probetur contrarium*, que o erro obstou, invencivelmente, à possibilidade de conhecimento da injuricidade da ação, quando se verifica que à errônea impressão do agente, nas mesmas circunstâncias em que este se encontrou, não teria escapado uma pessoa de atenção e calma comuns. O *ponto de referência* é exclusivamente o *homem normal*,⁴⁷ o tipo comum de sensibilidade psico-ética, o *bonus paterfa-*

⁴⁷ O *homem normal* deve ser entendido sob um ponto de vista estatístico, isto é, tendo-se em atenção *id quod plerumque accidit*. Não interessa ao nosso tema saber se há um homem *rigorosamente normal*, segundo um tipo ideal psicológico; mas, apenas, que há um *homem normal* como símbolo e medida de diligência ordinária. Segundo DI TULLIO, “o homem normal é aquele que consegue atingir e “adquirir, pela influência da educação e do ambiente, uma suficiente “capacidade de prever, de avaliar e de inibir-se, de modo a poder “facilmente adaptar-se às exigências complexas da vida social e, pelo “menos, às restrições da moral codificada”.

mílias do direito romano, o *homo medius* de QUETELET, o *abstrakt Mustermann* de von BURI. É o *homo typicus* que se deve ter em vista, e não o próprio agente, em função de si mesmo, apreciado na sua conduta habitual, segundo o seu temperamento mais ou menos emotivo, sua maior ou menor coragem pessoal, seu maior ou menor poder de atenção, sua maior ou menor impressionabilidade ou reatividade. Ainda mesmo que advenha de uma excitação ou perturbação momentânea, o erro será inescusável, se tal estado de ânimo não for justificado pelas circunstâncias, tendo-se sempre em vista a resistência psíquica do comum dos homens, e não a do agente. É o justo critério adotado pela Corte de Cassação italiana, em aresto de 6 de junho de 1932, citado por MANZINI: ⁴⁸ “*Non basta il timore di un danno imminente, ma è indispensabile la ragionevolezza di tale timore per la media dell’umana sensibilità e delle normali circostanze degli avvenimenti.*” ⁴⁹ Convenha-se que o erro, em qualquer caso, exclui o dolo; mas não excluirá a culpa, se se apresenta como uma *anormalidade* em face da experiência comum. O direito penal não pode negar-se a si mesmo, para deixar inteiramente à margem das suas sanções os indivíduos *assustadiços*, *pusilânimes* ou *nervosos*, facilmente propensos a tomarem *espectros* pela realidade, ou a *fare legge di un sogno*, com sacrifício de seus concidadãos e da ordem jurídica. A não ser que se identifique no fato o efeito ou um índice de autêntica enfermidade mental, a pena, em tais casos, como nos crimes culposos em geral, se impõe e justifica (à parte a sua eficiência de *prevenção geral*), porque a lembrança do *malum passionis* será sempre um *contramotivo* à exagerada

⁴⁸ Ob. cit., vol. II, pág. 302, nota 2.

⁴⁹ Segundo reporta WHARTON (*Criminal law*, vol. I, pág. 786), é este o ponto de vista também dominante na jurisprudência penal norte-americana: o medo escusativo, na *supposed self-defence*, “*must be the fear of a reasonable person, or must be a reasonable fear, and the killing must have been under the influence of these fears*”. Notadamente, “*coward’s unreasonable fear for his own safety not justify a homicide*”.

impressionabilidade ou imponderação do indivíduo, no sentido de afeiçoá-lo ao ritmo normal da vida social.

Dentro do ponto de vista positivístico, adstrito ao apriorismo de afinidade entre delinquência e anormalidade psíquica, dizia MAGRI⁵⁰ que os crimes culposos revelam *“una vera e propria anomalia nel reo, che consiste in una deficienza o alterazione nel meccanismo dell’attenzione, che lo rende inadatto alla vita civile nel suo elevato sviluppo”*. A réplica de BIANCHEDI, porém, é cerrada: *“...non sólo non è vero che il delitto colposo dipenda sempre da alterazione del meccanismo dell’attenzione, essendo esso proprio talora di persone che hanno un meccanismo impeccabile e la sola pecca che presentano costoro si è quella di averlo serbato inerte e sonnecchiante; ma ancor quando tale meccanismo è alterato, perchè mai deve dirsi che ci troviamo sempre di fronte a un pazzo, più che di fronte a un individuo che con opportuno regime penale e sotto lo stimolo della coazione, di questo mezzo artificiale che la legge, a mezzo della pena, fornisce, può scuotere la sua inerzia e vincere la mala abitudine o il vizio transeunte della sua attenzione?”*⁵¹

O que se tem a fazer, na apreciação do erro que dá lugar à legítima defesa putativa, é apenas, e exclusivamente, figurar a situação de fato ou o conjunto de circunstâncias objetivas em que ele ocorreu, e indagar como teria procedido um homem de tipo psicológico normal, se se encontrasse no lugar do acusado: se não se depara *desconformidade* alguma, o erro é escusável; caso contrário, é inescusável e não elide a responsabilidade a título de culpa. Para o reconhecimento da *boa-fé*, no sentido restrito da exclusão do dolo, pode ter-se em vista, como quer MANZINI,⁵² a *personalidade do agente, seu grau de habitual perspicácia e resistência psíquica*, ou, como pondera VERGARA,⁵³ *“deve o juiz estudar os*

⁵⁰ *Una nuova teoria generale della criminalità.*

⁵¹ Ob. cit., pág. 168.

⁵² Ob. cit., vol. II, pág. 303.

⁵³ *Da legittima difesa subjetiva*, pág. 151.

“fatos, os acontecimentos exteriores, em face da personalidade do réu, da sua psicologia... para saber se tais fatos “eram capazes de produzir tal convicção num indivíduo que “se apresenta com estas ou aquelas particularidades”, ou ainda, como se exprime um aresto citado pelo mesmo autor, cumpre ter em conta “o temperamento nervoso e impressionável do réu, propenso a perturbar-se e desorientar-se”; mas, para constatar aquela *boa-fé* que exclui também a culpa *stricto sensu*, não é admissível outro critério senão este: a apreciação da *razoabilidade* do erro, de que ela deriva, deve ser feita tomando-se por padrão o *überlegt Mann* (pessoa ponderada) de que falava BINDING, ao tratar do *excessus defensionis*.⁵⁴ Não há razão alguma para que se deixe de adotar no tratamento do erro de cálculo na legítima defesa putativa o mesmo critério genérico de avaliação do erro de observação que informa a culpa em sentido estrito: não é a atenção habitual do agente ou a diligência que ele costuma empregar *in rebus suis*, mas a atenção e diligência próprias do comum dos homens. De modo geral, a culpa, como diz FAUCONNET,⁵⁵ é “*tout ce qui révèle une adresse ou une prudence inférieure à la moyenne, à la diligence du bon père de famille*”. O erro invencível, excludente de culpa, é somente aquele que não pode ser superado com a diligência ordinária, com o atilamento comum, com a reflexão inerente à média capacidade humana, com a lição da experiência vulgar. Pouco importa que o agente tenha sido induzido ao erro pelo seu temperamento especial: também o delinqüente doloso é arrastado ao crime pela sua índole própria, e nem por isso deixa de ser plenamente responsável.

A parte os *imbecis* da atenção ou os verdadeiros *enfermos das faculdades associativas* (desacreditado o critério de gene-

⁵⁴ *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, pág. 751: deve considerar-se a defesa como necessária “*als der Angegriffene bei Schützung der Gefahr den überlegten Mann nicht verleugnet hat*” (isto é, “quando o agredido, ao proteger-se contra o perigo, proceda como uma pessoa ponderada”).

⁵⁵ *La responsabilité*.

realização de MAGRI), a reclamarem *medidas de segurança*, antes que a prisão comum, deve ser punido todo indivíduo que, ocasionando um evento lesivo a outrem, por grosseira desatenção, revele, por isso mesmo, no convívio social, uma deficiência de adaptação às condições necessárias ao equilíbrio das atividades coexistentes, um *desajustamento* com as normas jurídicas de disciplina e coordenação sociais. A pena intervém, aqui, principalmente, como uma medida pedagógica. O desatento (abstraidas as formas patológicas) é um indivíduo que, no dizer de MELONI, ⁵⁶ “*ha riserva di energie volitive dentro di sè, di cui si defrauda e si dispoglia o che lascia inoperose ed inerti, per aver ignorato o disconosciuto il valore etico-sociale dell'attenzione*”, de modo que deve ser estimulado pela pena, para o efeito da aquisição daquela “*sfera superiore di potere, che caratterizza l'assidua e volontaria disciplina dell'attenzione*”. Não se trata de um indivíduo irreconhecível sob o prisma da psicologia normal: a sua deficiência ético-social é, principalmente, uma resultante de causas exógenas (maus hábitos, educação mal orientada, etc.), e, assim, pode ser corrigida pela atuação artificial de outras causas externas, entre as quais, sem dúvida, a pena ressaí com a sua incontestável eficiência estimulante. Em síntese: para que, na legítima defesa putativa, seja excluída *qualquer* culpabilidade, é necessário que, reconstituídas todas as circunstâncias objetivas, antecedentes ou concomitantes à ação, ⁵⁷ e aferidas, não segundo a opinião do agente, mas segundo o entendimento comum, se verifique que era realmente impossível àquele libertar-se do seu erro.

Extensa é a casuística da legítima defesa putativa, mas registremos, para o respectivo *diagnóstico*, as seguintes hi-

⁵⁶ *La colpa penale e la colpa civile*, págs. 124-125.

⁵⁷ Assim, por exemplo, não devem ser indiferentes as condições de tempo (se é dia ou noite) ou de lugar (se o fato ocorre em lugar ermo ou freqüentado, no tumulto de um conflito ou num pacífico encontro esportivo), as relações anteriores entre o acusado e o suposto agressor, a índole deste (se impetuosa ou moderada, se perversa ou não), conhecida daquele, etc.

póteses, figuradas ou reportadas por CARRARA, LÖFFLER, STEPHEN, BIANCHEDI e JERSCHKE:

A) Certo indivíduo, vendo-se alcançado por um seu inimigo, que empunha, visando-o, uma arma de fogo, saca de seu revólver, dispara e mata-o. Verifica-se, a seguir, que a vítima trazia sua arma descarregada e tencionava apenas amedrontar o seu desafeto.

B) A atravessa, à noite, uma floresta, onde sabe que costuma acoitar-se um bandido perigoso, e é repentinamente surpreendido com a intimativa de alguém que, de arma em punho, lhe barra o caminho: “a bolsa ou a vida!” Sem perder o sangue frio, consegue distrair por um momento o saltador e, sacando do seu revólver, abate-o com um tiro. Constatata-se, posteriormente, que todo o episódio anterior não passava de um gracejo, preparado por um amigo de A, para experimentar-lhe a coragem.

C) A, armado de um sabre, persegue o ladrão noturno que lhe invadiu a casa e, percebendo um vulto a ocultar-se num canto, toma-o pelo ladrão, quando, na realidade, era um doméstico, e prostra-o com um golpe.

D) A desperta pela madrugada com um ruído no seu aposento e vê um homem a entrar pela janela. Ao crepúsculo matutino, toma-o por um ladrão e, servindo-se de uma pistola que tem à mesa de cabeceira, desfecha-lhe certo tiro. Vem-se depois a averiguar que se tratava de um operário ajustado, sem que A o soubesse, para um reparo na janela, e que, para melhor certificar-se da obra a fazer, achara de penetrar no quarto, julgando-o desocupado.

E) Um habitante da cidade de Forlì (Itália), em dia de carnaval, vê irromper por sua casa a dentro dois mascarados e, julgando-se em face de agressores, investe e mata um deles com um trinchete.

F) Um francês (digno patricio do Tartarin, de DAUDER...), penetrando numa floresta da Sicília, com o espírito saturado de histórias sobre um imaginário *brigantaggio* siciliano, divisa dois guardas campestres armados, que paci-

ficamente percorriam a mata e, tomando-os por bandidos, dispara repetidamente a sua espingarda, matando-os.

G) A procura B em sua casa, para ultimar um negócio, e sobrevém uma discussão entre os dois, que mutuamente se injuriam. B intima A a retirar-se, mas só depois de alguma relutância, e sem que cesse o bate-boca, é atendida a intimativa, dirigindo-se A para a porta da rua. Segue-o B e de novo o defronta no vestibulo. A, julgando que vai ser agredido, puxa de uma faca e fere o seu antagonista.

Nos casos *sub A e B*, é incontestável a ausência de qualquer culpabilidade: a *aparência* do *periculum praesens* era de molde, sem dúvida alguma, a iludir qualquer pessoa de mediana prudência ou ponderação. Em qualquer deles, as circunstâncias se acumpliciavam, unívocas, para gerar no espírito do agente a *certeza* de que se achava naquela precisa situação de fato em que é legítimo o emprego de violência contra outrem. Não havia *sobrestar com siso antes de começar*, ou refletir sobre a primeira impressão: a *necessidade* da reação afigura-se com a evidência mesma da realidade. Também nos casos *sub C e D*, não se pode, sem excesso de rigor, inipugnar a *razoabilidade* do erro como motivo de exculpação, tendo-se em vista que o estado emocional consequente à impressão de insegurança experimentada por um homem de resistência psíquica média com a presença de um ladrão em sua casa, à noite, é de jeito a privá-lo do seu habitual senso de escrupulosa circunspeção. ⁵⁸ Os casos res-

⁵⁸ Idêntico ao caso citado no texto *sub C* é o que MANZINI assim registra e comenta: "Em dezembro de 1925, em Jersey City (Estados Unidos da América), um certo Antônio Carbone, despertado, noite "alta, por um rumor suspeito, armou-se e pôs-se à procura de seus postos ladrões. Não tendo encontrado pessoa alguma e já de volta "ao seu quarto, viu abrir-se a porta deste, e disparou, matando, sem "que a tivesse reconhecido, sua própria filha, que vagueava pela "casa em estado de sonambulismo. Somente na hipótese em que "Carbone soubesse que a filha tinha o hábito de levantar-se à noite "em tal estado, poder-lhe-ia ser imputado o fato a título de homicídio culposo." (*Trattato*, II, pág. 303, nota I.)

tantes, se afastam a hipótese de crimes dolosos, não excluem, entretanto, a responsabilidade a título de culpa. Ajusta-se-lhes, como uma luva, esta advertência de BIANCHEDI: "... se l'errore nacque da una allucinazione dell'intelletto, di cui l'uomo, con lo adoperare cautamente i sensi e la ragione, si poteva liberare, noi non sappiamo esimerlo da responsabilità e gli imputiamo a colpa la sua condotta precipitata e irreflessiva, che fu causa di male irreparabile, che potevasi facilmente evitare, e non trova giustificazione specialmente per chi, così alla leggiera, obbedendo ai voli della fantasia, si avventura senza il più piccolo appiglio, che dia ragione dell'atto, a manomettere la vita dei cittadini... La supposta necessità difensiva dice che colui non è un malvaggio, ma la precipitazione, la irreflessività, la inosservanza del dovuto rispetto alla vita umana che comanda di agire con prudenza, a ragione veduta, prima di recarle nocumento, e vieta di cedere così alla lesta a una prima impressão, dicono che quell'uomo, sano e maturo di mente, è un essere pericoloso alla vita dei cittadini e alla sicurezza dell'ordine giuridico."

Um dos casos de legítima defesa putativa mais frequentes na prática é o que se apresenta quando um indivíduo, no calor de uma discussão, faz emprego de violência contra o seu antagonista, ao perceber que este leva a mão à cintura ou ao bolso traseiro da calça, no gesto de quem vai sacar uma arma, e vem-se depois a verificar que a vítima se achava desarmada ou trazia uma arma ineficiente, não tendo passado o seu gesto de uma pura encenação.⁵⁹ O tratamento do caso varia, naturalmente, com as circunstâncias. Primacialmente tem-se de indagar do caráter da vítima e do conhecimento

⁵⁹ Quando se constata que a vítima era realmente portadora de uma arma ofensiva, costuma-se reconhecer em favor do acusado a própria legítima defesa, ainda mesmo que não haja certeza se a vítima chegaria a usar efetivamente da arma. O critério mais acertado, entretanto, é o reconhecimento da ausência de dolo ou de culpa-bilidade. O que se tem a verificar é se foi razoável a errônea suposição do agente de achar-se na iminência de uma agressão injusta, e isto basta para excluir qualquer responsabilidade penal.

ou informação, que, a respeito, possuía o acusado. Se este sabia o seu adversário um indivíduo violento e habituado a andar armado, já se depara um elemento de convicção no sentido da *plausibilidade* da suposição do iminente perigo de agressão.⁶⁰ Cumpre ainda perquirir dos pródromos do fato: natureza da dissensão, atitudes anteriores da vítima para com o acusado, ameaças acaso proferidas por aquela contra êste, tensão da hostilidade entre ambos, etc. Por último, devem ser apreciadas as circunstâncias imediatamente antecedentes ao fato, como, por exemplo, se a vítima, simultaneamente ao gesto de sacar a arma, avançava decididamente para o acusado, ou se, ao contrário, deixava transparecer que apenas queria inspirar medo, fazer bravata, não passar da ameaça; se era possível à vítima realizar a ameaça, ou se logo acorreram circunstâncias a intervir, etc. Se as circunstâncias, no seu conjunto, examinadas segundo *id quod plerumque accidit*, não evidenciarem a razoabilidade ou *normalidade* da sua crença no *periculum praesens*, o acusado não poderá exi-

⁶⁰ WHARTON (ob. cit., n.º 263): "*The character of the deceased as a violent and dangerous man, offered an evidence for the purpose of showing that the accused had reason to believe himself to be in danger, is not material unless knowledge of such character upon the part of the accused is shown. Though a person has a for being quarrelsome, evidence to the effect cannot be received in a prosecution against another for killing him, unless it was previously shown that the accused knew it, and therefore might more reasonably apprehend danger from him. And the general reputation of the deceased for carrying concealed weapons cannot be given in evidence, unless it appears that the slayer had knowledge of the habit... And the general reputation of the deceased for going armed will be presumed to have been known to the accused where they reside in the same community... And information upon the part of the accused that the deceased was a violent and turbulent man accustomed to go about armed is admissible where it was gained from a knowledge of his general reputation, or from personal observation of his specific acts, such evidence being competent for the purpose of determining the state of mind of the accused, and whether he was induced to believe in good faith, that he was in imminent danger.*"

mir-se de pena a título de culpa, se não for o caso, bem entendido, de identificar-se um dissimulado crime *doloso*, ou o denominado *pretexto de legítima defesa*.

19. **Homicídio e erro accidental.** O Código reconhece, expressamente, a irrelevância do *error in persona* ou *in corpore* (art. 17, § 3.º) e do *erro na execução* (*aberratio ictus seu actus*) (art. 53), equiparando as duas hipóteses, desde que, na última, o desvio do *ictus* se dê *a persona in personam*, não tendo sido também atingida a pessoa visada. Quer numa, quer noutra hipótese, só há um crime, punível a título de dolo. Quanto ao *error in persona*, a solução no sentido de um crime único, sem exclusão do dolo, é pacífica.⁶¹ Via de regra a lei penal protege o bem jurídico sem ter em linha de conta quem seja o seu titular. Assim, ao incriminar o homicídio, o que ela procura resguardar não é a vida de Pedro, ou a de Sancho, ou a de Martinho, mas a *vida humana*, a *vida do homem in genere*. A *identidade* da vítima não é elemento constitutivo do homicídio, de modo que o erro a tal respeito é meramente *accidental* (atínente ao objeto material, e não ao *objeto jurídico*, que é, na espécie, a vida de um homem, qualquer que ele seja), não excluindo, portanto, a imputação a título de dolo.⁶²

No tocante à *aberratio ictus*, entretanto, a solução dada pelo Código não é tranqüila. Entre os autores alemães, é predominante a opinião de que, na *aberratio*, há dois crimes ou um concurso ideal de crimes: um crime doloso, em relação à pessoa visada, e outro culposo, em relação à pessoa realmente atingida. Já entre os autores italianos, porém, prevalece a opinião de que há, no caso, tal como no *error in*

⁶¹ A opinião contrária de GEIB e BOHELAU, que viam na espécie um crime duplo, ficou inteiramente sem eco.

⁶² Como diz ANGIONI (*La volontarietà del fatto nel reato*, página 207), o decurso causal pode divergir, nos seus detalhes, do que fora previsto pelo agente, sem que por isso deixe o evento de ser querido.

persona, um crime único doloso; e tal ponto de vista foi explicitamente consagrado pelo Código Rocco, no qual se inspirou o nosso. Na própria Alemanha, o critério unitário tem adeptos do mais subido prestígio, como sejam, entre outros, VON LISZT, WÄCHTER, BELING e MAX ERNEST MAYER. Na doutrina italiana, ninguém o defendeu melhor que IMPALLOMENI,⁶³ que assim expõe e refuta a opinião contrária: “Diz-se que o efeito homicida não pode ser imputado a título de dolo, de vez que se realizou sobre objeto diverso do que fora representado ao espírito do agente, não se tratando, portanto, do efeito por este querido, ao contrário do que acontece no simples *error in corpore* ou *in persona*, no qual há plena correspondência entre o objeto e a intenção, versando o erro apenas sobre a identidade da pessoa. Há, então, uma tentativa de homicídio, já que o propósito doloso não foi alcançado por circunstâncias fortuitas, e, contemporaneamente, um homicídio culposo, porque tinha o agente a obrigação de prever que, disparando contra Tício, outra pessoa podia vir a passar na linha de direção do tiro: *culpa dolo determinata*. Mas a distinção é arbitrária... O agente quis matar um homem, e matou: eis o que é essencial. Não há erro quanto ao objeto representado quando se mata Tício supondo que se mata Semprônio (*error in persona*), porque isso não exclui que tenha sido querida a morte de um homem; e pela mesma razão, quando, desviando-se o golpe dirigido contra Semprônio, resulte a morte de Tício, não há erro sobre o objeto “vida humana”, que é somente o que importa para a imputação penal do homicídio. Concorrem, aqui, de fato, os três elementos necessários à imputação de tal crime: o propósito de matar um homem, a morte de um homem e o nexo de causalidade entre a ação e o evento letal. Pouco importa que o agente não tivesse consciência de produzir a morte de Tício. Teve ele a cons-

⁶³ L'Omicídio, págs. 179-180.

“ciência de produzir a morte de um homem, e basta: este “é o fato previsto pela lei como crime de homicídio. Em “vão diria o acusado: “vós me imputais a morte de Tício, “pela casualidade de haver este passado na linha de direção do tiro”. Porque assim lhe seria retrucado: teríeis “podido renunciar ao benefício do feliz acaso do desvio de “golpe, se a má sorte de Tício não o colocasse na direção “do tiro? Como quereis que a fatalidade vos favoreça, se “ela não contribuiu, em coisa alguma, para mudar aquilo “que de essencialmente criminoso havia no vosso desígnio? “De que vos queixais, se fostes a causa única da morte ocorrida? Foi indubitavelmente dolosa a vossa ação homicida, e “por que, então, não seria doloso o homicídio que cometestes?”

Entre nós, no regime anterior ao do Código de 40, divergiam a doutrina e a jurisprudência, no tratamento da *aberratio*, apesar de que BATISTA PEREIRA, autor intelectual do primeiro Código republicano, tivesse sustentado que o critério por este adotado fora o do *crime único*. O Código atual dissipa qualquer discussão, resolvendo, *expressis verbis*, o problema. Ora vê na *aberratio* uma *unidade simples* (no caso de não ser também atingida a pessoa visada), ora uma *unidade complexa* (no caso de ser também atingida a pessoa visada), mandando aplicar, nesta última hipótese, a regra do concurso formal. Assim dispõe o 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, 2.ª parte. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a “regra do § 1.º do art. 51.” Explica a *Exposição de motivos*: “No art. 53, é disciplinada a *aberratio ictus seu actus*, que “eventualmente pode redundar num concurso de crimes. “O Projeto vê na *aberratio* uma unidade substancial de “crime, ou, seja, um só crime doloso (absorvida por este a “tentativa contra a pessoa visada pelo agente), ou, no caso

“de ser também atingida a pessoa visada, um concurso formal de crimes. Na primeira hipótese, o erro sobre o *objeto material* (e não sobre o *objeto jurídico*) é *acidental* e, portanto, irrelevante. Na segunda hipótese, a solução dada “se justifica pela *unidade* da atividade criminosa.”

Exemplifiquemos. Suponha-se que Tício, armado de fuzil, desfecha um tiro contra Mévio, *necandi animo*, mas o projétil: a) atinge e mata Caio, que, no momento, passava junto a Mévio; ou b) atinge Caio, que fica apenas ferido; ou c) atinge Mévio e Caio, matando ambos; ou d) atinge Mévio, ferindo-o, e também Caio, que vem a morrer; ou e) atinge Mévio e Caio, matando aquele e ferindo este; ou f) atinge Mévio e Caio, ferindo ambos. Em face do artigo acima transcrito, Tício responderá: na hipótese *sub a*, por homicídio doloso consumado (abstraída a tentativa de homicídio contra Mévio); na hipótese *sub b*, por um só homicídio tentado; nas hipóteses *sub c*, *d* e *e*, por um só homicídio doloso consumado, mas aumentada a pena correspondente, de um sexto até metade (regra do art. 51, § 1.º); na hipótese *sub f*, por um só homicídio tentado, mas também com a pena aumentada, entre os mesmos limites.

É bem de ver que, em qualquer dessas hipóteses, se Tício previu a possibilidade da morte de Caio, aquiescendo no advento de tal resultado (dolo eventual), haverá, não obstante a unidade da ação, um *concurso material* de crimes, aplicando-se as penas cumulativamente (art. 51, § 1.º, *in fine*).⁶⁴

Até aqui tratamos da *aberratio a persona in personam*. Diversa é a solução, se o bem jurídico atingido não é da mesma espécie do bem jurídico visado. Dispõe o art. 54

⁶⁴ Tome-se o exemplo clássico do indivíduo que atira contra a mulher que traz ao colo uma criança, vindo esta a ser atingida e morta. Se o agente é um atirador inábil, não padece dúvida que teria previsto tal resultado e, disparando o tiro *apesar* dessa previsão, responderá pela morte da criança a título de dolo eventual, em concurso material com a tentativa de homicídio (em relação à mulher visada).

do Código: "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 corre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do § 1.º do "art. 51." Suponha-se que Tício desfecha um tiro para quebrar a vitrina da casa comercial do seu inimigo Mévio e atinge um transeunte, matando-o: responderá por homicídio culposo (posto que a morte do transeunte não foi querida, nem mesmo eventualmente); e se ocorre também a destruição da vitrina, responderá por crime de dano e homicídio culposo, em concurso formal, isto é, a pena aplicável será a mais grave (correspondente ao homicídio culposos), aumentada de um sexto até metade.

Para a graduação da pena, quer na *aberratio*, quer no *error in persona*, devem ser levadas em conta, pró ou contra o réu, não as condições ou qualidades da pessoa atingida, mas as da pessoa visada ou contra a qual o réu supunha dirigir a ação. *Non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur*. Assim, se a vítima era *ascendente* do agente ou um *velho* (qualidade ou condição inexistente na pessoa que o agente supunha matar), não será reconhecida a agravante da letra *f* ou a da letra *i* do n.º II do art. 44; e, ao contrário, será computada uma ou outra agravante, se a pessoa contra a qual era dirigida ou supunha o agente dirigir a ação reveste aquela qualidade ou condição.

Nenhuma exceção sofre a regra do *erro accidental* no caso de *concurso delinquentium*: os co-participes (instigadores ou auxiliares) respondem pela morte da *alia et diversa persona* do mesmo modo que o executor direto, que, em relação àqueles, não é mais do que uma *longa manus*.

É de notar-se que o erro sobre a qualidade ou condição da vítima, quando tal qualidade ou condição influi sobre o *título do crime*, favorece o agente. Assim, se alguém, no calor de uma rixa, matar o agente policial que intervém para separar e prender os contendores, não responderá por crime

de *resistência*, mas tão-somente por homicídio, se ignorava essa qualidade da vítima.

Quid juris, se o *ictus* partiu de alguém que se achava em situação de legítima defesa, indo atingir pessoa diversa do agressor? O agente é sempre julgado como se tivesse praticado a ação contra a pessoa visada; logo, na hipótese acima, não é criminoso.

Quid juris, se o agente queria apenas *ferir* a pessoa visada, e a pessoa realmente atingida vem a morrer? Responderá por “lesão corporal seguida de morte” ou homicídio *praeter intentionem* (art. 121, § 3.º).

20. Homicídio e erro sucessivo. Irrelevante é também o erro chamado *sucessivo*. Exemplo: o agente, depois de haver, *occidendi animo*, golpeado a vítima, e supondo erroneamente que ela já está sem vida, atira o presumido cadáver a um rio, vindo a verificar-se, pela autópsia, que a morte ocorreu por afogamento, e não em consequência da lesão anterior. Como argumenta VANNINI,⁶⁵ embora se trate de erro essencial (versando sobre condição essencial de fato, isto é, a existência do objeto jurídico do homicídio), há um nexo causal doloso entre o evento “morte” e a ação do réu: a segunda ação (lançamento do suposto cadáver ao rio) não é em si mesma dolosa, mas isto em razão de erro derivado da situação de fato criada pela primeira ação, empreendida *necandi animo*; de modo que o evento “morte” se liga, ainda que mediatamente, à vontade criminosa. WEBER fala, em tal caso, de um *dolus generalis*, devendo admitir-se que existe, correspondentemente à vontade criminosa revelada na totalidade do processo executivo, um homicídio doloso consumado. O agente quis matar um homem, e matou. Advirta-se, entretanto, que um grande número de autores (notadamente alemães) vê no caso uma tentativa de homicídio, de par com um homicídio culposo.

⁶⁵ *Il delitto di omicidio*, pág. 29.

21. **Homicídio e causas excludentes de crime.** A voluntária ou intencional eliminação da vida de alguém pode deixar de ser crime. É o que acontece, por exemplo, quando o agente se encontra em *legítima defesa* ou em *estado de necessidade*.⁶⁶ Trata-se de causas objetivas de exclusão de injuricidade penal (*descriminantes*). A doutrina clássica

⁶⁶ Também não é criminoso aquele que elimina a vida alheia por *ordem da lei* (no cumprimento de um dever legal), como o soldado no campo de batalha e o executor da pena de morte (Código Penal Militar e dec.-lei n.º 4.766, de 1-10-42). Pode acontecer que alguém mate outrem, supondo, por erro de fato, estar cumprindo um dever legal. Exemplo: a sentinela avançada mata com um tiro de fuzil, supondo tratar-se de um inimigo, o companheiro de armas que, feito prisioneiro, consegue fugir e vem de retorno ao acampamento. Dá-se, em tal caso, uma *descriminante putativa* (art. 17, 2.ª parte): o fato não deixa de ser objetivamente ilícito, mas o agente fica isento de pena por ausência de culpabilidade.

A *defesa* de um direito atacado autoriza, se necessária, a ocisão do atacante; mas não existe direito algum cujo *exercício* importe a faculdade de matar. Nada tem a ver com o homicídio, portanto, a *descriminante* do art. 19, III, 2.ª parte. Costuma-se citar, em contrário, o caso da permitida colocação de *offendicula* ou armadilhas mortíferas em preventivo resguardo da propriedade, vindo a ser vitimado o incauto ladrão noturno. Trata-se, aqui, de um caso de *legítima defesa*. Como diz VON BAR (*Gesetz und Schuld im Strafrecht*, página 215), “em tal caso, a defesa é preparada com antecipação, mas funciona no momento da agressão e em consequência dela: é, pois, incontestavelmente, *legítima defesa preordenada*”. Veja-se ALIMENA (*Principii di diritto penale*, I, págs. 580-582); MASSARI (*Le dottrine generali del diritto penale*, pág. 75); OLSHAUSEN (*Kommentar*, I, página 227); VON HIPPEL (ob. cit., II, págs. 212-213); MENDES PIMENTEL, parecer, in *Revista Forense*, vol. 45, págs. 485-487; acórdão do Tribunal de Ap. do Rio G. do Sul, in *Dicionário de Jurisp. Penal*, de V. PIRAGIBE, 1.º Sup., n.º 3.838. Já os práticos cuidavam da questão. BLANCUS opinava pela *legítima defesa* da propriedade: “*Si quis possuit offendiculum ad fenestram pro capiendò fure nocturno, si fur cecidit et moriatur, tunc ipse non tenetur in consilio*.” MENOCCHIUS decidia pela ausência de dolo: “*Poena homicidii non tenetur, qui dum offendiculum ad januam suae domus poneret, ut fures prehenderet, ingredientem furem occidit, non enim dolo egit*.” MANZINI entende que

identificava o estado de necessidade e a legítima defesa como causas excludentes de imputabilidade ou de culpabilidade, argumentando que, em tais casos, o indivíduo age sob coação psíquica, isto é, sob a pressão irresistível da necessidade.

Era uma teoria incompatível com o direito positivo e insuficiente, pois que, além de considerar supressa a imputabilidade ou a culpabilidade onde a lei pressupõe um indivíduo *compos sui*, calculando e agindo comedidamente, não explicava os casos que MASSARI denomina de *assistência social*, isto é, os casos de ação ou reação em favor de outrem, nos quais não se apresenta a *necessitas cogens* reconhecível na defesa ou salvaguarda dos próprios direitos ou bens. Ul-

a colocação de *offendicula* em segurança da propriedade privada é o exercício de um direito e “*se il delinquente, invadendo l'altrui casa, incappa in qualche malanno, imputet sibi*”. Em sentido idêntico já se pronunciava IMPALLOMENI (*L'Omicidio*, pág. 503). Veja-se, porém, a incisiva réplica de ALIMENA (loc. cit.). MENDES PIMENTEL louva a jurisprudência anglo-americana que, em torno do assunto, estabelece que “essa defesa preventiva não pode ser usada inconsideradamente, mas proporcionada ao risco da agressão, sendo que engenhos mortíferos só se admitem contra assaltantes perigosos, roubadores terríveis (*thieves and burglars*), não se justificando em prevenção de simples gatunos, de meros transgressores (*trespassers*) da inviolabilidade domiciliar sem ânimo facinoroso (*felonious intent*). *Quid furis*, se ocorre uma *aberratio in persona*, isto é, se, ao invés do ladrão, venha a ser vítima do insidioso aparelho uma pessoa inocente? A nosso ver, a hipótese deve ser tratada como de *legítima defesa putativa* (veja-se n.º 18), uma vez que se comprova que o proprietário ou ocupante da casa estava persuadido de que a armadilha somente poderia colher o ladrão noturno: se foram tomadas as precauções devidas para que a armadilha não fosse infiel à sua finalidade, o evento lesivo não pode ser imputado a título de dolo, nem a título de culpa; caso contrário, configurar-se-á um crime culposos.

Também a morte causada na prática regular de um autorizado jogo esportivo violento é citada como hipótese a que deve ser aplicada a descriminante em questão. Ora, se é certo que o jogo esportivo violento é permitido em si mesmo, não se deve concluir daí que qualquer dos competidores tenha o direito ou faculdade de matar o outro. O fato ficará isento de pena por *ausência de culpabilidade* (veja-se, adiante, n.º 22), e não por *ausência de ilicitude objetiva*.

teriormente, passando-se a distinguir entre *imputabilidade* e *responsabilidade*, foram consideradas causas excludentes desta as referidas *justificativas*. Modernamente, entretanto, repudiada a bizantina distinção entre imputabilidade e responsabilidade, tornou-se solução pacífica e definitiva a de que, tanto na legítima defesa, quanto no estado de necessidade, não há crime, o que vale dizer: o fato é *objetivamente lícito*.⁶⁷ Uma recente doutrina alemã, defendendo a inserção da cláusula da *inexigibilidade* (*Unzumutbarkeit*) no conceito do estado de necessidade, pretende que este não dirime a injuricidade objetiva, mas a culpabilidade. Ao que se argumenta, a *inexigibilidade*⁶⁸ de uma conduta (tendo-se como ponto de

⁶⁷ MASSARI (ob. cit., pág. 71): "...può accadere che nella legge si ritrovi un praeceptum juris, ma altresì si trovino altre norme, che, sotto determinate condizioni, autorizzano per casi particolari la condotta vietata dalla norma generale e di questa, quindi, costituiscono una deroga o eccezione. Quando tale concorso di norme derogative si verifichi, si delineano quelle che... abbiamo chiamate cause oggettive di esclusione del reato." É esta uma concepção definitiva das chamadas *justificativas penais* (estado de necessidade, legítima defesa, ordem da lei, exercício de um direito). Quando ocorrem os pressupostos objetivos da norma de exceção, o fato é *congenitivamente lícito*. A injuricidade, aqui, inexistente *ab ovo*: o fato é objetivamente conforme ao direito. Ainda mesmo que o agente ignore agir, por exemplo, em estado de legítima defesa, não incorre em responsabilidade alguma, pois, na realidade, nenhum crime pratica (ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obbiettiva penale*, n.º 40; POZZOLINI, *I casi di giustificazione*, in *Scritti in onore di ENRICO FERRI*, pág. 384: "L'azione che ha esternamente i caratteri di azione criminosa diviene legittima per il concorso di quella determinata situazione di fatto costituita dai cosiddetti casi di giustificazione. Ogni concetto di imputabilità è estraneo a questa definitiva concezione del caso di giustificazione: è la natura intrinseca oggettivamente considerata dell'azione che la fa legittima in sé e per sé.")

⁶⁸ Em crítica à fórmula do anteprojeto ALCÂNTARA MACHADO sobre o estado de necessidade, assim nos pronunciamos: "...o anteprojeto, truncando o projeto da Comissão Legislativa, omite a cláusula de que o sacrifício do bem ameaçado não possa ser razoavelmente exigido do agente. Neste ponto da minha crítica, dissera eu que tal cláusula era

referência o *homo medius*), ainda que esta seja objetivamente antijurídica, exclui a *mens rea*. Ora, a *inexigibilidade* é um dos próprios fundamentos da *licitude* da ação praticada em estado de necessidade. Não é preciso referi-la à culpabilidade, cuja existência ficaria tolhida. Como acentua HELMUT MAYER, o que não pode ser razoavelmente exigido ao comum dos homens, não pode ser imposto pelo direito positivo. A *inexigibilidade* só se apresenta em particulares circunstâncias de fato, e, portanto, entende, também, com o lado objetivo da conduta. O que se dá, em tal caso, é, simplesmente, uma ação lícita ou não proibida. Não se apresenta um crime nem mesmo do ponto de vista abstrato.

Ao conceituar o estado de necessidade, o Código, corrigindo a lei anterior, aboliu o critério do *interesse preponderante*. A ação não deixa de ser *necessitada* porque os interesses em conflito sejam de valor idêntico. Eis como se exprime, a respeito, a *Exposição de motivos*: “No tocante “ao estado de necessidade, é igualmente abolido o critério

o próprio cerne da discriminante em apreço na sua formulação hodierna, e tal era, do ponto de vista ético-jurídico, o seu relevo, que está evoluindo no sentido de tornar-se um critério informativo da responsabilidade penal *in genere*, como se depreende da teoria da *Nichtzumutbarkeit*, dos modernos penalistas alemães. O Sr. ALCÂNTARA não procurou investigar detidamente o tema e deu-me uma resposta precipitada: desde o *Código de Manu*, diz ele, que o estado de necessidade é disciplinado sem a referida cláusula e só agora, mercê da moderna teoria teutônica (o pejorativo vai por conta do Sr. ALCÂNTARA), é que tende a fixar-se como postulado inconcusso. E continua: “Tão recente é essa tendência, que não se lhe percebe o reflexo em *nenhum dos códigos contemporâneos*, e dentre os projetos, só o da Comissão Legislativa se ressent de sua influência.” É preciso que nos entendamos: a teoria da *não exigibilidade* como *motivo geral de exclusão de culpa* é novíssima, mas a inserção da cláusula em questão no conceito do estado de necessidade não é propriamente uma “criança de peito”. Já figurava ela no projeto Stros para a Suíça (1896), no projeto alemão de 1925 e no projeto austríaco de 1827 (“nach den Umständen nicht zumuten war, den drohenden Schaden zu dulden”), e está no art. 85, n.º 3, do Código do Peru (promulgado em 1924) e no art. 34 do atual Código suíço (1938).”

“anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites. Não se exige que o direito sacrificado seja *inferior* ao direito posto a salvo, nem tampouco se reclama a “falta absoluta de outro meio menos prejudicial”. O critério adotado é outro: identifica-se o estado de necessidade sempre que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado. O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era *extraordinariamente* difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato *reprovável*, por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa *reprovação* deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens. A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um *especial dever jurídico*.”

Segundo a fórmula do Código, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Já não se fala em *mal maior* (art. 32, § 1.º, do Código de 90). Assim, o naufrago que arrebatou a *tábua de salvação* a outro, que vem a perecer, pode invocar o estado de necessidade, se outro meio não havia para a própria salvação.⁶⁹⁻⁷⁰ O Código, porém, faz uma ressalva no § 1.º do art. 20: “Não pode alegar

⁶⁹⁻⁷⁰ Sobre arrepiantes casos de estado de necessidade, veja-se MANZINI, *Trattato*, II, pág. 325, nota 4. Um deles é realmente atroz: à margem de um riacho do território de Toroukhaus (Sibéria Oriental), Procópio Kalenine estabeleceu o seu acampamento, juntamente com seus irmãos Nikita, Davi e Maria, esta uma menina de 11 anos. Viviam com o produto da pesca, que, entretanto, veio a faltar depois de algum tempo. Davi pôs-se a caminho para encontrar lugar mais propício. Os três restantes sentiam-se morrer de fome, e então Pro-

estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo." Exemplo: o capitão do navio torpedeado que mata alguém que tenta impedi-lo de entrar no bote de salvação, antes dos restantes passageiros, não pode invocar o estado de necessidade, porque é *legalmente* obrigado a arrostar o perigo de permanecer no navio até a saída do último passageiro.

Também a legítima defesa é disciplinada, no Código, sem abstração da contingência das coisas humanas e afeiçoada a um critério de utilidade política. Assim dispõe o art. 21: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Como se vê, não é exigida uma rigorosa *proporcionalidade* entre a medida da reação e a da agressão. A premente necessidade do revide imediato não dá ensejo a uma ponderada escolha de *meios* ou *modos*. O que se reclama é tão-somente a moderação do contragolpe, isto é, o exercício da ação defensiva dentro dos razoáveis limites de sua própria necessidade. Por outro lado, foi abolido o caráter *subsidiário* que à legítima defesa atribuía o Código de 90: não se indaga se a agressão podia ter sido prevenida ou evitada sem perigo e sem desonra, ou se era possível invocar e receber socorro da autoridade pública. A lei penal não pode exigir que sob a máscara da prudência se disfarce a renúncia própria dos covardes ou dos animais de sangue frio. Em face de uma agressão atual e injusta, todo cidadão é um policial, um delegado da autoridade pública, e mais do que a *faculdade*, tem o *dever* de obstar, *in continenti*, ao exercício da violência e da injustiça. A legítima defesa, segundo a lição de BATTAGLINI (*Il pericolo di offesa nella legittima difesa*), deve ser, ao lado da ameaça penal, um contramotivo do crime. Quem

cópio matou a irmãzinha, comendo-lhe as carnes, juntamente com Nikita. Mais tarde, salvos afinal os dois irmãos, Procópio confessou o fato e foi condenado a vários anos de trabalhos forçados (absolvido Nikita, por estranho ao trucidamento da irmã). Por mais cruel que se apresente o ato de Procópio, não poderia este ser condenado, perante o art. 20 do nosso Código.

se predispõe a delinquir deve ter em conta dois perigos, igualmente temíveis: o perigo da defesa privada e o da reação penal do Estado.

São requisitos da legítima defesa: a) uma agressão atual ou iminente; b) a injustiça da agressão; c) um direito a defender, próprio ou de outrem; d) emprego moderado dos meios necessários. Não só uma agressão *iniciada* legitima a defesa, senão também um perigo atual de agressão (agressão iminente). *Nemo tenetur expectare donec percutiatur*. Perigo atual de agressão é aquele que não permite demora à reação. Não o constitui a simples *ameaça* desacompanhada de perigo concreto e imediato.⁷¹ *Injusta* é a agressão objetiva e subjetivamente contrária ao direito (constituindo um ilícito penal ou um ilícito civil). A injustiça da agressão pressupõe no agressor *voluntariedade* e *responsabilidade*. A violência involuntária ou a exercida por um *irresponsável* cria o *estado de necessidade*, e não a situação de legítima defesa.⁷² Basta que a agressão seja injusta: não precisa de ser grave. A gravidade da agressão só é levada em conta para aferir-se da moderação da repulsa, mas não é um re-

⁷¹ Contra (G. PENSO, *La difesa legittima*, pág. 108): "Afirma-se 'geralmente que deve ser *iminente* o realizar-se da lesão. Não 'somos deste parecer. O que interessa... é que o *perigo seja atual*. 'Se deste deriva uma iminência de lesão, não importa. Assim, no 'caso em que Tício ameace de matar-me dentro de 3 ou 4 dias, se, 'digamos, não subscrever um certo documento, não posso estar 'obrigado, para reagir, a esperar que expire o prazo, isto é, até que 'a lesão se torne iminente. Desde o momento da ameaça, o perigo 'é *atual*, e desde esse instante, se se apresentar a possibilidade de 'me subtrair ao perigo, agredindo, estou autorizado a fazê-lo...' É de todo inaceitável este critério ampliativo. Não é concebível legítima defesa sem a *certeza* do perigo de uma agressão imediata. E tal certeza só existe quando o perigo se apresenta *ictu oculi*, como realidade objetiva. O perigo de uma agressão *futura*, por mais *verossimil*, não passa de uma *hipótese* com a qual não pode operar o conceito da legítima defesa.

⁷² Contra: MAGGIORE (ob. cit., I, pág. 182), G. PENSO (ob. cit., pág. 117): a injustiça da ofensa deve ser considerada objetiva, e não subjetivamente.

quisito da legítima defesa. O vocábulo *direito*, empregado no art. 21 do Código, deve ser entendido como compreensivo de todo *interesse juridicamente tutelado* (vida, integridade corporal, liberdade pessoal, pudor, honra, propriedade, tudo enfim que se compreenda no *patrimônio jurídico* do indivíduo). Finalmente, a *moderação no emprego dos meios necessários* é a razoável proporção, apreciada *in concreto*, objetivamente, entre a reação e a agressão. Não se trata de uma *pesagem em balança de farmácia*, mas segundo um critério *aproximativo*, tendo-se em vista as circunstâncias em que se achou o agredido. Consoante a justa lição de PENSO,⁷³ “quando haja dúvida sobre se o cálculo teria podido ser feito com menor imprecisão, tal dúvida será resolvida em favor de quem reage e sempre contra o agressor, que, com a “sua conduta ilegítima, deu causa à ação defensiva”. O *excesso de defesa* deve ser reconhecido somente nos casos em que seja manifesto: a) ter sido praticado conscientemente, isto é, conhecendo o agredido a *desnecessidade* do *plus* da reação; b) ter o agredido faltado com a atenção e ponderação próprias do *homo medius* (veja-se n.º 18). Só então é excluída a legítima defesa, apresentando-se o fato como crime *doloso* ou *culposo*.⁷⁴ A aplicação deve ser feita, como diz MANZINI,⁷⁵ tendo-se em atenção os *meios* de reação que o agredido tinha à sua disposição e os meios empregados. Se estes eram os únicos que, *in concreto*, tornavam possível a repulsa da violência, não haverá excesso punível, por maior que seja o mal sofrido pelo agressor.⁷⁶

⁷³ Ob. cit., pág. 244.

⁷⁴ Dispõe o parág. único do art. 21 do Código: “O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa, responde pelo fato, se este é punível como crime culposo.” Segue-se, *a contrario sensu*, como acentua a *Exposição de motivos*, que “se o excesso é conscientemente *querido*, responde o agente por crime doloso, pouco importando o estado inicial de legítima defesa”.

⁷⁵ *Trattato*, II, pág. 311.

⁷⁶ No mesmo sentido, ALTAVILLA (*in Nuovo Digesto italiano*, verbete *difesa legittima*): “Se ele (o agredido) não pode dispor senão de

Isto, porém, não quer dizer que se não deva repelir a chamada *interpretação subjetiva* da legítima defesa. Esta, por isso mesmo que é causa *objetiva* de exclusão de injuricidade, somente pode existir *objetivamente*, e não apenas na *crença* ou *opinião* do agente. Não tem aplicação, aqui, no seu literalismo, o princípio de que o *putativo equivale ao real*. Quando a *crença* ou *opinião* do agente não corresponde à realidade, não pode jamais legitimar a violência. Não deixa esta, em tal caso, de ser *objetivamente antijurídica*, embora o agente possa ser declarado isento de pena por ausência de culpabilidade, irrestritamente, a título de dolo, e condicionalmente, a título de culpa *stricto sensu*. Se o agente supõe erroneamente uma situação inicial de legítima defesa, o que pode ocorrer é a chamada *legítima defesa putativa* (v. número 18); se erradamente supõe uma agressão mais grave do que a que realmente se apresentava, e reage com manifesta desproporção, dá-se o *excessus defensionis*, que poderá ser *culposo* ou ficar isento de pena, conforme seja inescusável ou não o erro em que laborou o agente.⁷⁷

Por confundir-se a legítima defesa putativa com a autêntica legítima defesa é que resultou, em doutrina, por iniciativa de FERRI, a afirmação paradoxal da possibilidade de *legítima defesa recíproca*. É um contra-senso dizer-se que dois indivíduos possam estar, um em face do outro, simultaneamente, em legítima defesa. No exemplo figurado por ALTAVILLA, do indivíduo que atira contra outro, tomando-o falsamente por um malfeitor à sua espera, e vem a receber, em

⁷⁷ O que se costuma chamar *legítima defesa subjetiva* não é outra coisa que o excesso de defesa que fica isento de pena por *ausência de culpabilidade*.

um meio desproporcionado, não existirá excesso, desde que o seu uso era indispensável à defesa"; e DE MARSICO (*Diritto Penale*, página 176): "... sussiste proporzione anche in rapporto a mezzi per sé stessi non proporzionati, secondo che si abbia o no disponibilità di mezzi diversi."

repulsa, um golpe desse outro, não há legítima defesa recíproca, porque o primeiro agressor não se encontrava em legítima defesa senão na sua fecunda imaginação. Para decidir diversamente, será preciso identificar-se uma causa excludente de culpabilidade (erro de fato) com uma causa excludente de crime (legítima defesa). O que é perfeitamente admissível é uma *sucessiva* situação de legítima defesa por parte do agressor inicial, se o agredido se excede na reação, pois o excesso de defesa importa, por sua vez, uma *agressão injusta*.

Pode também acontecer que, no caso de dois indivíduos mutuamente se atacarem, haja dúvida sobre qual deles tenha precedido o outro na agressão injusta: em tal caso, será compreensível que se absolvam um e outro, como se ambos tivessem agido em legítima defesa; mas isto por injunção decorrente de insuperável incerteza de elementos de convicção *in concreto*, e não pelo reconhecimento de uma *reciprocidade* de legítima defesa.

22. A violência esportiva. Deve ser categoricamente rejeitada a identificação de um específico *crime esportivo*, alistável entre os “crimes contra a pessoa”. Segundo G. PENSO, ⁷⁸ poderia ele ser definido como a lesão corporal ou a morte voluntariamente causadas “em razão e no curso de um esporte violento (isto é, em que o mal físico seja consequência natural), por meio de golpes permitidos”. O ilogismo é manifesto.

Se é permitida ou lícita uma ação, e desde que esta não seja abusiva ou inconsideradamente exercida, não se podem incriminar suas consequências, ainda que previsíveis como necessária ou eventualmente lesivas. Ou se proíbe o esporte violento (o que já não seria sem tempo), ou não há falar em crime esportivo, como entidade criminal *sui generis*. Rematado despropósito será punir-se, por exemplo, um *boxeur*,

⁷⁸ *Studi sul progetto preliminare di un nuovo Codice Penale italiano.*

por arremessar sobre o tablado o seu rival, *devastado* e exânime, quando tal proeza, segundo a lei do *box*, que tem o apoio das multidões e a adesão do próprio poder público, é precisamente o que ele tem a fazer. Imagine-se o irrisório desta cena: num *stadium* apinhado de gente, dois pugilistas se esmurram e, a certa altura, um dêles deixa o outro sobre o *ring*, estatelado, estupificado de dor, com um rijo soco na mandíbula ou na base do *sternum*. A multidão estruge, aclamando o vencedor. Este assume o ar de quem recebe na frente o ósculo da glória, mas, para logo, o rosto se lhe ensombra: é que se aproxima o delegado de polícia e lhe dá voz de prisão. É um *flagrante*, com todos os *matadores*. E lá se vai o campeão para o xadrez, como qualquer desordeiro.

Ninguém pode achar isso razoável. Não se compreende que a sociedade, permitindo em seu seio, e até mesmo exaltando-os, os espetáculos de força, reclame, no mesmo passo, a punição dos que neles tomam parte, à maneira da inconsequente Cleópatra, que mandava flagelar os seus amantes após as noites de prazer. Enquanto houver licença para as pugnas esportivas corpo a corpo, o que há reprimir é, tão-somente, a aplicação de golpes proibidos ou a violência inútil. Mas, neste caso, não há necessidade de configurar um crime novo ou autônomo, isto é, a responsabilidade penal do acusado não depende de uma fórmula *ad hoc*, pois o evento lesivo lhe será imputado a título de dolo (direto ou eventual) ou culpa *stricto sensu* (consciente ou inconsciente).

O mal físico é da essência dos esportes violentos, pois nêles a vitória está condicionada à anulação da resistência do adversário, e isto não se obtém senão maltratando-o fisicamente. Se é guardada a técnica do jogo, a impunidade de qualquer dos competidores tem de ser reconhecida, quando resulta ao outro alguma lesão corporal ou mesmo a morte. Nenhuma pena pode ser infligida a um atleta que, *exempli gratia*, na luta greco-romana, ao constriuir o tórax de adversário obstinado, venha a fraturar-lhe uma costela ou a deslocar-lhe uma vértebra, ou a causar-lhe a morte por asfi-

xia mecânica, pois tal constricção é um recurso normal a esse autorizado gênero de esporte. No jogo de *box*, sabe-se que um *cross* na têmpora, um “direto” no pescoço ou um *uppercut* no estômago podem causar a morte, mas se a *noble art* os permite, com apoio de regulamentos administrativos, ⁷⁹ não obstante o perigo de tais conseqüências, é bem de ver que, ocorrendo efetivamente estas, não se concretiza crime doloso, culposo ou preterintencional. Se a violência esportiva é *ação lícita* em si mesma, o conseqüente evento lesivo não pode ser imputado a título de dolo, pois este falha quando inexiste a *consciência da injuricidade da ação*. Em vão se procura lobrigar no pretenso crime esportivo o *dolo eventual*. Eis o raciocínio de G. PENSO, que, aliás, confunde o dolo eventual com a culpa consciente: “*Il caso in questione* (evento lesivo resultante de violência esportiva) *è simile a quello in cui si dia fuoco ad una casa, esclusivamente a scopo di danneggiamento, pur sapendo che dentro vi sono delle persone e nulla si fa per toglierle dal pericolo, limitandosi a sperare che si salvino. Come è assurdo escludere il dolo nel caso in cui tali persone trovino la morte, così lo è escluderlo dal delitto sportivo*”. O pretendido *simile*, porém, é desmentido pelo singelo

⁷⁹ No Distrito Federal, o dec. n.º 4.906, de 27-8-1934, regulamentou o *box*, o *jiu-jitsu* e a *luta livre* (*catch-as-catch-can*). São considerados golpes proibidos, no *box*, somente os seguintes: 1.º, golpear abaixo da cintura; 2.º, golpear o adversário “caído” ou que se estiver levantando do chão; 3.º, segurar o adversário ou deliberadamente manter um *clinch*; 4.º, bater com a cabeça ou ombro, ou usar o joelho; 5.º, golpear com a parte interna ou com as extremidades das mãos, ou com o pulso ou cotovelo; 6.º, golpear com a luva aberta; 7.º, lutar ou jogar com brutalidade junto às cordas; 8.º, golpear deliberadamente a parte do corpo sobre os rins; 9.º, golpear fazendo giro; 10, golpear a nuca. No *jiu-jitsu*, são golpes vedados: cuteladas, bofetadas, cotoveladas, socos, pontapés, joelhadas, cabeçadas, dentadas, puxão de cabelos, puxão de orelhas, torção de dedos, assim como qualquer ataque aos olhos ou órgãos genitais. A exceção das “cabeçadas”, são estes também os golpes proibidos na “luta livre”.

argumento de que deitar fogo a uma casa é ação *ilícita*, constitui, no caso figurado, um *antecedente* criminoso; ao passo que os esportes violentos, considerados em si mesmos, não infringem norma jurídica alguma e, ao que se proclama desde o tempo de MARCIANO e de PAULO, são até exercidos *pro virtute*. A consciência da injuricidade, repita-se, é essencial para que se possa atribuir a alguém, a título de dolo, um evento lesivo. Pelo mesmo argumento de licitude do *antecedente causal*, é inadmissível seja identificado na espécie um crime preterintencional. E, por último, não há falar-se em responsabilidade a título de culpa *stricto sensu*, quando o evento lesivo, embora anormal, resulta da prática *normal* de uma ação lícita (no caso, a violência esportiva), isto é, sem que o agente tenha procedido com *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*. Em suma: enquanto o esporte violento não for classificado entre as *ações ilícitas*, e uma vez que se não transgridam suas normas técnicas, todo o mal que dele eventualmente advenha não pode deixar de ser considerado, sob o relativo ponto de vista jurídico-penal, como uma *infelicitas fati*, um mero *casus*.⁸⁰ Impraticável, como é, a modificação técnica dos esportes violentos, no sentido de ficar plenamente

⁸⁰ Já assim decidia o direito romano, excluindo na espécie a culpa aquiliana. Dizia ULPIANO (D., L. IX, t. II, fr. 7, § 4): "*Si quis in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercetur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine (alius alium occiderit), cessat Aquilia.*" No mesmo sentido opinavam os práticos. Entre os exemplos de homicídio casual era incluído o praticado *in publico certamine*: "*potest poni exemplum in eo, qui interfecit eum, cum quo ad brachium, sive ad pugnos, sive ad lapides ludebat*" (JULIUS CLARUS, *Practica Criminalis*, § *Homicidium*). De acordo com a opinião esposada no texto, manifesta-se ARI FRANCO, *O desportista e o direito penal*, pág. 72. *Pela punibilidade*, BENTO DE FARIA, *A criminalidade nos esportes*. OSCAR STEVENSON (*Da exclusão de crime*, pág. 238) entende que há, na espécie, uma causa (não prevista formalmente) de exclusão de crime: "O que justifica as ofensas resultantes das práticas esportivas são os *principios de direito* e o *costume*, não o costume *contra legem*, mas *praeter legem*, complemento da lei escrita. Nelas se entendem a prevalência do interesse

assegurada a integridade física dos jogadores, e se o poder público entender que, não obstante o aplauso das turbas, tais esportes são reprováveis, decrete-se então a medida extrema de sua proibição. De nossa parte, somos francamente por esta solução. Só se pode compreender o esporte como uma diversão harmoniosa dentro da dupla finalidade da saúde do corpo e do equilíbrio estético. Os esportes brutais, no seu caráter de excesso, apenas geram (à parte os acidentes fatais) a truculência, a fealdade, a deformação, a arritmia física e o abastardamento da inteligência. É mesmo duvidoso que eles sirvam ao proclamado objetivo de formação de uma mocidade destemida, apta ao primeiro apelo da pátria. Nas suas *Scènes de la vie future*, DUHAMEL desmente essa ilusão: "*On a dit que la patrie menacée, appauvrie, peut avoir besoin, quelque jour, d'une jeunesse endurcie, trempée par les jeux de force... L'argument est sans valeur si l'on s'en rapporte à*

"social, o justo meio para o justo fim, porque os esportes representam "elevado escopo de sanidade reconhecido pelo Estado, que se empenha em fomentá-los, regulando-os por leis especiais e fiscalizando-os por intermédio de seus agentes. O costume e esses princípios que não precisam estar no Código, pois derivam do contexto "total de toda a ordenação jurídica, valorizam os fins individuais "e conferem ao consenso a aptidão de dispor de bem indisponível, a "integridade física ou a vida." Este ponto de vista, porém, não é aceitável. A *licitude excepcional* de um fato previsto *in genere* como crime não pode decorrer de causas *não escritas* na lei. Devaneios doutrinários, sob pretexto de exegese, não podem suprir a lei. Os princípios gerais de direito e o costume não são fonte do direito penal positivo, senão quando *intra legem*, isto é, quando a lei penal, pelo seu próprio texto, tenha de ser interpretada segundo uns ou outro. Não há dispositivo algum da lei penal autorizando, explicita ou implicitamente, os jogos esportivos violentos; mas, como estes são tolerados e regulados pelo *direito administrativo* (ou pelo *poder de polícia do Estado*), segue-se a solução lógica; se uma lei extrapenal permite a violência esportiva em si mesma (desde que respeitadas as normas do seu exercício), as consequências lesivas daí necessariamente resultantes não podem ser penalmente imputadas, e isto por ausência de *culpabilidade*, pois esta pressupõe a consciência da injuricidade da ação (ou omissão).

l'histoire. La grande guerre, en France du moins, fut faite par des paysans, des employés, des ouvriers, des bourgeois, des intellectuels, sans culture sportive pour la plupart et qui, pendant près de cinq ans, ont montré des vertus physiques et morales dignes de considération. En revanche, certains princes du sport n'ont même pas compromis leur grandeur dans les misères de la troupe." Em conclusão: apregoe-se a necessidade ou conveniência de proibição de todos os esportes em que a violência *contra a pessoa* (*box, luta greco-romana, jiu-jitsu, catch-as-catch-can*, etc.) seja elemento imprescindível; mas, enquanto isso não se der, salve-se a lógica jurídica, com a mais formal repulsa à idéia de um específico *crime esportivo*.

23. A operação médico-cirúrgica com antecipação do evento letal. Ninguém contesta a licitude da operação médico-cirúrgica, sob o pressuposto de que ela serve à proteção de um interesse reconhecido e patrocinado pelo Estado e diz com o próprio dever profissional do médico, isto é, o tratamento dos enfermos; mas, se ela, ao invés de preservar a vida do paciente, resulta na sua prematura extinção, tem-se a saber porque, ainda neste caso, fica o operador isento de responsabilidade penal, embora se identifique um fato correspondente a um tipo legal de crime (*homicídio*), e sendo certo que, muitas vezes, ao espírito do cirurgião se representa, como possível ou provável, o resultado funesto.

Não há dispositivo algum da lei penal reconhecendo na espécie uma *excepcional licitude* e, por outro lado, seria intolerável ao mais comezinho sentimento de justiça opinar-se pela punibilidade do operador, desde que este tenha agido com a devida proficiência técnica. Tal como no caso de morte resultante da violência esportiva normal ou regularmente praticada, a isenção de pena, aqui, tem de ser declarada por *carência de culpabilidade*, quer a título de dolo, quer a título de culpa, não obstante a anormalidade das conseqüências. Inexiste culpabilidade a título de dolo, porque falha, *a parte subjecti*, a *conscientia sceleris* (isto é, um ele-

mento indispensável a essa forma de culpabilidade). Deve notar-se que o caso em questão é precisamente um dos exemplos demonstrativos da insuficiência da noção puramente psicológica do dolo. Para aqueles que, na esteira de von LISZT (cuja opinião se apegava à letra de um artigo do Código Penal alemão), concebem o dolo como um conceito desprovido de sentido ético-jurídico, limitando-o à simples representação da importância do ato voluntário como causa, certa ou provável de um resultado objetivamente conforme a um tipo de crime, sem atenção à boa ou má-fé do agente, a punibilidade, *in subjecta materia*, teria de ser reconhecida. Os defensores do *dolus facti* não distinguem entre uma *ação má* e uma *boa ação*, entre o ferimento causado pelo punhal de um perverso e o produzido pelo benéfico bisturi de um médico, entre o homicídio com dolo eventual e a morte decorrente de um choque operatório. Já demonstramos (n.º 9, em nota) que o dolo penal não pode ser reduzido a um conceito *neutro* do ponto de vista ético-jurídico. Se deixa de compreender um *juízo de valor* (consciência do mal injusto), não haveria razão para fazer-se dele uma noção especial ou diferenciá-lo da *intenção* em geral. Se adotamos o critério acertado, segundo o qual o dolo abrange não somente a representação do resultado objetivamente antijurídico, mas também a consciência de um mal injusto, a solução do tema que nos propomos apresenta-se, logicamente, no sentido da isenção de pena por inexistência de culpabilidade a título de dolo. De outro lado, também não se pode falar, na espécie, em responsabilidade a título de culpa *stricto sensu*, desde que, permitida ou lícita em si mesma a operação cirúrgica, não se apresenta, como produtiva do evento letal, uma *anormalidade* de conduta reveladora de imprudência, negligência ou imperícia.

Não altera a inferência de *não culpabilidade* o fato de que a morte do paciente tenha sido representada, como possível ou provável, na consciência do operador: não obstante tal representação, tem ele a esperança (não a simples e leviana fé no acaso, mas esperança suficientemente forte para que se não despeça da convicção de servir lealmente ao seu

dever profissional) de que não ocorra o insucesso e neste sentido emprega as cautelas aconselhadas pela ciência. O resultado que se propõe o médico é, sempre, salvar o doente, e não matá-lo; é praticar um bem, e não um malefício. Se, apesar dessa boa intenção e da perícia técnica com que agiu, advém a morte do paciente, não se pode identificar um crime doloso ou culposos, mas um *infortúnio*, um acontecimento produzido pela *vis divina* servindo-se da *vis humana*.

Entende GERLAND (*Deutsches Reichsstrafrecht*) que, no caso de dúvida sobre o resultado da operação ou quando haja a representação alternativa do restabelecimento do paciente ou a agravação de sua moléstia, senão eventualmente e sua morte, o que favorece o médico é o fato de que nunca foi costume, no caso, aplicar-se pena (*"hier schütze den Arzt die Tatsache, dass bei derartigen Eingriffen eine Bestrafung bisher nicht üblich war"*). Ora, a *consuetudo* não tem aptidão para neutralizar ou evitar o império da lei penal. Não há necessidade de recorrer-se a um argumento artificioso, *extra legem*, para chegar a uma conclusão que deflui naturalmente da noção fundamental da culpabilidade.

24. Coação irresistível e obediência a ordem de superior hierárquico. Entre as causas excludentes de culpabilidade (e não entre as discriminantes), inclui o Código a *coação irresistível* (física ou moral)⁸¹ e a *obediência a ordem de*

⁸¹ O projeto ALCÂNTARA cuidava somente da "violência física irresistível" (por entender, talvez, que a *coação moral* estaria compreendida na fórmula do "estado de necessidade"). No seio da Comissão Revisora, fomos infensos a que se fizesse referência expressa à *coação física irresistível* como causa de exculpação. Reputamo-la supérflua, de conformidade com a crítica que fizéramos anteriormente ao primitivo Anteprojeto: "...no tocante aos crimes por ação, é inconcebível que alguém, a não ser que se trate de um louco, empregue a *vis absoluta* para constranger outrem, de modo imediato, ao movimento corpóreo causador do crime; mas, ainda que assim não fosse, é intoleravelmente ocioso dizer que um *agido* não é

superior hierárquico, dispondo no art. 18: “Se o crime é “cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a “ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, “só é punível o autor da coação ou da ordem.”

Quanto à coação irresistível, realmente não tem ela o efeito de excluir a ilicitude penal do fato: sua influência é exercida apenas sobre o nexo de causalidade psíquica, isto é, exclui, no caso concreto, a *voluntariedade* da ação ou omissão e, portanto, uma das condições essenciais da culpabilidade. O coagido é declarado sem culpa, porque não passa de um mero títere, à mercê do coator, respondendo unicamente este pelo fato criminoso,⁸² e com pena agravada (art. 45, n.º II).

A coação física (*vis absoluta, vis atrox, vis corporalis*) é a empregada corporalmente sobre a pessoa do coagido,

⁸² Lê-se na *Exposição de motivos*: “Na coação irresistível... “é abstraído o autor imediato do crime: por este só responde o autor “da coação... A coação deve ser *irresistível*: se pode ser vencida “(tendo-se em vista, é claro, o padrão do *homo medius*, e não o do “*homo constantissimus*), haverá apenas uma atenuante (art. 48, “n.º IV, letra c).”

agente... Nenhum julz, por mais bisonho, se lembraria de identificar como autor punível de um crime quem foi apenas um *instrumento passivo* de sua execução. Quer em relação aos crimes comissivos, quer em relação aos omissivos, a disposição em apreço é supervacânea. Em face dos arts. 9 e 10 (sobre causalidade física e psíquica), combinados, do Anteprojeto, é de toda evidência que não há crime sem um *voluntário* movimento corpóreo ou uma *voluntária* abstenção de tal movimento. Por que, então, declarar-se, a seguir, que não será passível de pena quem praticar o crime mediante coação irresistível? Releva ainda notar que o estado de coação (quer resultante da *vis atrox*, quer da *vis compulsiva*), se não excluísse a culpabilidade, teria ingresso na noção do *estado de necessidade*, que o Anteprojeto regula no art. 15, n.º IV.”

A maioria da Comissão, porém, entendeu que se devia adotar a fórmula que hoje figura no art. 18 do Código, compreensiva da coação física e da coação moral, prestando, assim, uma homenagem à tradição do direito pátrio.

consubstanciando-se com o próprio movimento corpóreo dirigido ao evento criminoso. Assim, não é reconhecível a coação física, mas a coação moral (*vis compulsiva*), no caso do indivíduo que, espancado pelo coator, comete, por exemplo, um homicídio, pois não é o espancamento, propriamente, mas a pressão do receio de continuar a ser espancado que o leva à prática da ação. Não era outra a decisão do direito romano (D., L. IV, 2, I): “*Ait praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebō. Olim ita edicebantur: Quod vi metusve causa; vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati; metus, instantis, vel futuri periculi causa mentis trepidatione; sed postea detracta est vis mentio: (ideo) quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.*” (“Disse o pretor: não aprovarei o que for feito “por medo. Outrora, o édito dizia: *Do que é feito pela violência ou pelo medo*; fazia-se menção da violência como necessidade contrária imposta à vontade, e o medo como “abalo do espírito em razão de algum perigo iminente ou “futuro; mas, posteriormente, foi suprimida a menção à “violência, pois tudo que se faz em razão de violência deve “ser considerado como feito também por medo.”)

No rigor da sua conceituação, a coação física só se apresenta quando é o próprio coator que, por exemplo, segura e impele violentamente a mão do coagido para o golpe contra a vítima. Ora, fatos dessa natureza, de todo insensatos, serão raríssimos na prática, devendo-se mesmo presumi-los um indício de loucura do coator. Pode dizer-se que a coação física só é concebível nos crimes omissivos puros e nos comissivos por omissão.

A coação moral ou *intimidação* (ameaça de um mal grave) é que é o meio comumente empregado para o efeito da *necessitas contraria imposita voluntati*. Para ser *irresistível*, como é óbvio, deve ser acompanhada de um perigo sério e atual.⁸³ No conceito da coação em geral compreende-

⁸³ GALDINO SIQUEIRA (*Código Penal Brasileiro*), em crítica ao o atual Código, põe em dúvida que o texto do art. 18 tenha compreen-

-se o emprego de meios físicos que reduzem o indivíduo à incapacidade de agir ou, pelo menos, de agir *compos sui* (como sejam: inebriantes, entorpecentes, gases, tóxicos, etc.).

Em doutrina, considera-se *species* do *genus* coação a *sugestão hipnótica*.⁸⁴ Muito se tem discutido, porém, sobre o *hipnotismo*, como possível meio de levar alguém, contra sua própria vontade, a cometer crime. Não há em ciência, a tal respeito, conclusões definitivas. Os raros casos concretos registrados pela crônica judiciária não afastam a suspeita de que, neles, a invocada sugestão hipnótica não passava de um expediente de defesa.

Acertado foi também o critério do legislador de 40 ao classificar como causa de exculpação, e não como causa excludente da injuricidade objetiva, a *obediência a ordem de superior hierárquico*. Deve ter-se em vista que, segundo a fórmula do art. 18, não se trata de obediência a uma ordem *intrinsecamente legal*. Se assim fosse, não haveria necessidade de destacar-se a hipótese em questão do conceito do “cumprimento do dever legal” (art. 19, III), que é, autênti-

⁸⁴ ALCÂNTARA MACHADO, criticando o Projeto Revisto, disse que a fórmula por este adotada sobre a inimputabilidade era incompleta, porque não abrangia, entre outros casos, o sonambulismo provocado. Respondendo à objeção, assim nos pronunciamos: “Quanto ao sonambulismo provocado, ou hipnose, admitindo-se que um indivíduo normal cometa crime em tal estado, por influência do hipnotizador, a hipótese deveria ser identificada, com mais propriedade, entre as *species* do *genus* “coação irresistível”.”

dido a “coação moral”, pois esta nunca é “irresistível”, e a respeito dela prevalece o princípio romanístico do *coactus tamen voluit*. Ora, o termo *irresistível* não é empregado, no citado artigo, em sentido absoluto. Todo código penal tem como ponto de referência, indeclinavelmente, o *homo medius*. É irresistível a coação moral capaz de vencer a resistência do homem comum. Tal seja o medo incutido, até mesmo os espíritos fortes podem render-se à coação moral. Não se deve esquecer a frase do bravo Marechal Ney: “Je voudrais bien savoir quel est ce Jean Foutre qui n’a jamais en peur”...

camente, uma causa de exclusão de crime. Pressupõe a fórmula do Código que a ordem é *ilegal* na sua substância, embora não manifestamente tal. De um ponto de vista rigorosamente jurídico, repellido o princípio da *obediência cega*, uma ordem *ilegal*, ainda que a ilegalidade não seja reconhecível *prima facie*, não deveria jamais ser cumprida. O ato praticado em execução dela, quando correspondente a um tipo legal de crime, não perde, objetivamente, o seu caráter ilícito ou antijurídico.⁸⁵ Tão-somente para contempcrizar com o interesse da disciplina administrativa e com o princípio da autoridade é que a política criminal aconselha e o direito positivo prescreve que, em tal caso, se transija com o *error juris neminem excusat*, e nenhuma pena sofra o executor, respondendo pelo crime apenas quem expediu a ordem. Na *Exposição de motivos*, assim se exprime o ministro CAMPOS: “A ordem de superior hierárquico (isto é, emanação de autoridade pública, pressupondo uma relação de “direito administrativo) só isenta de pena o executor, se “não é manifestamente ilegal. Outorga-se, assim, ao inferior hierárquico, tal como no direito vigente, uma relativa facultade de indagação da legalidade da ordem. Como observa DE MARSICO, se o princípio fundamental do Estado moderno é a autoridade, não é menos certo que o Estado é “uma organização jurídica, e não pode autorizar a obediência cega do inferior hierárquico. De um lado, um excesso “de poder na indagação da legalidade da ordem quebraria “o princípio de autoridade, mas, de outro, um excesso do “dever de obediência quebraria o princípio do direito.”

O critério de classificação seguido pelo Código, neste particular, é o dominante na moderna doutrina penal.⁸⁶ A

⁸⁵ M. E. MAYER (ob. cit., pág. 338): *Die Ausführung eines rechtswidrigen Befehls ist unter allen Umständen eine rechtswidrige Handlung*” (isto é, “a execução de uma ordem antijurídica é, em quaisquer circunstâncias, uma ação antijurídica”). No mesmo sentido, MEZGER (ob. cit., § 30, II, 2).

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA (*Teoría jurídica del delito*, pág. 152, e artigo publicado em *La Ley*, de B. Aires, de 16-7-41), M. E. MAYER (ob. cit.,

obediência a ordem de superior hierárquico exclui a culpabilidade porque o executor, por *erro de direito*, aqui excepcionalmente relevante, ⁸⁷ supõe a legalidade da ordem. Exemplo: um soldado bisonho, por ordem do comandante da escolta, mata com um tiro de fuzil, supondo agir por obediência devida, o criminoso que tenta fugir ou opõe resistência *passiva* ao mandado de prisão. Não se deve confundir esta causa de exculpação com o caso em que o inferior cumpre uma ordem ilegal por *erro de fato*. Suponha-se que um guarda-civil, em tempo de agitação pública, atendendo à ordem do delegado de polícia, dispersa a tiros uma multidão que se dirige, com certa agitação, ao palácio do Governo, supondo que se trata de um bando de sediciosos, quando, na realidade, eram populares que iam protestar sua adesão ao presidente da República. A regra a aplicar-se, aqui, é a do art. 17, 2.ª parte: o agente, iludido pelas circunstâncias de fato, supõe estar cumprindo um dever legal. Se vem a ser atingido e morto um dos populares, o guarda-civil (do mesmo modo que o delegado, se este também laborou em erro) não responderá pelo homicídio a título de dolo, e nem mesmo a título de culpa, se o erro era escusável.

⁸⁷ VON BAR (*Gesetz und Schuld im Strafrecht*, III, pág. 115): *"Streng juristisch betrachtet erscheint die Straflosigkeit des Beamten auf Grund eines gesetzwidrigen Befehls als Entschuldigung eines Rechtsirrtums, welche vom Gesetze als eine Art Privileg gewährt, wenn nötig auch ohne Verzug, sicherzustellen, ein Privileg, das zugleich sich daraus ergibt, das die Staatsordnung den Untergebenen im allgemeinen der Autorität des Vorgesetzten unterstellt"* (isto é, "sob o ponto de vista rigorosamente jurídico, o fundamento da impunibilidade do executor de ordem ilegal está na exculpação de um erro de direito, que a lei garante como uma espécie de privilégio, exatamente para assegurar o cumprimento de ordens legais, — privilégio que decorre do fato de a organização política subordinar geralmente o inferior à autoridade do superior").

págs. 334 e segs.); MEZGER (ob. cit., II, pág. 370); LISZT-SCHMIDT (ob. cit., pág. 198); VIDAL-MAGNOL (ob. cit., pág. 319); SOLER (ob. cit., I, págs. 338 e segs.).

Na apreciação dos casos concretos, deve ter-se em conta, entre outras circunstâncias, o grau de instrução do executor e o tempo que teve para refletir sobre a legalidade da ordem. É de negar-se, indubitavelmente, o dever de obediência (e, portanto, a ausência de culpabilidade ou isenção de pena) quando se trata de ordem cuja execução não podia deixar, *prima facie*, de afigurar-se um crime mesmo aos olhos do *homo rusticus*. Era já este o critério romanístico, a propósito do *servus* que praticasse uma ação ilícita em obediência ao *dominus*: “*Ad ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, obtemperaverint.*” (“Perdoam-se aos escravos as ações que não tenham a atrocidade de um crime, se as praticaram em obediência ao senhor ou ao que suas vezes faz.”) Idêntica era a decisão do direito intermédio: “... *in delictis, atrocibus mandatum superioris nunquam excusat.*”⁸⁸

A impunibilidade decorrente da obediência devida pressupõe, além disso: a) uma relação *oficial* (de direito público) de subordinação; b) ordem emanada de autoridade superior, nos limites de sua competência, em face do subordinado; c) forma legal da ordem (isto é, preenchimento dos requisitos mediante os quais a ordem se impõe à obediência).

25. Desistência voluntária e arrependimento eficaz. Dispõe o art. 13 do Código: “O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime, ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.” No primeiro caso, dá-se a desistência voluntária (*freiwillige Rücktritt*, dos autores alemães), isto é, a voluntária interrupção do *iter criminis*: Tício prepara e apresenta a iguaria envenenada a Mévio, cuja morte planejou; mas, a seguir, arrependido, faz cair o prato, evitando que a insciente vítima

⁸⁸ JULIUS CLARUS (ob. cit., § V, *Sententiarum receptarum*, Q. LX, ns. 15 e 16).

ingira o alimento. No segundo caso, ocorre o chamado “arrependimento eficaz” (*tätige Reue*), isto é, o impedimento voluntário do *eventus damni*, depois de exaurida a atividade suficiente para produzi-lo. Tício propina o veneno a Mévio, mas, ato seguido, ministra-lhe um contraveneno, evitando o efeito letal.⁸⁹ Trata-se de *causas extintivas de punibilidade* (embora não catalogadas no art. 108), ou, seja, circunstâncias que, sobrevindo à tentativa (inacabada, num caso; acabada, noutro) de um crime, anulam, *ex vi legis*, a punibilidade do fato a esse título. Há, aqui, uma renúncia do Estado ao *jus puniendi* (ressalvada a punibilidade dos atos já praticados, quando, por si mesmos, constituam crime), ditada por motivos de oportunidade. A *tentativa* não pode ser suprimida retroativamente (pois *factum infectum fieri nequit*), mas, como diz VON LISZT, “a lei, por considerações “de política criminal, pode construir uma ponte de ouro “para a retirada do agente que já se tornara passível de “pena (*“wohl aber kann die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen Grund dem bereits straffällig gewordenen Täter eine goldene Brücke zum Rückzuge“*). É o que acontece com o atribuir-se efeito extintivo de punibilidade à resipiscência do agente. O fato não deixa de ser *crime tentado, a parte objecti* e *a parte subjecti*: somente desaparece a possibilidade de aplicação de pena, a título de *conatus*. Rejeitando o exemplo dos Códigos italiano e suíço (este *autoriza* e aquele

⁸⁹ Sobre o art. 13, assim se exprime o ministro CAMPOS, na *Exposição de motivos*: “É reconhecida a isenção de pena no caso de “*desistência voluntária* da consumação, ressalvada a punibilidade “dos atos já praticados. Não é exigida a *desistência espontânea*: “basta que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis*. Também é declarado imune “de pena o agente no caso de *arrependimento eficaz*, isto é, quando, “de sua própria iniciativa, já empregada a atividade necessária e “suficiente para a consumação, impede que o resultado se produza. “A concessão da imunidade penal pareceu-nos mais aconselhável, “do ponto de vista *político*, que o critério da simples atenuação da “pena.” (*Rev. Forense*, vol. 85, págs. 439 e segs.)

ordena a isenção de pena no caso de *desistência voluntária* e a simples atenuação da pena no caso de *arrepentimento eficaz*), para aceitar o critério adotado pelos Códigos dinamarquês e polonês, o nosso equipara as hipóteses em questão, determinando, imperativamente, quer numa quer noutra, a cessação da punibilidade.

26. Concurso de agentes. O novo Código não distingue, em princípio, para diverso tratamento penal, entre *co-autoria* (*correato*) e *cumplicidade* “*stricto sensu*”, entre *participação primária* ou *imediate* e *participação secundária* ou *mediata*, entre *autoria moral* e *autoria material*, entre *auxílio necessário* e *auxílio não necessário*, entre *socii criminis* e *socii in crimine*. Segundo dispõe o art. 25, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”. Este critério de solução é um consectário da teoria da *conditio sine qua non* ou da *equivalência dos antecedentes causais*, isto é, o ponto de partida do conceito da participação criminosa, tal como o formula o art. 25, é a teoria da causalidade consagrada no art. 11. Aceito o critério de que não há distinguir entre *causa* e *condição*, entre causa imediata e causa mediata, tinha logicamente de não mais discernir entre *executores* (autores imediatos) e *cúmplices* (autores mediatos): todos são, igualmente, *auctores criminis*. Justamente acentua a *Exposição de motivos*: “O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades, que são, no seu inscindível conjunto, a causa *única* do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo.”

GALDINO SIQUEIRA⁹⁰ entende que o art. 25 não disciplina a *participação criminosa* propriamente dita, mas a *autoria*

⁹⁰ Código Penal Brasileiro, 1941, pág. 115.

colateral (a *Nebentäterschaft*, de von LISZT), porque não faz expressa referência, como era de mister, à *consciência do fim comum*. É flagrante o equívoco do crítico. Em primeiro lugar, o elemento psíquico da participação criminosa, na sua moderna conceituação, não é a *consciência do fim comum*, mas a *consciente vontade no sentido da ação comum*: se o resultado desta é previsto e querido por todos os partícipes, dá-se a participação em crime doloso; se o resultado, embora previsível, não é previsto ou, se previsto não é *ratificado*, dá-se a participação em crime culposo. Por outro lado, se a participação não tivesse como pressuposto a consciência, em cada um dos co-partícipes, de concorrer à atividade coletiva, não teria sentido, sob o ponto de vista da responsabilidade penal, a unificação do título do crime, determinada no art. 25. Evidentemente supérflua teria sido, portanto, a menção expressa, no texto legal, desse elemento psicológico. Por supérfluo, foi rejeitado, na elaboração do atual Código Penal italiano, o proposto acréscimo do advérbio “conscientemente” após o verbo “concorrem”, na fórmula sobre o concurso de agentes. É meridlanamente claro que a participação *inconsciente* na ação de outrem não pode ser equiparada a esta, em face de um código visceralmente fundado na responsabilidade subjetiva. Se há convergência de ações sem que os agentes tenham consciência disso, não há falar-se em *participação*, porque esta, sob o prisma jurídico-penal, só é concebível quando haja uma ligação ou interdependência de vontades. Inexistindo o nexu volitivo, cada um dos agentes responde por conta própria e exclusiva e na estrita medida da respectiva ação. Isto é elementar, e a lei deve abster-se de dizer coisas elementares. Um código não é livro de doutrina. A *autoria colateral*, de von LISZT, entrará no conceito de *participação*, se há entre os agentes a consciência de cooperar na ação comum (exemplo dos dois operários que, imprudentemente, arremessam uma tábua do alto do andaime à via pública, ocasionando a morte de um transeunte); do contrário, é lógico que não terá aplicação o disposto no

art. 18, porque, faltando a consciência de cooperação na obra comum, falta o nexo psicológico que faz das ações convergentes, segundo comezinho princípio de direito penal, uma ação única e irrepartível, para o efeito de uma idêntica responsabilidade para cada um dos agentes.

Em face do art. 48, parág. único, o partícipe responde, embora com pena atenuada, pelo crime resultante da ação comum, ainda que mais grave do que aquele em que realmente queria participar. É preciso, porém, para tal efeito, que o evento mais grave, não querido pelo partícipe *dissensiente*, esteja na linha de desdobramento causal da atividade para a qual contribuiu. Esta lição se impõe pela própria regra da causalidade. Assim, se Tício determina Mévio a espancar Semprônio, e Mévio age com tal brutalidade que produz a morte da vítima, responderá Tício a título de homicídio (diminuída a pena de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo cominado *in abstracto*). No caso em que o evento mais grave seja alheio à atividade para a qual o *dissensiente* prestou sua quota de causalidade, não há *convergência*, mas *dissídio* de energias, rompendo-se o vínculo de unidade causal, na conformidade do parágrafo único do art. 11: a superveniente conduta dos outros agentes é causa *independente* e *exclusiva* do evento diverso mais grave. Assim, se Tício manda Mévio esbofetear Caio, e Mévio desfecha um tiro contra este, matando-o, não responde Tício a título de homicídio. Outro exemplo: Tício e Mévio combinam praticar um furto em casa de Caio, e Tício, penetrando na casa, enquanto Mévio fica de alcatéia, estupra e mata uma filha de Caio, para saciar seu instinto de sádico. Não responde Mévio por tais crimes.

Suponha-se, agora, que Mévio, no primeiro caso, cumprindo o mandato, tivesse realmente esbofeteadado Caio, e este, ao reagir, fosse morto por Mévio, ou, no segundo caso, que Tício matasse o próprio Caio, que o surpreendera e procurava impedir a consumação do furto: Tício e Mévio responderão por homicídio, pois, em tais condições, não deixaram de ser

causa da causa (e *causa causae causa est causati*). Suponha-se ainda que Caio, ao ser esbofeteado por Mévio, a mando de Tício, perca o equilíbrio e tombe, com tanta infelicidade que, batendo contra o meio-fio da calçada, vem a morrer por fratura da base do crânio. Tício (do mesmo modo que Mévio) responderá por *homicídio preterintencional* ou *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3.º).

Deve notar-se que não terá aplicação o disposto no parágrafo único do art. 48, se o partícipe, embora não querendo o resultado mais grave, previu-o e *consentiu* no seu advento (dolo eventual). Assim, se Tício manda Mévio dar uma *coça de pau* em Caio, sabendo que Mévio é um indivíduo possante e facinoroso, responderá por homicídio, sem atenuação especial de pena, se Mévio, com a brutalidade do espancamento, vem a matar a vítima. Entende MANZINI⁹¹ que, para ser aplicada a atenuação, é necessário que o partícipe não tenha querido, de modo algum, o crime mais grave; de sorte que estará excluída naqueles crimes em que a vontade do agente não pode eficazmente dominar ou limitar as consequências da ação, pois, em tais casos, é evidente que o resultado mais grave se compreende necessariamente no campo de sua volição. Igualmente deixa de haver atenuação de pena, se o partícipe se abstém de impedir o evento mais grave, quando podia agir em tal sentido (concurso mediante omissão no crime mais grave).

Tratando do caso mais freqüente do crime diverso mais grave, qual o de *excesso de mandato*, RANIERI⁹² propõe o seguinte critério de orientação: a regra *causa causae causa est causati* deve ser aplicada sempre que a conduta do mandatário tiver sido dominada pelo motivo que lhe fez surgir no espírito a conduta do mandante.

Perfeitamente possível é o *mandato de mandato* (ou instigação de instigação, numa palavra: participação de parti-

⁹¹ *Trattato*, II, págs. 454-455.

⁹² *Il concorso di più persone in un reato*, págs. 122 e segs.

cipação). O primeiro mandante responderá do mesmo modo que o segundo ou intermediário. Também pode ocorrer o mandato (ou induzimento) *sucessivo*, ignorando-se reciprocamente os sucessivos mandantes. Neste caso, porém, cumpre distinguir: se, com o primeiro mandato, o mandatário já se havia positivamente decidido à execução do crime (como no caso do *omnimodo facturatus*), o segundo mandato terá resultado inócuo e, assim, não importará participação.

Nos arts. 45 e 48, ns. II e IV, letra e, o Código prevê circunstâncias gradativas da pena *especiais* à participação criminosa. No art. 48, n.º II, depara-se, aliás, uma exceção à regra da objetiva equivalência das causas: a pena é *obrigatoriamente* atenuada em relação ao co-partícipe cuja cooperação no crime “tiver sido de somenos importância”.

Segundo declara o art. 26, são *incomunicáveis*, entre os co-partícipes, “as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. *A contrario sensu*, sempre se comunicam as circunstâncias *objetivas* e as *mistas*, sejam ou não conhecidas dos concorrentes. Com o vocábulo *circunstâncias*, o art. 26 não se refere apenas aos *accidentalia delicti*, mas a qualquer condição que importe, de modo geral ou especial, atenuação, agravação ou exclusão de pena. São *pessoais* as circunstâncias *subjetivas* que só dizem com a pessoa do co-partícipe a que se referem, sem qualquer influência sobre a materialidade do crime ou sobre a concorrente força psíquica dos demais co-partícipes. Tais são, por exemplo, a *reincidência*, o *erro de fato*, a *embriaguez fortuita*, etc. São *objetivas* as que afetam a execução e materialidade do crime, *in exemplis*: a *emboscada*, o *emprego de veneno*, a duplicidade de vítimas na *aberratio ictus*, etc. São *mistas*, finalmente, as circunstâncias que, embora pessoais, se refletem sobre a objetividade do crime. Exemplo típico desta espécie de circunstâncias *comunicáveis* são, em que pese à contrária opinião dominante, a *desistência voluntária* do executor e o *arrepentimento* eficaz de qualquer dos co-partícipes. No primeiro caso, é detida a já iniciada execução material do

crime; no segundo, é evitada a sua consumação. A outorga da isenção penal não é concedida, em tais hipóteses, apenas porque o agente revele menor capacidade de delinquir (condição *pessoal*), mas também, e principalmente, porque foi evitado o *eventus damni*. É, portanto, inegável o caráter *misto* (objetivo-subjetivo) das circunstâncias em questão e sua conseqüente comunicabilidade entre os *socii criminis*.

Ponto digno de atenção, em matéria de *concurso plurium ad idem delictum*, é o da *revogação do mandato criminoso*. Várias são as hipóteses que podem ser formuladas: 1.ª — revogação tempestiva, não se iniciando a execução do crime; 2.ª — revogação tempestiva, mas sem impedimento do crime; 3.ª — revogação tempestiva, mas acontecendo que o mandatário comete o crime por motivos próprios. Solução: na 1.ª hipótese, mandante e mandatário ficam isentos de pena (art. 27); na 2.ª, nenhuma isenção de pena em favor do mandante; na 3.ª, fica o mandante imune de pena.

27. Homicídio privilegiado. Depois de incriminar determinado fato, a lei penal, muitas vezes, passa a ter em conta certas circunstâncias subjetivas ou objetivas de que ele pode revestir-se, assumindo um cunho especial de maior ou menor gravidade, e adota, então, um duplice critério de decisão: ou configura um crime à parte, com título próprio e pena autônoma, superior ou inferior à do *tipo fundamental*; ou conserva o crime básico, com o seu *nomen juris*, mas cominando-lhe uma pena maior ou menor, dentro de novos limites, ou determina ou autoriza uma especial agravação ou atenuação da pena, segundo uma quota fixa ou variável. Em tais casos, diz-se o crime *qualificado* (*delictum qualificatum*) ⁹³ ou *privilegiado* (*delictum privilegiatum*, *delictum*

⁹³ GALDINO SIQUEIRA, em frívola crítica ao art. 1.º do Código, pretende que este devia dizer “não há crime sem lei anterior que o *qualifique*”, ao invés de “não há crime sem lei anterior que o *defina*”. O reparo não parece vir de um técnico. É evidente a ambigüidade que resultaria da redação inculcada pelo velho mestre.

exceptum), conforme seja particularmente considerado, no dispositivo legal, o *plus* ou o *minus* de gravidade.

Assim, crime *qualificado* é o roubo, em relação ao furto, e crime *privilegiado* é o infanticídio, em relação ao homicídio; *qualificado* é o homicídio previsto no § 2.º do art. 121, como *privilegiado* é o homicídio nas hipóteses do § 1.º do mesmo artigo.

Vamos tratar, primeiramente, do homicídio privilegiado sem mudança de *nomen juris*. Apresenta-se ele nos seguintes casos (art. 121, § 1.º): a) quando o agente é impelido por motivo de relevante valor social ou moral, e b) quando o agente se encontra sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Os *motivos determinantes* constituem, no direito penal moderno, a pedra de toque do crime. Não há crime *gratuito* ou sem motivo⁹⁴ e é no motivo que reside a significação mes-

⁹⁴ Já assim abordamos o tema: "Será possível um crime inteiramente *gratuito*, desprovido de motivo, oriundo de uma volição sem causa ou sem finalidade? Em sentido afirmativo responde ANDRÉ GIDE, no seu livro *Les caves du Vatican*. O jovem Lafcádio, empurrando para o abismo a Fleurissoire, teria realizado o que se pode chamar um "ato puro", sem o lastro de qualquer motivação, sem outro antecedente subjetivo que um desejo espontâneo, *sine matre creatus*.

Evidentemente, o personagem de GIDE não cabe nas "roupas feitas" do *homem normal* de LOMBROSO ("*buon mangiatore e lavoratore ordinato, egoista, abitudinario, rispettoso d'ogni autorità, anti-male addomesticato*") ou do *Philister* de VÍTOR HEHN ("produto de hábito, desprovido de fantasia, razoável, ornado de todas as virtudes da mediocridade, levando uma vida honesta, graças à moderação de suas exigências intelectuais, suportando, com paciência co-movedora, todo o fardo de prejuízos que herdou de seus antepassados"). A não ser pelo impulso de um motivo e, ainda mais, de um motivo *premente* e *necessário*, o homem normal, o *bonus paterfamilias*, de que falavam os romanos como tipo médio do equilíbrio psíquico, não pode desprender-se de sua covardia natural, ou tomar nos dentes o apertado freio com que o dirige a própria consciência, onde se acumulam, estratificados e arralgados, os preconceitos so-

ma do crime. ⁹⁵ O motivo é o “adjetivo” do elemento moral do crime. É através do “porquê” do crime, principalmente, que se pode rastrear a personalidade do criminoso, e identificar a sua maior ou menor anti-sociabilidade. Para regular e

⁹⁵ VERGARA, *Dos motivos determinantes em direito penal*, pág. 73.

ciais, os resíduos da experiência hereditária ou adquirida. Uma vontade consciente exercendo-se sem motivo ou como causa exclusiva de si mesma é qualquer coisa como o milagre da levitação, ou, o que vale o mesmo, uma rematada absurdez. Se se admite a possibilidade de exteriorização de uma volição espontânea, sem um *cur* ou sem um *propter*, tem-se de acreditar, também, que o barão de Munchausen realmente se tirou do atoleiro, a si e a seu cavalo, puxando pelo próprio topete.

É certo que a vontade consciente não é prerrogativa do *homo medius*, pois existe também nos *loucos do sentimento*, nos *imbecis da afetividade*, nos *analfabetos do senso moral*, nos *enfermos psíquicos em geral*; mas ainda em tais casos não será possível reconhecer-se uma vontade *imotivada*. O motivo de iniciativa da vontade será *fútil, insuficiente, excêntrico, extravagante, irrisório*, mas não deixará de existir.

BALDASSARRE (*I moventi a delinquere*) nos conta de um desses anormais que espancou um pacífico viandante porque *não lhe agradava o seu jeito de andar*, e de outro que feriu gravemente um sacristão porque *não sabia tocar a campainha direito*. É dessa casta o herói de GIDE: não passa de um psicopata ou de um anômalo da afetividade. O seu gesto homicida, retraçado na sua gênese, não foi inteiramente destituído de motivo. Analisado o fato, segundo a própria atraente narrativa de GIDE, percebe-se que Lafcádio foi decisivamente influenciado por motivos, embora fossem estes *inadequados*, ou mesmo de *cômica frivolidade*. Poucos antes de acometer Fleurissoire, ele o contemplava junto à portinha do vagão e monologava: ... — “*Il n’a pas l’air heureux. Il doit souffrir d’une fistule, ou de quelque affection cachée. L’aiderai-je! Il n’y parviendra pas tout seul...*”

Em seguida, regozija-se previamente:

— “*Un crime immotivé: quel embarras pour la police!*”

Após o crime, quando interpelado pelo estupefato Baraglioul, responde:

— “*Je ne sais pas... Il n’avait pas l’air heureux...*”

individualizar a medida da pena, não basta averiguar o valor psicológico do réu, a maior ou menor intensidade do dolo ou a quantidade do dano ou perigo de dano: é imprescindível ter-se em conta a *qualidade* dos motivos impelentes.

Desprezadas subdistinções inúteis, os motivos podem ser classificados em *imorais* ou *anti-sociais* e *morais* ou *sociais*. Estes devem atenuar, aqueles devem agravar a pena. Segundo o Código, o “motivo de relevante valor social ou moral” não é apenas uma atenuante comum (art. 48, n.º IV, letra a): autoriza, em certos crimes, como no homicídio, uma *especial* redução de pena, — redução que não encontra obstáculo sequer no *mínimo* da pena cominada no art. 121. Tal seja o caso, o juiz pode limitar-se a aplicar a pena de reclusão por quatro anos, isto é, pode reduzir de um terço o mínimo da pena do “homicídio simples”.

Deve ser acentuado, preliminarmente, que o valor social ou moral do motivo é de ser apreciado, não segundo a opinião ou ponto de vista do agente, mas com critérios *objetivos*, segundo a consciência ético-social geral ou senso comum.

A *insuficiência de motivação* não pode ser confundida com *ausência de motivos*. O preponderante motivo de Lafcádio foi, certamente, o *propósito de praticar um crime sem motivo*. Motivo paradoxal, disparatado, mas motivo, *quand même*. Não resta dúvida que a indiferença moral de Lafcádio, o atroz cinismo com que encara o estúpido crime que praticou, revela nele uma franca anormalidade moral, não sendo impossíveis uma lúcida inteligência, qual a dele, e uma sentimentalidade obtusa. De outro modo, teria GME criado um personagem irreal, destacado completamente da humanidade, a realizar o prodígio de uma vontade atuante sem estímulos externos. Crime sem motivo, somente poderá praticá-lo um alienado mental à *grande orquestra*; mas neste caso já não há falar-se em *vontade*, mas num puro automatismo psíquico, ficando o indivíduo à mercê do incubo da própria loucura, e abolida, de todo, a sua identidade com o ambiente social. O *crime gratuito*, como fato de um indivíduo *compos sui* ou psiquicamente íntegro, segundo a concepção de GME, não é deste mundo.”

Tendo-se em vista que o direito penal não se preocupa com uma moral superior ou ideal, mas tão-somente com a *moral prática* ou *positiva*,⁹⁶ que se confunde com a noção do bem ou do útil social, pode parecer que haja uma redundância no preceito legal, quando fala em “motivo de relevante valor *social* ou *moral*”. Deve, porém, entender-se por motivo *social* aquele que corresponde, mais particularmente, aos interesses coletivos, ou é suscitado por específicas paixões ou preocupações sociais, nobres em si mesmas e condizentes com a atual organização da sociedade.⁹⁷ Aquele que, num *raptus* de indignação cívica, mata um vil traidor da pátria, age, sem dúvida alguma, por um motivo de *relevante valor social*. A especial atenuação de pena também não poderia ser negada, por exemplo, ao indivíduo que, para assegurar a tranqüilidade da população em cujo seio vive, elimina um bandido perigoso.

O motivo *político*, quando nobre ou altruístico, e não inspirado em credos subversivos do atual regime social, pode ser incluído entre os motivos de *relevante valor social*. Aos homicidas a feição de Carlota Corday não é demais que se conceda um perdão parcial.

Não basta, para o efeito da redução de pena, que o motivo tenha valor social ou moral: é necessário que este seja *relevante*, isto é, notável, importante, especialmente digno de apreço.

⁹⁶ A moral prática é que forma e condiciona o direito como regra de disciplina social. Sob o prisma objetivo, o fim que a moral positiva aprova é fim *social*, e o que ela desaprova não pode deixar de ser *anti-social*. Como diz GRISPIGNI (*Introduzione alla sociologia criminale*, pág. 91), “*chiunque, prescindendo dalle proprie convinzioni filosofiche e religiose relative al dovere essere della moralità, consideri dal punto di vista scientifico, e cioè obbiettivo, il contenuto che storicamente hanno assunto i precetti morali, e cioè la morale reale e positiva, deve riconoscere che i fatti da questa vietati sono quelli nocivi alla vita sociale*”.

⁹⁷ MANZINI, *Trattato*, vol. II, pág. 184.

Por motivo de valor *moral* se deve entender todo aquele que merece o apoio da moralidade média. Um motivo de tal ordem não pode deixar, quando relevante, de mitigar a gravidade da ação homicida. Mesmo aqueles homicídios que, *in abstracto*, se afiguram imperdoáveis, podem, em certos casos, por efeito da *moralidade* dos motivos, tornar-se até certo ponto justificáveis. O *parricídio*, por exemplo, que é o mais execrável dos crimes, pode, excepcionalmente, encontrar alguma explicação no motivo de ordem ética. MAUPAS-SANT escreveu a respeito uma página impressionante. Outro crime extremamente repulsivo é o da mãe que mata conscientemente o próprio filho, e, no entanto, quem não teria um pouco de benevolência para com aquela mulher que, há tempos, em São Paulo, não podendo conformar-se com o hábito de furtar adquirido pelo filho adolescente, preferiu matá-lo a vê-lo, de futuro, arrastando a vida de um ladrão incorrigível?

Como exemplo de homicídio privilegiado, a *Exposição de motivos* indica o homicídio eutanásico ou piedoso. O primitivo Projeto SÁ PEREIRA, no art. 130, n.º IV, incluía entre as atenuantes genéricas a circunstância de haver o delinqüente cedido “à piedade, provocada por situação irremediável de sofrimento em que estivesse a vítima, e às suas súplicas”, e no art. 189, dispunha que “àquele que matou alguém nas “condições precisas do art. 130, n.º IV, descontar-se-á por “metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz “convertê-la em detenção”.... No Projeto da Subcomissão Legislativa (SÁ PEREIRA, EVARISTO DE MORAIS, BULHÕES PEDREIRA), já não se contemplava expressamente o homicídio compassivo como *delictum exceptum*, mantendo-se, entretanto, a atenuante genérica que figurava no inciso IV do art. 130 do Projeto anterior. Também o novo Código não cuida explicitamente do crime por piedade; mas este pode acolher-se à sombra da atenuante geral do “motivo de relevante valor moral”, e, quando se trate de homicídio ou de

lesões corporais, terá ingresso, para especial redução de pena, nos arts. 121, § 1.º, e 129, § 4.º

O legislador brasileiro não se deixou convencer pelos argumentos que defendem, no tocante ao homicídio piedoso, a radical impunibilidade ou a faculdade do perdão judicial. Rejeitou, assim, o exemplo dos Códigos Penais sociético e uruguaio.

Segundo um conceito generalizado, o homicídio eutanásico deve ser entendido como aquele que é praticado para abreviar piedosamente o irremediável sofrimento da vítima, e a pedido ou com o assentimento desta. A tese de BINDING e HOCHÉ, que patrocinavam a extensiva permissão da eutanásia, não teve ressonância alguma no direito positivo, representando apenas um culminante paradoxo de exasperado e cru materialismo. Segundo os citados autores alemães, deveria ser oficialmente reconhecido o *direito* de matar os indivíduos desprovidos de valor vital ou mental. Os enfermos incuráveis, de corpo ou de espírito, deveriam ser eliminados em nome da sociedade,⁹⁸ para que esta se aliviasse de um peso-morto. Seria o calculado sacrifício dos desgraçados em holocausto ao maior comodismo dos felizes. Seria o regime do

⁹⁸ A este postulado responde belamente o escritor uruguaio GARCÍA PINTOS (cujo livro *El respecto a la vida* foi um irrefutável libelo contra o infeliz dispositivo do Código do seu país que autorizava o perdão judicial para o homicídio eutanásico): “*Si algún día en el corazón humano llegase a extinguirse totalmente toda llama de amor y solidaridad social, y en la mente del hombre no pudiese ya florecer el más menguado penacho de idealismo, para pensar en tales matanzas, maldigamos desde ya ese día; porque entonces si que la sociedad, no obstante su exuberancia de valores vitales e sociales, no estaría compuesta más que por muertos espirituales. Y esta sociedad así compuesta significaría el triunfo del más crudo materialismo, en que solo había lugar para la moral científica que, al decir de SALICRÚ, es la moral de las hienas. Y aquella sentencia de SENECA que afirma que el hombre ha de ser una cosa sagrada para el hombre, homo res homini sacra, quedaría suplantada por el selvático apotegma de HOBBS — homo homini lupus, el hombre es un lobo para el hombre.*”

egoísmo brutal da *jungle* transplantado para o seio da sociedade civilizada. Nada tem a ver com essa espécie de eutanásia a limitada tolerância do nosso Código para com o "motivo de relevante valor moral". E mesmo tratando-se de "eutanásia voluntária", tal motivo só deverá ser reconhecido em casos especialíssimos, depois de afastada a hipótese, por mais leve que seja, de uma simulação.

É inegável o acerto de decisão do novo Código, ao enjeitar a completa isenção de pena no caso do homicídio por piedade, ainda que sem remédio o sofrimento da vítima e preceda a súplica ou aprovação desta. Sobre o tema, já escrevemos alhures o seguinte: "Se é verdade que a *honestidade* do móvel e o *consentimento expresse* da vítima como que tiram ao homicídio seu caráter alarmante e anti-social, não é menos verdade que a pretendida impunibilidade da chamada *eutanásia* não passa de um desses paradoxos característicos da extrema liberdade intelectual da época atual... "O homem, ainda que irremediavelmente acuado pela dor ou minado por um mal físico, não é precisamente a rês estropiada, que o campeiro abate. Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e os desgraçados. Além disso, não se pode olvidar que o sofrimento é um fator de elevação moral. Não nos arreecemos, nesta época de retorno ao espiritualismo, de formular também o argumento religioso: eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o crisol em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas. *Ad Augusta per angusta*. Os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus. O sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de *peagem* na peregrinação do homem pelo mundo. Um escritor de nossos dias, fazendo o elogio da dor, reclama-a com entusiasmo:

“Tere, dor ! Sem covardia, sem rodelo, sem erro, sem viés: “sei esperar-te a pé firme.” Tal desafio, porém, é um mero “devaneio literário. Raro é o homem que sabe suportar “nobremente a dor. Esta, de regra, produz a impaciência e “é um espetáculo que contrista e apieda. É quase sempre “o mesmo lastimoso e aflitivo drama que AGESANDRO talhou “no mármore, reproduzindo o suplício de Laocoonte. Mas, “se devemos chorar sobre a dor alheia, quando sem cura e “sem alívio, a lágrima da nossa compaixão e do nosso de- “sespero, não podemos jamais interceptar uma existência “humana na sua função finalística, que se projeta além “das coisas terrenas.

“Rejeitando o conceito filosófico, de que a vida é um “direito inalienável, a Escola Positiva, por intermédio de “FERRU, proclamou o *direito de morrer* e, conseqüentemente, “chegou à conclusão de que o consentimento da vítima é “uma discriminante no homicídio. Se o direito à vida — “diz o autor de *L'omicidio-suicidio* — é tangível e anulá- “vel em certos casos, quer por parte do Estado (pena de “morte), quer por parte de um particular (legítima defesa, “estado de necessidade), tal direito também pode ser abdi- “cado ou renunciado por parte do seu titular. Nem a “família nem a sociedade têm um *verdadeiro e próprio* “direito à vida de cada um de seus membros. Que a so- “ciedade e a família tenham, em regra, *interesse* na exis- “tência de cada um dos seus membros é inegável; mas “*interesse não é direito*, pois que um deriva da simples *uti- “lidade*, outro da imprescindível *necessidade*: faltando esta, “inexiste o direito. Nem mesmo em tese tal argumento “seria irresistível (pois o *jus in se ipsum* seria o contra- “senso de um direito *associal*); mas, na realidade, atribuir “valor jurídico ao consentimento que, à própria morte, dá “alguém nos *raptus* de angústia provocado pela dor, é, sem “dúvida alguma, adotar um critério tão formalístico quanto “o do direito romano primitivo ao prescrever que *voluntas “coacta est voluntas*. Juridicamente, é imponderável o con-

“sentimento de quem, sob a coação de uma dor cruciante, despede-se do *tenerrimus affectus* da própria conservação. Poderia dizer-se — indaga MORSELLI — que está na integridade das suas faculdades o enfermo que pede a morte? Não é o suicídio, quase sempre, um motivo para duvidar-se da saúde mental de quem se priva da vida? É preciso reconhecer — continua o escritor de *L'uccisione pietosa* — que muito duvidosa é a consistência jurídica do desejo ou vontade expressos ou concebidos em momentos de dor, quando o espírito está dominado pela emoção e pela angústia, quando pelo estado autotóxico do cérebro podem faltar de todo ou estar muito diminuídas a consciência e a espontaneidade dos próprios atos.”

“O indivíduo que autoriza a própria morte não está, não pode estar na integridade de seu entendimento. O apego à vida é um sentimento tão forte que o homem, no seu estado psíquico normal, prefere todas as dores e todos os calvários à mais suave das mortes. Aquele mísero Chanteau, que ZOLA descreve em *La joie de vivre*, é de uma realidade flagrante. Anquilosado pela gota, a uivar entre as tenazes da dor física, reduzira-se ele a um lamentável farrapo humano, atirado para o fundo de uma cadeira de rodas. O próprio alimento era preciso que lho dessem à boca. Era um trambolho na casa onde parentes o haviam acolhido por caridade. No entanto, que insaciável desejo de viver! Certa vez, à hora do jantar, quando já o haviam transportado para junto da mesa, ocorreu um contratempo: descobrira-se que uma antiga criada da casa enforcara-se numa árvore do quintal. Foi um reboleio. E Chanteau, ante a simples perspectiva da refeição adiada, indignou-se: — *Faut-il être bête pour se tuer!*”

“Ainda que a vida se transforme numa tortura de cada instante, há uma força imperiosa que nos traz chumbados a ela: é o instintivo medo da morte. Não há religião ou filosofia que faça o homem conciliar-se com a idéia do próprio inevitável exílio. O homem, enquanto lhe resta

“o senso normal dos fatos e das coisas, não troca o sofrimento de mil agonias pelo “sono de que não se acorda”. “E não é somente a morte, em si mesma, que apavora: é, também, o vago sentimento do *desconhecido*, o incoercível medo do *além-túmulo*. MAETERLINK, ao reputar absurdo que o horror da morte exija a prolongação da agonia, não atendeu a que o instinto só admite uma lógica: a que o identifica consigo mesmo.

“A licença para a eutanásia deve ser repelida, principalmente, em nome do direito. Mesmo admitindo-se que o assentimento da vítima pudesse anular a criminalidade do fato, não seria ele jamais o produto de uma vontade consciente ou de uma inteligência íntegra. De outro lado, reconhecer no intuito caritativo do matador um motivo de plena exculpação importaria, como acentuava CARRARA, a adoção de um precedente subversivo em matéria penal: aquele que, numa sexta-feira, furtasse a ração de carne do vizinho, poderia dizer, para garantir-se isenção de pena: “Assim procedi para impedir que o meu vizinho pecasse”; aquele outro que prevaricasse com a mulher do amigo que em vão deseja descendência, poderia alegar: “Meu intuito foi proporcionar-lhe o consolo de um filho...” E assim por diante.

“Defender a eutanásia é, sem mais, nem menos, fazer a apologia de um crime. Não desmoralizemos a civilização contemporânea com o preconício do homicídio. Uma existência humana, embora irremissivelmente empolgada pela dor e socialmente inútil, é sagrada. A vida de cada homem, até o seu último momento, é uma contribuição para a harmonia suprema do Universo e nenhum artifício humano, por isso mesmo, deve truncá-la. Não nos acumpliciemos com a Morte.”

GARCÍA PINTOS,⁹⁹ depois de aduzir as múltiplas razões que desaconselham a impunidade da eutanásia, chega a esta

⁹⁹ Ob. cit., pág. 78.

conclusão interessante: "Pensamos que o homicídio eutanásico, como o suicídio, não nasce de uma idéia, mas de um sentimento, de uma emoção patológica levada até o paroxismo e a cenestesia, que a transforma em angústia. E esta angústia, germinando em indivíduos hiperemotivos, em psicopatas latentes, em ciclotímicos, em desequilibrados mentais, em débeis mentais, etc., faz com que o agente trate de abreviar, com a morte do enfermo, a solução de sua própria dor." Não aceitamos, na sua irrestrição, este ponto de vista, evidentemente influenciado pela tendência da moderna psiquiatria, que cuida de lóbrigar o *patologismo* em todo ato que foge à normalidade da conduta. Nos casos em que se verifique, realmente, o cunho psicopático do gesto eutanásico, o matador, em face do nosso Código, não será beneficiado com o preceito do art. 121, § 1.º, mas com o dispositivo sobre a *responsabilidade atenuada* (parágrafo único do art. 22). *

A outra modalidade de *homicidium privilegiatum* é o homicídio emocional imediatamente precedido de injusta provocação da vítima. São três as condições cujo simultâneo implemento autoriza, na espécie, a diminuição de pena: *emoção violenta* do agente, *injusta* provocação da vítima e *sucessão imediata* entre a provocação e a reação.

Emoção é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alterações das secreções, suor, lágrimas, etc.).

* Sobre a intencional omissão do médico quanto ao emprego de meios para prolongar a vida do moribundo, veja-se a minha conferência intitulada "Ortotanásia ou eutanásia por omissão sob o ponto de vista jurídico-penal", in *Apêndice* do 6.º vol. destes "Comentários".

Segundo a teoria *intelectualista*, atualmente desacreditada, os fenômenos somáticos da emoção representam uma *consequência* do estado afetivo. Para a doutrina *somática*, entretanto, é justamente o contrário que sucede: a emoção produz-se independentemente de um estado psíquico *especial*, sendo precedida e provocada pelas variações fisiológicas.

Segundo a explicação endocrinológica, a emoção resulta de um estímulo que determina, através do sistema nervoso, uma variação endócrina (de glândulas de secreção interna), e esta, por sua vez, repercute sobre o sistema nervoso, tornando-o mais suscetível à ação do estímulo. Os psicanalistas, de seu lado, pretendem que toda emoção é expressão dinâmica de um instinto, emanada de fontes conscientes ou inconscientes.

Foi WILLIAM JAMES,¹⁰⁰ logo seguido do professor dinamarquês LANGE,¹⁰¹ quem formulou a teoria fisiológica ou somática da emoção. Segundo ele, “ter consciência de uma emoção forte é ter consciência de sua expressão orgânica”. Ao que geralmente se supõe, a emoção procederia diretamente da percepção de um tal ou qual objeto e, em seguida, o estado subjetivo emocional exprimir-se-ia no corpo, determinando modificações orgânicas. A realidade, porém é outra: as alterações orgânicas se seguem imediatamente à percepção do objeto, e a consciência que temos delas, à proporção que se produzem, é que constitui a emoção como fato psíquico. Consoante a noção vulgar, diz-se: quando perdemos os nossos haveres, afligimo-nos e choramos; quando encontramos um urso, trememos e fugimos; quando somos insultados, irritamo-nos e reagimos. Ora, o que se deve dizer, embora pareça paradoxal, é que ficamos aflitos porque choramos, ficamos com medo porque trememos, ficamos irritados porque reagimos. Se a percepção não ocasionasse direta-

¹⁰⁰ *Précis de psychologie*, trad. de BAUDIN e BERTIER, págs. 495 e segs.

¹⁰¹ *Les émotions, étude psychophysique*, trad. de DUMAS.

mente variações somáticas, não passaria de pura percepção, sem o menor calor emocional.

A emoção tem, assim, a sua fonte na atividade orgânica, em uma série de movimentos e detenções de movimentos que provocam certos fenômenos circulatórios e ressoam até o cérebro, graças ao sistema nervoso da vida vegetativa.

Há uma certa diferença entre *emoção* e *paixão*, embora esta seja originária daquela. Dizia KANT que a emoção é como “uma torrente que rompe o dique da continência”, enquanto a paixão é o “charco que cava o próprio leito, infiltrando-se, paulatinamente, no solo”. A emoção é uma descarga nervosa subitânea, que, por sua breve duração, se alheia aos plexos superiores que coordenam a conduta ou não atinge o *plano neopsíquico*, de que fala PATRIZI. A paixão é a emoção em estado crônico, é a emoção que se protraí no tempo, surdamente, introvertidamente, criando um estado contínuo de perturbação afetiva em torno de uma *idéia fixa*, de um pensamento obsidente. A emoção se dá e passa; a paixão permanece, incubando-se. Mas a paixão é como o borralho que, a um sopro mais forte, pode chamejar de novo, voltando a ser fogo crepitante, retornando a ser estado emocional agudo.¹⁰²

¹⁰² Observa MELLUSI (*Quelli che amano e uccidono*, pág. 16): “Nos tratados contemporâneos, a palavra *paixão* desaparece quase inteiramente, substituída pelo vocábulo *emoção*. A paixão, porém, pelas suas características no conjunto da vida afetiva, deve ser colocada entre a emoção e a loucura. É difícil indicar com clareza e exatidão a diferença entre emoção e paixão. Não há diversidade de natureza, porque a emoção é a fonte de que nasce a paixão; não há diferença de grau, pois, se há emoções calmas e paixões violentas, pode ocorrer também o contrário. Resta uma terceira diferença: a duração. Geralmente se diz que a paixão é um estado que dura; a emoção é a forma aguda, a paixão a crônica. Violência e duração são os caracteres que ordinariamente se atribuem à paixão; mas pode-se ainda precisar melhor a sua *natureza essencial*: a paixão é na ordem afetiva o que a *idéia fixa* é na ordem intelectual.”

A emoção estênica ou reativa, que pode levar até o crime, é um debatido tema, sob o ponto de vista da responsabilidade penal. Querem uns que ela funcione como *dirimente*, de vez que subverte o entendimento e o autogoverno. Dizem outros, entretanto, que ela não anula os *motivos da consciência* ou o *poder de inibição* próprio do homem normal. Há persistência do autocontrole, senão integralmente, pelo menos de modo a que as maiores excitações emotivas lhe são permeáveis e, sob sua influência normalizadora, podem deixar de traduzir-se em aberrações de conduta. Não há falar-se, aqui, em substituição ou abolição da consciência, — o que só se verifica nas doenças mentais. Quanto mais a consciência é provida de motivos inibitórios, menos dominante é a emoção, mais o *psíquico* resiste ao *fisiológico*. A emoção, do mesmo modo que a paixão (que é a emoção em *câmara lenta*), pertence à psicologia normal. Declarando-se *responsáveis* os criminosos emocionais ou passionais, cria-se, com a ameaça da pena, um *motivo antitético*, que, transfundido na consciência individual, se alia às forças inibitórias ou repressivas da agitação fisiopsíquica.

Entendemos que a emoção, quando atinge o seu auge, reduz quase totalmente a *vis electiva* em face dos motivos e a possibilidade do *self-control*. Já alguém comparou o homem sob o influxo da emoção violenta a um carro tirado por bons cavalos, mas tendo à boléia um cocheiro bêbedo. Na crise aguda da emoção, os motivos inibitórios tornam-se inócuos freios sem rédea, e são deixados a si mesmos os centros motores de pura execução. Dá-se a desintegração da personalidade psíquica. Dissocia-se o jogo das funções cerebrais. Recordemos a lição de MELLUSI: "*Certo l'emozione acutissima impedisce l'apprezzamento esatto delle sensazioni periferiche, onde percezioni assolutamente erronee, e quindi idee di reazione, ostacolo alla formazione di idee controstimolanti o insorgenza di idee troppo deboli per contraporsi alle altre. E così l'idea della reazione non sufficientemente vagliata, non discussa, incalza e si compie, ridotto al minimo*"

il processo inibitore; sovente questo stato equivale ad un accesso epilettico. Come trovare in questa tempesta, e tanto più se insorge in sogetti nevropsicopatici e degenerati, gli estremi psicologici del normale volere?"

É fora de dúvida, porém, que, na sua fase incoativa, o *processus* da emoção pode ser interrompido. Nessa fase, ainda é possível a interferência da *autocrítica*, e o indivíduo pode conservar-se "dentro de si" ou, como diz JAMES, deixar de exprimir a emoção, contando até dez ou modulando um assobio. Antes do momento agudo da *descarga* ou *raptus* emocional, há um decisivo instante em que ainda se pode obedecer ao influxo da atividade psíquica frenadora ou atender à exortação de HORÁCIO:

*"...animum rege, nisi paret,
Imperat."*

Já o velho SÊNeca, no seu tratado *De Ira*, distinguia entre o arranque ingovernável da emoção e o período de incipiência desta, em que é ainda praticável a intervenção da vontade consciente e livre: "A alma, uma vez aluída, lançada fora de sua sede, a nada mais obedece além do impulso que recebeu. Há coisas que, no seu início, dependem de nós, mas que, deixadas a si mesmas, nos arrastam por sua própria força e não mais permitem recuo. O homem que se lança no fundo de um abismo não é mais senhor de si, não pode deter-se, nem diminuir sua queda: um despenhamento inelutável cortou cerce toda a prudência, todo o arrependimento, e é-lhe impossível retornar ao momento ou posição em que podia ter deixado de cair. Assim, a alma que se entrega à cólera, ao amor, a uma paixão qualquer, perde os meios de conter-lhe o ímpeto. O melhor é dominarmos a primeira irritação, matando-a em seu germe, resguardando-nos do menor desvairo, pois se ela consegue arredar nossos sentidos, já não há mais evitar-lhe o império: agirá segundo o próprio capricho,

“não segundo nossa permissão. Cumpre que desde a frenteira se repila o inimigo: se este avança, apoderando-se das portas da cidadela, como poderá receber o comando de um prisioneiro?” A emoção incipiente quase sempre *aborta* quando se apresenta um forte contramotivo. Isto é de experiência comum. As mais das vezes, um indivíduo que se encoleriza, e está prestes a um ataque, sabe conter-se quando percebe a disposição reacionária do adversário ou de algum circunstante. O temor do revide é, como se diz vulgarmente, *água fria na fervura*. No momento inicial da emoção, portanto, não se eclipsa o relativo poder de seleção entre os motivos que sollicitam a vontade, isto é, não desaparece a condição da responsabilidade penal. Se o indivíduo se deixa empolgar pela emoção crescente e vai até o crime, este se apresenta como uma *actio libera in causa*.¹⁰³ É inegável que a certeza da futura punição intervém no jôgo

¹⁰³ A propósito, já assim discurremos (*Emoção e crime*, in *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, 1951, ano I, n.º 10):

“Um dos mais nítidos contrastes entre o Código Penal de 1890 e o atual é o que se apresenta no tocante ao tratamento dos chamados *criminosos emocionais*. Enquanto o antigo Código outorgava, sob a rubrica de “completa perturbação de sentidos e de inteligência”, um extensivo “*bill* de indenidade” aos indivíduos que comessem crime em estado emocional agudo, o Código de 1940 estatui, de modo categórico, iniludível e irrestrito, que a emoção não exclui a responsabilidade penal. Os pressupostos desta já não podem ser elididos pela conturbação emocional do agente no momento do crime. E não deixa de ser assim ainda quando a emoção seja *violenta* e ocasionada por grave *injustiça*, pois, em tal caso, apenas se reconhece uma diminuição ou degradação da *culpabilidade*, pela qual se mede a pena *in concreto*. Responsabilidade com menor culpabilidade ou menor punibilidade, mas nunca irresponsabilidade. Por mais que acarrete a obnubilação da inteligência, ou por mais que subverta o juízo de comparação entre os estímulos e contra-estímulos ou restrinja a faculdade de autogoverno, traduzindo uma verdadeira explosão afetiva, com rompimento dos liames entre a conduta e o psiquismo superior, e exprimindo-se numa reatividade ou descarga psicomotora incontrolável, a emoção, em face do Código vi-

dos motivos inibitórios e, no período nascente da emoção, pode decidir como *motivo prevalente*. Se assim não acontecer, seguindo-se a conduta aberrante, a efetiva punição

gente, deixa intata, por presunção *juris et de jure*, a capacidade de direito penal. Não há contornar o precelto legal: em caso algum pode a emoção, considerada em si mesma e com exclusão de outras causas, operar como dirimente. Desde que se não ligue a doença ou profunda deficiência mental, de que seja precisamente um sintoma, a emoção não exclui, nos crimes praticados sob seu influxo ou domínio, um agente responsável e punível. Mas, como se explica que, assentando a condição psíquica da responsabilidade na adequada ou razoável atuação da vontade em face dos motivos, ou na capacidade normal de dirigir a conduta segundo representações ético-sociais, possa o nosso Código atual declarar responsáveis os possuídos da emoção-choque, que se afirma ser, como estado anímico, a anarquia da vontade, o crepúsculo da consciência inteligente, o ofuscamento da razão, o intenso abalo da personalidade psico-ética?

Prima facie, o illogismo é chocante; mas, na realidade, não é senão aparente. Não apenas sob o ponto de vista pragmático ou de política criminal, que identifica a *verdade* com a *utilidade*, se fundamenta e legitima a responsabilidade dos que delinquentem em estado de *raptus* emocional: para adoção de tal critério, não há, sequer, necessidade de se criar um *jus singulare* ou de se repudiar, excepcionalmente, o princípio de subordinação da responsabilidade penal à responsabilidade moral, que, por sua vez, pressupõe a normalidade da volição consciente e livre.

Primacialmente, uma indagação se impõe: por que são minoria os indivíduos que se deixam empolgar pela emoção até o extremo da reação pelo crime? A razão se evidencia por si mesma: é que há nesses indivíduos uma deficiência dos poderes de autocritica e de auto-inibição. Deve seguir-se daí, porém, que se trate de pessoas constitucionalmente anormais ou incapazes de conduta normal? De modo algum. A normalidade não é um tipo rigidamente fixo; admite, sem desclassificar-se, variações para um *plus* e para um *minus*. É de se enjeitar, por sua gratuidade, a hipótese de uma constituição especificamente delinqüencial ou fatalisticamente orientada para o crime. Não há negar que haja no fundo de cada um de nós um *pequeno diabo*, um malévolo *djin*, um criminoso *in potentia* (que nada tem a ver com o desacreditado "criminoso nato" da doutrina lombrosiana), e o mais rigorosamente típico *homo medius* não está isento, tais sejam os motivos e as circunstâncias, de vir a cometer um crime.

deixará no indivíduo uma impressão indelével, que aumentará e tornará mais vigilante a sua faculdade de autogoverno. Não foi, certamente, por outro raciocínio que o nosso legislador penal de 40 entendeu de declarar que “não excluem a responsabilidade penal a emoção ou a paixão”.

O crime não é privilégio dos anormais. Isso de vincular o crime, de modo genérico, à anormalidade psíquica é ritornelo monótono de uma pseudociência criminológica, orientada por um vaidoso e excessivo psiquiatrismo, que ainda não conseguiu, que eu saiba, avançar além de “palpites”, de conjecturas, de “saques a descoberto”, e do qual alguém já disse, com toda razão, que é um quadro pintado pela fantasia com as tintas do arco-íris.

O que naturalmente acontece é apenas o seguinte: por disposição congênita, que se vem allar a uma educação deficitária sob o prisma ético-social, há indivíduos que apresentam, em relação a outros, um desfalque de resistência psíquica, e mais facilmente, por isso mesmo, cedem aos eventuais estímulos para a conduta anti-social. Não há nisso, porém, nenhuma proclividade ou tendência irresistível. Sempre persiste a possibilidade de isenção da vontade aos fatores endógenos e exógenos. Na formação da personalidade psíquica, não é jamais a vontade um “zero à esquerda” ou um “conviva de pedra”: ainda que claudicante, pode, pela constância de um maior esforço de si mesma, evoluir entre essas concausas e sobrepor-se a elas, por mais que conspirem no sentido de sua indisciplina. O ser humano não é precisamente o cão de Pavlov, à mercê do automatismo de “reflexos condicionados”. Em razão mesmo da sempre possível autonomia e dinamismo da vontade é que a personalidade não se apresenta como um modo de ser irrecorrivelmente definitivo ou estático. O frouxo de inibição ou lerdão de *self-control* não se equipara ao louco, autômato ou incubo da própria loucura e a ele sempre pode dizer-se: “Tu podes; logo, deves.” Certamente que há os *hipersensíveis* como há os *hipossensíveis*, mas a hiper e a hipossensibilidade são atitudes temperamentais, e não índices de anormalidade psíquica. Nem mesmo aqueles que enxameiam na “zona fronteiriça” de MAUDSLEY estão desprovidos de um mínimo de auto-inibição capaz de fazer abortar uma reação criminosa. Nada mais razoável, portanto, que os vulgares débeis da vontade sejam considerados dentro da psicologia normal e respondam plenamente por suas aberrações de conduta, tanto mais quanto são estimuláveis por motivos contrários à sua impulsividade, entre os quais ressaí, sem dúvida alguma, a san-

O novo Código somente condescende com a emoção quando derivada de uma injustiça. *Quum sit difficilimum justum dolorem temperare*. A emoção, ainda que violenta e

ção penal. Pode mesmo dizer-se que precisamente para eles é que foi instituída a pena, que, como ameaça, exerce uma salutar coação psicológica (segundo a clássica expressão de ANSELMO FEUERBACH), e, como execução, deixa, em quem a sofre, uma impressão indelével ou dificilmente esquecível, de modo a tornar mais vigilante e ativa a sua faculdade de autogoverno.

Pois bem, é de experiência comum, com abstração de improváveis ilações de *eruditismo* psicológico, que a emoção, pelo menos na sua fase incipiente, não elimina a *vis selectiva* da vontade, podendo o indivíduo, como diz WILLIAM JAMES, deixar de *exprimi-la* e frustrar, portanto, a progressividade da sua tirania. Já advertia SÊNECA, ao dissertar sobre a exaltação emotiva: "Cumpre dominarmos a primeira irritação, matando-a em seu germe, pois, se ela consegue arredar nossos sentidos, já não há evitar-lhe o império: agirá segundo o próprio capricho, não segundo nossa permissão. É preciso que desde a fronteira se repila o inimigo; se este avança, apoderando-se das portas da cidadela, como poderá receber o comando de um prisioneiro?" Antes do momento agudo do *raptus* emocional, há um decisivo instante em que ainda se pode obedecer à exortação de HORÁCIO:

"... *animum rege, nisi paret,*
"*Imperat.*"

Salvo nos casos de reação instintiva e imediata, ou reflexa, a um inopinado estímulo físico, precede sempre à emoção, ainda que breve, um *estado de consciência* permeável ao jogo dos estímulos e contra-estímulos. Assim sendo, e se o indivíduo não se coíbe *ab initio*, permitindo que a emoção passe de brasa a incêndio, para atingir o seu clímax de agitação psicomotora e descarregar na reação criminosa, não é despropósito que sua responsabilidade seja referida ao momento em que podia ter impedido o *crescendo* do estado emocional. Seu crime é uma *actio libera in causa*. Sua responsabilidade é idêntica e até mais evidente que a do indivíduo que comete crime em voluntário estado de embriaguez. Desde que deixou de atalhar a empolgadura da emoção, quando podia fazê-lo, voluntariamente se entregou ao desvario, não só prevendo como querendo, ou aprovando *ex ante* a reação anti-social que em tal estado veio a praticar.

Depois de justamente acentuar que a emoção, em si mesma, como fenômeno biopsíquico, não é moral ou imoral, social ou anti-

provocada por ato *injusto* da vítima, não exclui a responsabilidade, mas reflete-se sobre a pena: é uma *atenuante* comum (art. 48, IV, letra c) e, tratando-se de *homicídio* ou

-social (como entendia FERRI), pois tais qualificativos somente podem dizer com a personalidade em cujo âmbito surge e se desencadeia, pretende ALTAVILLA que ela deve ser elisiva da responsabilidade nos limitados casos em que o subsequente desfogo pelo crime não corresponda ao cunho da personalidade ética do indivíduo agente. Se o crime está em dissonância com os sentimentos morais do processo da emoção, deixa de ser expressão de sua personalidade, isto é, deixa de ser ético-psiquicamente "seu". Deve ser declarada a irresponsabilidade quando o choque emotivo deriva duma ação criminosa inteiramente alheia à moralidade habitual ou genérica do agente. Ora, tal raciocínio é inaceitável. Se a consciência moral do agente, na etapa incoativa da emoção, não se ajustasse à idéia do crime, isto é, se existissem nele suficientes *motivos de consciência* ou radicadas aquisições éticas, a funcionarem como antítese frenadora, é claro que o crime não podia ter sido praticado. A emoção é uma brecha por onde sempre se escoia o fundo da personalidade. Do mesmo modo que a excitação alcoólica, age sobre a intimidade psíquica como o calor sobre uma esfera metálica: dilata-a, mas não a deforma. Como se diz *in vino veritas*, pode também dizer-se: *in emota mente veritas*. O indivíduo emocionado jamais se destaca de si mesmo, para adquirir uma personalidade essencialmente contrária à que possui fora do estado emocional.

É verdadeiramente estranho, por isso mesmo, o sentimento de piedade ou tolerância com que se costuma julgar o delinquente emocional. Do ponto de vista estritamente psicológico, é uma incoerência macroscópica o atribuir-se prêmio ao emocionado que pratica ações nobres, e se chama *herói*, e o não irrogar-se punição ao emocionado que comete ações maléficas, deixando-se de tratá-lo como *criminoso*. Tão responsável é o último pelo seu crime, quanto o primeiro pelo seu heroísmo. Existe diferença sob o prisma ético-social, pois, enquanto um é socialmente benéfico, o outro é socialmente nocivo; mas se o herói é glorificado pela sua proeza, por que o criminoso não deve ser punido pela sua façanha? Compraz-se a psicologia moderna em pesquisar a psicogênese ou *processus* da emoção, e tem gasto com isso arrôbas de papel e tinta. E como acontece toda vez que se pretende submeter a psique humana ao "olho mecânico" da ciência objetiva, não se logrou ultrapassar, até hoje, o terreno de *hipóteses provisórias*, que se sucedem ao sabor de lucubrações mais ou menos

de lesões corporais, se a reação emocional é exercida sine intervallo, constitui causa de facultativa diminuição especial de pena.

plausíveis, mas sem a marca da certeza, ou mesmo da aliciante persuasão. A antiga teoria *intelectualista*, tão convencidamente sustentada por HERBERT e NAHLOWSKY, foi substituída, durante 50 anos, pela teoria denominada *periférica* ou *somática*, de JAMES e LANGE. Aquela subordinava o afetivo ao intelectual: os fenômenos fisiológicos da emoção (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento de irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, modificações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, midriase, horripilação, fenômenos musculares, perturbação das secreções, sudorese, lágrimas, etc.), são *consequência* de um estado afetivo especial, cuja origem se encontra no jogo recíproco das representações. Suprima-se a inteligência, e o sentimento — cuja excitação caracteriza a emoção — se esvaírá, como a vida de um ser parasitário ao separar-se do seu mutuante de seiva ou alimento, deixando de operar-se os fenômenos somáticos, de natureza acessória.

Para a teoria periférica, entretanto, é precisamente o contrário que ocorre: as variações somáticas seguem-se imediatamente à percepção do fato externo ou representação deste, e a consciência delas, à proporção que se produzem, é que constitui a emoção como fato psíquico. Consoante a noção vulgar, diz-se: quando perdemos nossos haveres, afligimo-nos e choramos; quando deparamos uma fera, trememos e fugimos; quando somos insultados, irritamo-nos e reagimos. Ora, o que se deve dizer, embora se afigure paradoxal, é que ficamos aflitos porque choramos, ficamos com medo porque trememos, ficamos irritados porque reagimos. Se a percepção não ocasionasse diretamente alterações fisiológicas, que vão ressoar no cérebro, seria puramente cognoscitiva, desprovida do mais mínimo calor emocional. Poder-se-ia, em tal caso, receber, por exemplo, um insulto e julgar-se conveniente a reação, mas não experimentaríamos a emoção da ira. Várias têm sido as objeções formuladas a esta teoria, que, no entanto, ainda não foi totalmente repudiada, em razão da inviabilidade de uma prova decisiva em contrário. Para demonstrar o seu erro, seria preciso, como argumenta JAMES, que se encontrasse um indivíduo que, apesar de anestesiado, não estivesse paralisado e, nada obstante, ainda fosse capaz de exprimir fisicamente a emoção, sem experimentar qualquer afecção subjetiva. SHERRINGTON e HEYMANS, entre outros, tentaram, *in anima vili*, realizar essa prova crucial; mas, não tendo sido possível a situação integral proposta

É a confirmação do antigo princípio de que as perturbações afetivas *non excusant in totum, sed tamen faciunt ut delinquens mitius puniatur*.

por JAMES, os resultados não afastaram a dúvida. Tomou-se a um cão e seccionou-se-lhe a medula espino-cervical, de modo que ficaram obstruídas as conexões nervosas, entre o cérebro e as vísceras torácicas, abdominais e pelvianas, e quase completamente isolados do centro vasomotor bulbar os vasos sanguíneos. Pois bem, ainda que com a quase totalidade do corpo impedida de participar do mecanismo emocional, quer na sua fase centrípeta, quer na sua fase centrífuga, o cão continuou capaz de sentir emoções. Entretanto, como ainda tivessem restado, sem intercepção, certos nervos cranianos, que asseguravam via de comunicação com o cérebro, persistiu a incerteza sobre se a expressão somática é antecedente ou posterior à ação cerebral que sobrevém com o estado emocional.

O próprio JAMES, porém, andou tergiversando com a sua teoria, que veio, finalmente, a encontrar em CANNON o seu mais sério opositor. Pondera este que as variações somáticas observadas no estado de emoção também se produzem em estados fisiológicos ou orgânicos sem nenhuma significação emocional, como, por exemplo, a febre, a exposição ao ar frio, a hipoglicemia resultante do excesso de insulina. E indaga: "Como é possível conceber que reações desprovidas de valor emocional em si mesmas, na maior parte dos casos em que se produzem, adquiram esse valor em outros casos, a ponto de constituir emoções?" Ainda mais: a produção artificial das reações pretendidamente emocionais não acarreta, como demonstrou MARAÑÓN, o fenómeno da emoção. E é de experiência vulgar que o riso simulado não produz a alegria, nem o soluço forçado provoca a tristeza. Ter-se-ia de reconhecer, portanto, no dinamismo psicofisiológico da emoção, estados cerebrais originais e autônomos, não passando de um fenómeno acessório ou secundário as alterações neurovegetativas, possivelmente resultantes da atividade cerebral sobre o centro bulbar, que seria o centro da vida emocional. É a teoria chamada "da sensibilidade central", que se substituiu à estritamente periférica. Mas, pergunta-se: como se passa da percepção do fato ou objeto à variação cerebral, e desta à variação bulbar? Segundo CANNON, uma situação dada vem a provocar, por via dos sentidos, da associação e da memória, separada ou conjuntamente, não só um conhecimento, claro ou confuso, da sua significação, como também uma excitação cortical mais ou menos forte, que, segundo o seu sentido, alcança, mediante processos desconhecidos e automáticos, tais ou quais cen-

Foi, dessarte, cancelado o texto elástico do famigerado § 4.º do art. 27 do Código de 90, essa chave falsa com que se abria, sistematicamente, a porta da prisão a réus dos mais estúpidos crimes de sangue. Ninguém ignora que a fórmula

tros emocionais do tálamo. Este, então, reaciona, e para isso é necessário que a córtex, que envia ordens, se relaxe, dentro de certa medida, na sua função de controle e inibição. Reacionando, o tálamo repercute, de um lado, sobre a córtex a que leva a consciência dos processos emocionais e do *proprium quid* de cada emoção, e, de outro lado, sobre os centros dos músculos e das vísceras, mediante os quais se realiza e se exprime a emoção em todo o corpo.

Ora, tudo isso não passa, como adverte DUMAS, de uma explicação verbal, de vez que não se acham estabelecidos e comprovados os mecanismos fisiológicos de ação, interação e seleção que a nova teoria pressupõe. BUSCAINO, depois de excluir a interferência original de um estado emocional subjetivo, entende que os fatos puramente somáticos “constituem constelações complexíssimas de reflexos dos músculos estriados, no sistema autônomo, no sistema simpático, no sistema endócrino, com os respectivos centros de ordenação localizados nos gânglios da base e no mesencéfalo, isto é, essencialmente na massa cinzenta que circunda o terceiro ventrículo e o aqueduto de Sívrio”. É como se o ilustre fisiólogo italiano estivesse lendo no escuro a edição minúscula da *Divina Comédia* de DANTE... DE SANCTIS, conciliatoriamente, afirma que o processo da emoção apresenta as seguintes etapas: primeira, percepção sensoria; segunda, atividade consciente da córtex representativa e orgânica (emoção primária), com reconhecimento do valor afetivo da percepção; terceira, fenômenos reflexos bulbares e talâmicos (vasomotores), bem como humorais; quarta, ricochete desses reflexos como novos estímulos à consciência; quinta, estado emotivo completo (emoção verdadeira). Nada, porém, nos garante contra o desacerto desses esquemas, cuja exposição pode ser apenas lo-gorréia em torno de conjecturas e miragens.

Os endocrinólogos, por sua vez, têm a sua teoria: a emoção resulta de um estímulo que determina, através do sistema nervoso, uma variação endócrina, e esta, de seu lado, repercute sobre o sistema nervoso, tornando-o mais suscetível à ação do estímulo. Segundo LEVI e ROTHCHILD, a tireóide seria, por excelência, a glândula da emoção. Dizia LUGARO que, com a ressecção de três quartos da tireóide, não haveria mais criminosos violentos. Entretanto, a hipertireóides ou basedowianos flagrantes, desses de olhos salientes como empolas

da dirimente reconhecida nesse parágrafo, tanto mais infeliz quanto mutilara o modelo bávaro, com a exclusão da cláusula que subordinava a dirimente da “perturbação dos sentidos ou da inteligência” à condição de não ser esta *impu-*

de câmara de ar por interstícios de pneu, conheço eu que se mostram de estóica serenidade... O já citado CANNON reconhece a influência endócrina, mas as cápsulas supra-renais, estas, sim, é que seriam as glândulas específicas da excitação violenta. O hormônio que segregam, isto é, a adrenalina, é o melhor “combustível” às labaredas da emoção. A hiperadrenalinemia, devida ao estímulo emocional, e a conseqüente hiperglicemia acentuam e prolongam a onda emocional. Ao que informa DUMAS, porém, são contrárias a essa hipótese as experiências de STEWART e ROGOFF: operando estes sobre gatos, extraíram uma das supra-renais e cortaram os nervos da outra, de modo a ficar suprimida qualquer secreção de adrenalina, e, no entanto, esses gatos continuaram suscetíveis de tôdas as reações emotivas dos gatos normais.

Vê-se por aí que muito pouco pode fornecer, para o estudo da emoção, a ciência de exploração do psiquismo. Em que pese à ingênua credulidade de certos juristas, que se metem a *dilettanti* da psicologia rotulada de “experimental”, não pode esta apresentar, sequer, uma explicação cabal sobre a psicogênese da emoção. Continuamos, nós, juristas, pelo menos os que temos a cabeça sobre os ombros e ambos os pés firmemente sobre o globo terráqueo, a lidar tão-somente com os dados da experiência empírica. E é esta, sem contraste de qualquer ilação positiva no campo científico, que nos atesta o que particularmente nos interessa sob o ponto de vista jurídico-penal, isto é, que existe no fenômeno da emoção um estado subjetivo especial que, se no seu auge é impulsividade quase automática, permite, entretanto, na sua fase incoativa, a interferência dos *motivos da consciência* ou dos *freios inibitórios*, o exercício do poder lógico no sentido de resistência à emotividade, o predomínio da inteligência experiente, a atuação normalizadora da faculdade de crítica e seleção dos motivos. A lei social, portanto, não pode deixar de atender a essa lição de banal experiência e, conseqüentemente, com fundamento no princípio da *actio libera in causa*, de inserir a sanção penal entre os motivos de antítese ao desencadear tumultuário da emoção ou à sua crescente expansão egoárquica, que, quando orientada para o crime, pode rebaixar o homem ao estado da pura animalidade.

Não faltam, é certo, ao nosso Código azedos censores que, assumindo o *ar de suficiência* dos que julgam possuir a chave de todos

tável ao agente, foi uma das razões máximas da ineficiência do primeiro Código republicano, porque se tornou uma prévia garantia de impunidade aos mais brutos e feros matadores.

Com a fórmula do novo Código, teve-se em vista a menor gravidade do crime emocional injustamente provocado, e

os mistérios e segredos, impugnam o raciocínio com que nós, juristas, construímos a teoria das *actiones liberae in causa seu ad libertatem relatae* e a aplicamos ao delinqüente por emoção; mas, desde que se reflita sobre a extrema e inextricável complexidade do psiquismo, que é ainda, por isso mesmo, uma região quase incógnita, é bem de ver que orça pela charlatanice a crítica desses boateiros de ciência elaborada sobre probabilidades e presunções. Ainda que fosse artificialismo a teoria da *actio libera in causa* no caso dos delinqüentes por ímpeto emotivo, qual a segurança que nos dão os psicólogos especialistas a respeito do que inculcam? Se eles gravitam em torno de uma hipotética recrudescência emotiva em razão de descargas de tiroidina ou golfadas de adrenalina, por que nos seria vedado, a nós, juristas, formular as nossas teorias, ainda que sobre base empírica? Por que haveríamos de repudiar um critério que corresponde ao interesse de ordem e disciplina da vida social, e, em substituição, expedir, em nome de uma ciência elvada de ficções e devaneios, um preventivo salvo-conduto aos que matam por emoção, às mais das vezes quando a vítima se encontra à sua mercê ou incapaz de reação defensiva?

Alguns desses censores, que fazem crítica por amor à crítica, já procuraram até mesmo atribuir ao nosso Código de 40 o dislate da indiferenciação entre emoção do homem normal e emoção de fundo patológico. Ora, é de toda evidência que o nosso legislador, ao declarar que “a emoção não exclui a responsabilidade penal”, refere-se exclusivamente à emoção do homem normal ou daquele que, não obstante uma certa minusvalia psíquica, não chega a ser um doente mental. Se a emoção não é mais que um sintoma de franca e autêntica morbidez psíquica, é claro que não há falar em responsabilidade penal (art. 22 do Código Penal).

Se o Código é severo para com os criminosos emocionais, não é, porém, intransigente. Como já notamos, autoriza uma atenuação ou minoração de pena quando o agente comete o crime ao impulso de “violenta emoção injustamente provocada”. É ainda de advertir que, se se trata de indivíduo “fronteiriço” ou portador de “personalidade psicopática”, ainda poderá beneficiar-se de maior ou especial redu-

isto quer do ponto de vista subjetivo, quer do ponto de vista político (pois a vítima, com a sua conduta, é quem criou para si mesma, pelo menos em parte, a situação de perigo ou de dano).

ção de pena (parág. único do art. 22). Semelhante transigência, entretanto, tem sido interpretada com grande elastério, dada a excessiva benignidade de que fazem praça muitos de nossos juizes e tribunais: contentam-se estes, aprioristicamente, com a simples *injustiça* da provocação considerada *in abstracto* (isto é, sem ter em conta a moralidade ou condição do provocado), como se importasse, necessária e invariavelmente, o fenômeno emotivo e, mais ainda, a *violência* da emoção. Já escrevemos alhures, na tentativa de uma orientação mais condizente com o interesse da defesa social: "Com a fórmula do Código, teve-se em vista a menor gravidade do crime emocional injustamente provocado, e isto quer do ponto de vista subjetivo, quer do ponto de vista político (pois a vítima, com a sua conduta, é quem criou para si mesma, pelo menos em parte, a situação de perigo ou de dano). Cautelosamente, o Código exige que a emoção seja violenta. A injustiça da provocação não faz presumir a perturbação de ânimo. Aquele que, embora injustamente provocado, reage a sangue frio, como se estivesse praticando uma ação normal, revela que não sentiu a *injustiça*, e comete o crime por mera perversidade, pela só vanglória de não levar desaforo para casa. Como dizem THORMANN e OVERBECK, não basta a provocação injusta: é preciso que esta produza uma viva emoção ("*heftige Gemutsbewegung*"). A emoção violenta é inconfundível pelas suas expressões somáticas e pela atitude do agente antes, durante e após o crime.

No *raptus* emocional, a hipertonia muscular acarreta uma como agitação convulsiva. As perturbações motrizes são acompanhadas de desordenados impulsos para agir, apresentando o choque emotivo as características de um estado de embriaguez. Costuma-se mesmo falar em *ebriedade emocional*. O indivíduo tem estampada no semblante e em todo o corpo a tempestade íntima. Rosto intensamente vermelho ou intensamente pálido (ocorrendo, por vezes, a chamada *ictericia emotiva*), faces intumescidas, olhos desorbitados, esclerótica injetada, artérias do pescoço carregadas, narinas palpitantes, pernas vacilantes, gestos desatinados, passos incoerentes. Outra das notas típicas da emoção violenta é a pobreza de idéias, de modo que o indivíduo é levado à repetição monótona das mesmas frases, que lhe saem da garganta como rugidos. Dá-se uma espécie de ataxia mental. Também traço infalível do verdadeiro criminoso emocional é a

Cautelosamente, o Código exige que a emoção seja *violenta*. De par com a injusta provocação, a intensidade da emoção. A injustiça da provocação não faz presumir a perturbação de ânimo. Aquele que, embora injustamente pro-

ostensividade do seu crime, pois o seu estado paroxístico de excitação, causando o obscurecimento da consciência, torna inexcogitável qualquer plano de precaução. São impossíveis a emoção e a premeditação. Ainda mais: retornando ao seu estado normal, o delinqüente emocional quase sempre se entrega a demonstrações de remorso, a profundo abatimento, até mesmo a crises de choro. Não procura negar o crime, e o confessa espontaneamente, embora com lacunas de memória. No texto dos arts. 47, IV, c, e 121, § 1.º, do nosso Código Penal, onde está escrito "emoção", pode ler-se "cólera" ou "ira", pois esta é a emoção específica que em nós se produz quando sofremos ou assistimos a uma injustiça. Emoção reacionária ou estênica, por excelência, a ira, se não é contida a tempo, pode conduzir-nos aos males desastrosos. Os antigos chamavam-na *furor brevis*, e o famoso preceptor de Nero, no seu diálogo *De ira*, assim descrevia o homem em estado colérico: "Como o louco furioso se revela "pela face audaciosa e minaz, a fronte sombria, o aspecto terrível, o "andar precipitado, as mãos que se crispam, a cor alterada, a respiração ofegante e entrecortada, também assim se apresenta o homem encolerizado. Seus olhos flamejam e faíscam; todo o seu rosto "se enrubescer com o sangue que ferve e sobe do coração; seus lábios "tremem, seus dentes se comprimem; seus cabelos se eriçam; sua "respiração é opressa e sibilante; chega-se a ouvir o estalido de suas "articulações, que se torcem; geme e ruge surdamente; sua palavra "é gaguejante; suas mãos se castigam mutuamente, a cada instante; "seus pés percutem o chão; todo o seu corpo está abalado, e grave "ameaça se estampa na sua terrífica figura."

Não me furto ao prazer de ler no original esta página de SENECA, uma das mais belas da literatura latina, pelo seu cunho onomatopáico e colorido realístico: "... *ut furentium certa indicia sunt, audax et minax vultus, tristis frons, torva facies, citatus gradus, inquietae manus, crebra et vehementius acta suspiria, illa irascentium eadem signa sunt: flagrant et nutant oculi, multus ore toto rubor, extuante ab imis praecordiis sanguine, labia quaruntur, dentes comprimuntur, horrent et surriguntur capilli; spiritus coactus, ac stridens; articulo-rum seipso torquentium sonus; gemitus mugitusque parum explanatis viribus; sermo praeruptus et complexae saepius manus, et pulsata humus pedibus, et totum concitum corpus magnasque mi-*

vocado, reage a sangue frio, como se estivesse praticando uma ação normal, revela que não sentiu a *injustiça*, e comete o crime por mera perversidade, pela só vanglória de não levar desaforo para casa. Como dizem THORMANN e OVERBECK,¹⁰⁴ não basta a provocação: é preciso que esta produza uma viva emoção (*heftige Gemütsbewegung*). A emoção violenta é inconfundível pelas suas expressões somáticas, pela atitude do agente antes, durante e após o ato criminoso.

¹⁰⁴ Ob. cit., 1.º fasc. do 2.º vol., pág. 12.

nas agens foeda visu et horrenda facies.” Com tanta ou menor intensidade, é sempre reconhecível o espetáculo da ira violenta, que freqüentemente encontra nos crimes de sangue a sua válvula de escapamento, e sobre cuja realidade palpitante deve versar, para a certeza moral do juiz, a prova dos autos.

Foi em boa hora que a nossa lei penal deixou de contemporizar, desidiosamente, com a emoção que desabafa no crime. Já não existe o privilégio de impunidade, que, por inspiração de um sentimentalismo piegas e de um cientismo improvisado dentro de agudíssimos ângulos de vista, se concedia aos chamados “hiperemotivos”, como se estes constituíssem uma espécie de gentio dispensada de se ajustar ao ritmo da vida em sociedade. Nesta hora de crescente egoísmo e desembestar de instintos inferiores, em que até as mulheres, trocando sua tradicional mansuetude pelo mais brutal espírito de prepotência, já se alistam para a criminalidade da emoção, esquecidas do *non occides* do Decálogo, é imprescindível a *ultima ratio* da pena para conter e reprimir êsses energúmenos impulsivos, que, socialmente desajustados, não sabem resolver os seus problemas senão com um golpe de punhal ou uma descarga de revólver 38. A emoção para o bem, para o belo e para o justo é vibração da essência divina que talvez exista em nós; mas a emoção para o crime é eclosão de instintos animais, assomo de ferocidade idêntica à que ronca e estruge no recesso da selva. A própria mímica fisionômica da emoção estênica lembra o arreganho dos felinos ávidos de carnagem. Seria uma afronta à Civilização que se deixassem impunes os magarefes que deparam na emoção apenas um ensejo de saciedade à sua volúpia de sangue.”

No texto do § 1.º do art. 121, onde está escrito “emoção”, pode ler-se “cólera” ou “ira”, pois esta é a emoção específica que em nós se produz quando sofremos ou assistimos a uma injustiça. Emoção estênica ou reacionária, por excelência, a ira, se não é contida a tempo, pode conduzir aos maiores desatinos. Os antigos chamavam-na *furor brevis*. SÊNECA assim descrevia o homem em estado colérico: “Como “o louco furioso se revela pela face audaciosa e minaz, a “fronte sombria, o aspecto terrível, o andar precipitado, as “mãos que se crispam, a cor alterada, a respiração ofegante “e entrecortada, também assim se apresenta o homem enco- “lerizado. Seus olhos flamejam e faíscam; todo o seu rosto “se enrubesce com o sangue que ferve e sobe do coração; “seus lábios tremem, seus dentes se comprimem; seus cabe- “los se eriçam; sua respiração é opressa e sibilante; che- “ga-se a ouvir o estalido de suas articulações, que se torcem; “geme e ruge surdamente; sua palavra é gaguejante; suas “mãos se castigam mutuamente, a cada instante; seus pés “percutem o chão; todo o seu corpo está abalado, e grave “ameaça se estampa na sua terrífica figura.”

O homicídio emocional, perfilado no § 1.º do art. 121, é o determinado pelo *impetus*, pelo impulso psicofísico-reativo que surge no auge da emoção. E não é apenas a emoção em si que faz merecer o *privilegium*, mas a emoção derivada de injusta provocação da vítima. *Simplex iracundiae calor non excusat, nisi justa causa praecedat*, dizia FARINACIUS.¹⁰⁵ A injustiça da provocação deve ser apreciada *objetivamente*, isto é, não segundo a opinião de quem reage, mas segundo a opinião geral, sem se perder de vista, entretanto, a qualidade ou condição das pessoas dos contendores, seu nível de edu-

¹⁰⁵ A própria Igreja condescende com a ira justa: “*Si autem aliquis irascitur secundum rationem rectam, tum irasci est laudabile... Ira non semper est mala... Haec ira est bona, quae dicitur ira per zelum.*” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II, 2, 158.)

cação, seus legítimos melindres.¹⁰⁶ Uma palavra que pode ofender a um homem de bem já não terá o mesmo efeito quando dirigida a um desclassificado. Por outro lado, não justifica o estado de ira a hiperestesia sentimental dos *alfe-mins* e *mimosos*. Faltará a *objetividade* da provocação, se esta não é suscetível de provocar a indignação de uma pessoa normal e de boa-fé.

É bem de ver que a provocação injusta deve ser tal que contra ela não haja necessidade de defesa, pois, de outro modo, se teria de identificar na reação a *legítima defesa*, que é causa excludente de crime.

Não é necessária a proporção entre a reação e o fato provocante; mas é claro que a reação desproporcionada passa a ser, por sua vez, uma provocação injusta.

Não deixa de autorizar a diminuição de pena a injustiça que, embora não dirigida contra quem reage, foi praticada, na sua presença, contra um seu parente ou amigo, ou mesmo contra um estranho, mas incapaz de reagir. *Cuivis homini jura permittunt defendere ac citra crimen omne protegere confratrem suum, etiam ignotissimum, ab altero graviter oppressum*. Até mesmo a brutalidade inútil contra um animal pode constituir provocação injusta a quem a assiste.

O provocante deve ser pessoa consciente e *responsável*, pois, *com crianças e loucos, ouvidos moucos*.

A provocação pode consistir em ofensas à honra, vias de fato, ameaças, riso de escárnio ou desprezo, apelidos vilipendiosos, expressões ambíguas, indiretas mordazes, revelação de segredos, exercício abusivo de direito, atos emulativos, etc.

A errônea suposição de uma provocação injusta (provocação putativa) pode, dadas as circunstâncias, autorizar o privilégio da pena diminuída. É reconhecível a provocação

¹⁰⁶ Principalmente em razão da relatividade da *injustiça* da provocação é que a lei, ao invés de *ordenar*, apenas dá ao juiz, na apreciação dos casos concretos, a faculdade de diminuir a pena.

injusta ainda mesmo num fato culposos, *v. g.*: pisar imprudentemente o pé de alguém. O homicídio praticado em excesso doloso no *modus* da legítima defesa (autêntica ou putativa) pode ter o favor da atenuação especial, do mesmo modo que esta pode ser invocada por quem reage contra o *excessus defensionis*.

No caso de *aberratio ictus*, não desaparece a causa de especial atenuação (argumento do disposto no art. 17, § 3.º, 2.ª parte), isto é, pode o agente invocá-la, se foi injustamente provocado pela pessoa visada.

A última condição do *privilegium* é que a reação se exerça *in continenti*, e não *ex intervallo*: logo em seguida a injusta provocação da vítima, — diz o texto legal. Segundo o critério adotado pelo Código, a mora na reação exclui a causa de atenuação, pois, de outro modo, estaria criado um motivo de sistemático favor a criminosos. Não transige o preceito legal com o ódio *guardado*, com o rancor concentrado, com a vingança tardia.

28. **Homicídio passional.** Comumente, quando se fala em *homicídio passional*, entende-se significar o homicídio por amor. Mas, será que o amor, esse nobre sentimento humano, que se entretece de fantasia e sonho, de ternura e êxtase, de suaves emoções e íntimos enlevos, e que nos purifica do nosso próprio egoísmo e maldade, para incutir-nos o espírito da renúncia e do perdão, será, então, que o amor possa deturpar-se num assomo de cólera vingadora e tomar de empréstimo o punhal do assassino? Não. O verdadeiro amor é timidez e mansuetude, é resignação, é conformidade com o insucesso, é santidade, é auto-sacrifício: não se alia jamais ao crime. O amor que mata, o amor-Nêmesis, o amor-açougueiro é uma contrafação monstruosa do amor: é o animalesco egoísmo da posse carnal, é o despeito do macho preterido, é a vaidade malferida da fêmea abandonada. É o furor do instinto sexual da Besta. O *passionalismo* que vai até o assassinio muito pouco tem a ver com o amor.

Quando não seja a expressão de um desequilíbrio psíquico, é um chocante espetáculo de perversidade. Os matadores chamados *passionais*, para os quais se invoca o amor como escusa, não passam, na sua grande maioria, de autênticos celerados: não os inspira o amor, mas o ódio inexorável dos maus. Impiedosos, covardes, sedentos de sangue, porejando vingança, mas só agindo diante da impossibilidade de resistência das vítimas, estarrecem pela bruteza do crime, apavoram pela estupidez do gesto homicida. Para eles não basta a punhalada certa em pleno coração da vítima indefesa: na volúpia da destruição e da sangueira, multiplicam os golpes até que a lâmina sobre si mesma se encurve. Não basta que, ao primeiro tiro, a vítima tombe numa poça de sangue; despejam sobre o cadáver até a última bala do revólver. Dir-se-ia que eles desejam que a vítima tivesse, não uma só, mas cem vidas, para que pudessem dar-lhe cem mortes!

BULHÕES PEDREIRA deu o seguinte título a uma sua dissertação sobre a delinquência passional: “O amor no banco dos réus.” O amor, porém, o genuíno amor, que é o desejo ponderado pela afeição, e é natureza que se espiritualiza para distinguir entre o homem e o irracional, e é energia criadora, e é fonte de vida, e é força de equilíbrio, não se defronta jamais com a justiça penal. Por honra mesmo do vocábulo, não se deve empregá-lo para designar essa embriaguez trágica do desejo, esse desenfreio de sexualidade exasperada, que deriva no crime e se desaltera com o sangue. Não é amor a sensualidade bestial, o egoísmo paroxístico que, ameaçada a exclusividade da posse, prefere destruir o objeto possuído. Não é amor esse complexo de concupiscência e de ódio, de torvo ciúme e estúpida prepotência que os Otelos chamam *sentimento de honra*, mas que, na realidade, é o mesmo apetite que açula a *uncia tigris* para a caça e a carnagem.

O punhal do *Mouro de Veneza* só é brandido por aqueles que asselvajam o amor na febre alta dos sentidos e, à menor suspeita de infidelidade da criatura a que vivem *enrabicha-*

dos (o termo é brutal, mas é exato), desvairam, estuantes de animalidade assanhada. O protagonista do crime passionai é, em noventa casos sobre cem, o *ciumento sensual*. É o ciumento que, como diz RABINOWICZ, invocando ESPINOSA, estruge de despeito e de cólera porque vê, pela imaginação, o corpo da amante enlaçado pelos braços de outro que não ele, a imagem *daquilo* que ama unida à imagem do sexo desse outro, a descarga espasmódica do *tertius*, a sua virilidade, as suas ejaculações... Fixada com rude franqueza, é essa a verdadeira psicologia dos sicários passionais. Para esses gorilas derrabados só haveria um meio de se amainarem do seu sensualismo inquieto e exasperado: recolherem-se, enrodilhados, ao desvão vaginal da fêmea preferida e aí montarem guarda à fidelidade que julgam periclitante. Como isso não é possível, atribuem-se o *direito de matar* e, finda a *magarejada*, repetem o herói de SHAKESPEARE: "Dizei, se o quiserdes, que sou um assassino, mas por honra, porque fiz tudo pela honra e nada por ódio."¹⁰⁷ Na quase totalidade dos casos (à parte os erotômanos ou os enfermos da paixão erótica, que a imprevidência social deixa fora dos manicômios), não são mais, na expressão de MELLUSSI, que "*volgari criminali in stato passionale, e per i quali la passione è solo l'occasione rivelatrice della brutura organica*".

Já assim identificamos, como juiz, um caso-padrão:

"Vistos, etc.: J. M. F. é acusado de haver, no dia 1.º de "outubro último, às 17 horas e 40 minutos, no pavimento "superior da casa n.º 23 da rua Frei Caneca, desfechado "tiros de revólver contra sua esposa J. L. F., que veio a "falecer em consequência dos ferimentos recebidos, *ut auto* "de exame cadavérico a fls. A responsabilidade do acusado "está plenamente provada. Preso na flagrância do crime, "não vacilou em declarar-se autor deste. A única pessoa

¹⁰⁷ *Otelo*:

"An honorable murderer if you will
For naught I did in hate, but all in honour."

“que, além do acusado e vítima, se achava no interior do
“sobrado da rua Frei Caneca relata o seguinte: depois de
“galgar a escada que dá acesso ao sobrado, o acusado, tendo
“deparado sua esposa junto ao aparelho telefônico, onde
“tentava uma comunicação, impeliu-a para dentro de um
“quarto próximo, cuja porta fechou, e precisamente quando
“a testemunha, receosa da atitude do acusado, tratava de
“arrombar a porta, ouviu disparos de tiros no interior do
“apartamento e, em seguida, viu saírem a vítima, toda ensan-
“guentada, a pedir socorro, e o acusado, que, empunhando
“um revólver, desceu a escada, em seguimento à sua esposa,
“para ser detido, em baixo, por um guarda-civil. Este, pres-
“tando o seu depoimento, declara que, tendo ouvido três
“disparos de arma de fogo, procurava orientar-se sobre o
“local donde haviam partido, quando deparou, à porta da
“casa acima aludida, com uma mulher a gritar por socorro
“e atrás dela o acusado, que, afogado e nervoso, proferiu
“estas palavras: “É minha esposa; traiu-me e eu atirei.”
“Na delegacia policial, onde foi autuado, o acusado repetiu
“a confissão da autoria do crime, calmamente, sem mostra
“de arrependimento e deixando mesmo transparecer, ao
“que informa uma testemunha, que vinha de praticar um
“ato meritório. Declara o acusado que a arma de que se
“utilizou lhe teria sido emprestada por um amigo, cujo
“nome não indica, no dia mesmo do crime; mas, pelo de-
“poimento da testemunha a fls., verifica-se que o acusado
“comprara a dita arma em suas mãos, cerca de vinte dias
“antes do crime, — o que revela a demorada premeditação
“deste. Tentando justificar seu ato, narra o acusado que,
“havia um ano, mais ou menos, vinha desconfiando da fide-
“lidade da esposa. Certa vez, em Guaratinguetá, onde é
“empregado e domiciliado, pilhara um bilhete amoroso a
“ela dirigido; mas pode, então, calar o seu brio ultrajado e,
“para evitar os murmúrios de uma cidade pequena, man-
“dara a vítima para a casa de sua família, nesta Capital,
“onde vinha visitá-la freqüentemente. No dia do crime,

“ fez crer que retornava à cidade paulista, mas deixou-se
“ ficar aqui, para vigiar sua esposa, e pode, assim, seguir
“ seus passos, até vê-la entrar na casa da rua Frei Caneca,
“ onde, ao que lhe teriam informado na vizinhança, é insta-
“ lado um “rendez-vous”.

“O que alega o acusado, porém, não lhe escusa o crime,
“ nem dirime a culpa. Não se pode mesmo identificar nele
“ um uxoricida *passional*, a coberto da antipatia da opinião
“ pública. Antes de tudo, cumpre notar que o acusado era
“ um mau esposo. Vivía em constantes rugas com sua mu-
“ lher, que não ocultava suas lágrimas a pessoas estranhas.
“ Descuidava-se a tal ponto de seu lar, que neste chegava a
“ faltar dinheiro para aquisição de leite para um filhinho
“ do casal, e isto não obstante o socorro que lhe vinha da
“ bolsa de sua sogra, e o auxílio prestado pela vítima, que
“ costurava para fora. E há pior: se o acusado não dava
“ conforto à família, sobrava-lhe, entretanto, dinheiro para
“ amores vadios, que lhe acarretaram as moléstias de que
“ dá testemunho o empregado de farmácia que depõe a fls.
“ Foi esta, por certo, a suprema humilhação que a sua falta
“ de escrúpulo poderia ter infligido a sua esposa. O que se
“ reconhece na espécie, sem dúvida alguma, é um desses
“ casos, de alarmante freqüência, em que, surpreendendo a
“ infidelidade da esposa, ou apenas suspeitando-a, o marido
“ se julga no absurdo dever ou se atribui o estranho direito
“ de matá-la sumariamente, sem mercê, como se estivesse
“ a abater um cão hidrófobo ou uma besta má. Fiados na
“ impunidade que, sob a máscara de *passionais*, costumam
“ obter da mal-avisada benevolência do tribunal popular, e
“ certos da impossibilidade de reação de suas frágeis vítimas,
“ a esses criminosos vulgares não inspira senão um inferior
“ sentimento de despeito. Não os empolga ou exalta o *furor*
“ *amoris* ou a paixão, que apenas simulam. Na realidade,
“ são frios, calculados e perversos. Após o crime, não se
“ arrependem, nem se lastimam; ao contrário, julgam-se
“ paladinos da honra conjugal, como se a sociedade pudesse

“delegar a salvaguarda da moralidade das famílias a cruéis
“matadores. Pseudo-*uxoricidas passionais* encontram no
“flagrante ou suposto adultério de suas vítimas apenas o
“ensejo para a prática de um crime. Para eles é que
“MELLUSSI escreveu este artigo de libelo:

“Os especuladores do adultério, os *detraqués* da honra,
“que matam em nome desta, para se limparem, ao que
“inculcam, de uma nódoa, são os contrabandistas da mora-
“lidade e da paixão, com as quais trapaceiam no jogo da
“justiça ministrada pelos juízes de fato.”

“O melhor meio de identificar esses estelionatários do
“brio e do amor é investigá-los na intimidade de sua vida
“conjugal. São, em via de regra, maridos grosseiros, egoís-
“tas, tirânicos. A esposa há de ser sempre para eles a
“escrava submissa, a emborcar, passivamente, a taça de
“todas as amarguras e vilipêndios. Só conhecem o lado
“material da vida. Incapazes de um sacrifício pessoal, não
“sabem privar-se de um prazer, enquanto os seus lares se
“ensombram no desconforto e na miséria. Faltam aos mais
“comezinhos deveres morais impostos pelo casamento. Vem
“daí que, de vexame em vexame, de desilusão em desilusão,
“suas esposas, quando não sejam Penélopes ou mulheres
“cuja virtude se resguarda na própria algidez sexual, res-
“valam pela rampa do adultério. Acostumados a ver na
“esposa apenas o objeto de sua posse arbitrária, desaper-
“cebem-se, tais indivíduos, de que há nela uma alma que
“sente e se revolta. Certamente, a lei e a moral não per-
“mitem que a mulher prevarique, ainda quando maltratada
“e humilhada pelo marido; mas negar-lhe, por isso, o di-
“reito de viver, seria um requinte de impiedade. O *tue-la* de
“DUMAS FILHO é um conselho execrável. Em hipótese algu-
“ma, o marido tem o direito de matar a esposa. Vá que se
“perdoe, em atenção à fraqueza humana, o uxoricida arras-
“tado pela intensidade de um amor infeliz ou de uma pai-
“xão autêntica; mas não há remissão para aquele que cli-
“mina a esposa em nome de um monstruoso *dever de honra*.

“Tal assassinio é um crime estúpido e vulgar, como qualquer outro praticado por sede de sangue. Isto posto, julgo “procedente a denúncia, etc.”

RABINOWICZ assim desmascara o criminoso passional: “... não age nunca por motivos elevados, e não é o amor que “o leva ao crime, mas sentimentos baixos e selvagens, o “ódio atroz, o egoísmo desesperado, o espírito vil da vingança. E esse caráter do crime passional vê-se mais nitidamente no modo de execução, que é sempre odioso e “repugnante. Os criminosos passionais matam com uma “facilidade desconcertante. É, na verdade, de fazer inveja “aos bandidos de profissão, para os quais, no entanto, matar não passa de uma bagatela. “Para mim, matar um “homem é como beber um copo de água”, — dizia o poeta- “-assassino Lacenaire. E um dos seus confrades, Prévost, “era ainda mais expressivo: “Tirar a vida a um homem, “nada vale! É como chocolate, é veludo...” Os matadores “passionais poderiam dizer as mesmas palavras.”

O grande e soado argumento em favor dos passionais (dos autênticos passionais) é que o crime representa, na sua vida, um episódio que se não reproduz. Na verdade, só se é delinqüente passional uma vez na vida. Ora — dissertam — a pena não é aplicada apenas *quia peccatum*, mas, principalmente, *ne peccetur*. O direito penal moderno pleiteia a subordinação da responsabilidade penal ao “estado perigoso”, e este não se apresenta no criminoso passional, que não reincide jamais.

O mérito dessa argumentação não é senão aparente. A pena, antes de ser *repressão individual*, é *prevenção geral*: é um fator intimidativo, isto é, a certeza de sua aplicação cria, no mecanismo psíquico dos indivíduos, um *motivo inibitório* à ação criminosa. Os *saudosistas* da Escola Positiva teimam em dizer que a existência mesma do crime é a prova de que a ameaça da pena é inócua; mas é que eles sabem ser impraticável a contagem dos que deixam de ir até o crime *formidine poenae*... É incontestável que os homens, em

geral, se intimidam com a ameaça penal. Uns mais que os outros. A alguns será mesmo necessário fazer-se o que se faz ao gato, que para temer a simples água fria precisa de ser, antes, *escaldado*. Todos, porém, se intimidam. O que quase sempre anima o criminoso é a *esperança da impunidade*. E justamente tal esperança é que tornou de tão alarmante assiduidade a paixão homicida, pois um romantismo piegas achou de a qualificar *sublime*, infiltrando-se tal idéia na consciência popular e provocando a sistemática benevolência do tribunal do júri. A uma reação mais demorada dos *veredicta* dos juizes de fato, rareia imediatamente o criminoso passional. Haja vista o que se tem passado ultimamente na Capital da República, cujo corpo de jurados deixou de transigir com a *passionalidade*. Sucederam-se as condenações dos matadores de mulheres, até mesmo daqueles que, após o crime, voltam a arma contra si próprios, num gesto frustro de suicídio ou autojustiçamento. Resultado: o passionalismo recolheu o *arsenal* e já não proporciona, senão esporadicamente, o seu *ato final de tragédia*. . . Façamos nossas estas perguntas de RABINOWICZ, que, melhor do que ninguém, soube escarpelar o passionalismo criminoso: “Supondo mesmo que a reação penal seja inútil para os delinquentes passionais, porquanto “eles nunca reincidem, poder-se-ia contestar a sua utilidade “como prevenção geral, para que os outros não pratiquem “o crime? É certo que o delinquente passional não o fará “mais, mas a pena que o atinge não irá arrancar a arma “assassina das mãos dos futuros candidatos ao crime passional?”

E não só a finalidade de prevenção geral justifica, na espécie, a punição. Demos ainda a palavra ao insigne professor da Faculdade de Varsóvia: “... ao lado dessa utilidade geral, que a pena, aplicada ao criminoso passional, “teria por efeito, pela psicologia da sua intimidação, ela “traria, também, uma preciosa contribuição a essa outra “função que lhe é própria e a que podemos chamar *missão moral*. O Código Penal falsearia a sua missão elementar,

“se deixasse impune o crime passionai.” E são ainda de invocar os irrefutáveis conceitos de DURKHEIM e ALIMENA. Diz o primeiro: “As paixões humanas só se detêm diante “dum poder moral que respeitem. Se falta qualquer auto-
“ridade desse gênero, é a lei do mais forte que triunfa e,
“latente ou agudo, o estado de guerra é necessariamente
“crônico.” Pondera o segundo: “Não só a pena age como
“determinante sobre a consciência dos prováveis e possíveis
“delinqüentes, mas exerce a sua maior eficácia na consoli-
“dação contínua, lenta e hereditária do senso moral.” ¹⁰⁸

A psicopatologia quer que o delinqüente passionai deva ser deixado exclusivamente ao seu estudo e tratamento. Pretende-se que somente o amor patológico conduz ao crime. Desta opinião partilha o nosso HEITOR CARRILHO: “O amor
“que leva ao crime só pode ser o amor patológico, o amor en-
“fermiço, o amor que se perverteu, que se afastou do seu
“caminho construtivo, que contrariou seu próprio objetivo
“criador, que se opôs à sua própria finalidade pacificadora
“e altruística, que ficou na fase da irresistibilidade do ins-
“tinto, que estacionou ou se infantilizou na sua evolução ou
“que caminhou anormalmente para as sistematizações afe-
“tivas, lesando os seus propósitos e fugindo à evidência dos
“seus intuitos.” Mas o mesmo CARRILHO adverte, para logo, que é preciso distinguir entre os *passionais* e os *pseudopassionais*, e disserta: “Que vale falar de crimes passionais, de
“crimes de amor, se não conhecemos a caracterologia dos
“passionais ou dos amorosos que os realizaram? Quanta vez
“tenho eu recebido, para observação no Manicômio Judi-
“ciário, indivíduos que não merecem psiquiatricamente essa
“designação, a menos que, neste rótulo vasto, quiséssemos

¹⁰⁸ Justamente argumenta CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, pág. 182): “La passione non è che la esasperazione dei desideri e sarebbe un controsenso che la minaccia della pena, istituita precisamente per fungere da contrastimolo a certi desideri, cadesse in quei casi in cui ve n'è proprio maggiore bisogno.”

“acobertar ou incluir frios e despeitados matadores de mulheres, que agiram, deliberadamente, por sentimentos inferiores, — ódio, vingança, orgulho, — com evidente deficiência dos sentimentos éticos não existente nos verdadeiros passionais! Errôneo seria considerar como delinquentes passionais amorosos todos os que delinqüiram em estado passionais aparente.”

Deixemos de parte os *pseudopassionais*, que formam na fileira dos delinquentes comuns, e encaremos o *passional puro*. Diz-se que este, apesar de sua aparente normalidade, tem um *temperamento especial*, que é *magna pars* no crime que pratica. *Quid inde?* Todo criminoso é levado ao crime por sua índole própria, sendo inegável que, na etiologia do crime, sempre se aglutinam os fatores exógenos e endógenos. E quando se reflete que não existe um só homem que se ajuste rigorosamente a um tipo ideal de normalidade (“de poeta e de louco, cada um de nós tem um pouco”), chega-se à conclusão de que não há motivo, afinal de contas, para que sutis *tonalidades* ou *variantes* psíquicas, pretendidamente características do passional, levem este para fora do campo da psicologia normal. À parte o caso dos flagrantes enfermos psíquicos, não há porque destacar um tipo de *passional* em divergência com o tipo do *homo medius*.

Redargüindo ao nosso ponto de vista, de que a ameaça da pena é um motivo de inibição, embora fraco, na fase germinativa da paixão, BULHÕES PEDREIRA assim argumenta: “... ao brotar a paixão, ainda está de todo afastado o embrião do crime; este só irrompe, como reação violenta e imprevista, na crise paroxística do estado passional. E então, aniquilado o homem sob o jugo tirânico da idéia obsidente, não haverá porta aberta por onde se esgueire a ameaça frenadora.” Ora, o que sustentamos é que a *idéia obsidente*, antes de assumir o seu predomínio tirânico, antes de subjugar definitivamente o campo da vontade, na sua propulsão para o crime, pode ser neutralizada por contra-motivos, entre os quais ressaia a ameaça penal. O estado

passional, antes do momento agudo da sua *descarga*, não exclui o *processus* da *deliberação*, não abstrai ou anula a possibilidade do cálculo ponderativo entre o *proveito* e o *mal* conseqüentes à conduta. Invoquemos ainda a autoridade de RABINOWICZ: "Somos de opinião que os candidatos ao crime "passional são intimidáveis; e o são tanto mais quanto "quase todos *preparam o crime*. E estamos certos de que, "se o crime fosse punido como merece, todos os que hoje "matam sem hesitar, refletiriam mais nos riscos que correm; "e mais numerosos seriam, então, aqueles vingadores frustrados à Sigalev (da magnífica novela de TCHÉKOV), que "entram num armeiro para comprar um revólver e saem "com uma rede para codornizes..."

Em face do novo Código, os uxoricidas passionais não terão favor algum, salvo quando pratiquem o crime em exaltação *emocional*, ante a evidência da infidelidade da esposa. O marido que surpreende a mulher e o *tertius* em flagrante ou *in ipsis rebus venereis* (quer *solus cum sola in eodem lecto*, quer *solus cum sola in solitudine*) e, num desvairo de cólera, elimina a vida de uma ou de outro, ou de ambos, pode, sem dúvida alguma, invocar o § 1.º do art. 121; ¹⁰⁹ mas aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o

¹⁰⁹ É interessante notar que um dos mais recentes códigos penais do mundo, o do Uruguai, contém, sob a rubrica *La pasión provocada por el adulterio*, o seguinte dispositivo: "*La pasión provocada por el adulterio faculta al juez para exonerar de pena los delitos de homicidio y de lesiones siempre que concurren los siguientes requisitos: 1.º — que el delito se cometa por el cónyuge que sorprendiera en flagrante al otro cónyuge y que se efetue contra éste o contra el amante; 2.º — que el autor tuviera buenos antecedentes y que la oportunidad para cometer el delito non hubiera sido provocada o simplemente facilitada, mediando conocimiento anterior de la infidelidad conyugal.*"

O Código de Hammurabi (23 séculos antes da era cristã) era mais humano: depois de dizer que "se alguém mata a esposa (surpreendida em adultério), matará também o amante", resolvia: "se (o marido) apenas corta o nariz à mulher, limitar-se-á a castrar o amante"...

gesto bárbaro e estúpido de Otelo, terá de sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares.

29. Homicídio qualificado. No § 2.º do art. 121, apresenta-se, como indica a respectiva rubrica lateral, o *homicídio qualificado*, isto é, o homicídio acompanhado de alguma dentre certas *circunstâncias agravantes* que a lei, nó tocante a essa entidade criminal, toma em especial consideração, para o efeito de majoração *a priori* da pena, dado o maior grau de *criminosidade* que revelam. Não se dá mudança do título do crime, nem da *espécie* ou *qualidade* da pena; mas esta é *independente* (cominada dentro de novos limites) e *quantitativamente* superior à pena ordinária ou editada *in abstracto* para o *homicídio simples*. De *simples accidentalia* dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser *essentialia* ou *elementos constitutivos* do homicídio, na sua forma qualificada. Chamadas *agravantes qualificativas* ou *elementares*, estão elas alinhadas nos incisos ns. I a V do parágrafo acima citado. Dizem umas com certos *motivos determinantes*, indiciários de maior intensidade da *mens rea* (incisos ns. I, II e V), e outras com o *modo* especialmente perverso da *ação* ou da *execução do crime* (incisos ns. IV e III).

Na ordem da enumeração legal, o primeiro caso de homicídio qualificado é o cometido por *motivo torpe*, fazendo-se especial referência ao homicídio *mercenário*, isto é, “mediante paga ou promessa de recompensa”. *Torpe* é o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum. É o motivo abjeto, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade. Tais são, *in exemplis*, o fim de *lucro* ou cupidez, o prazer do mal, o desenfreno da lascívia, a vaidade criminal, o despeito da imoralidade contrariada. Como já foi notado, o texto legal faz menção expressa do homicídio por mandato remunerado (*pecunia accepta vel pretio convento*). É o *assassinium* do direito medieval, que, na espécie, chegava a autorizar, *ad terrorem*, fossem os cul-

pados cortados aos pedaços (*per frusta scinduntur*), dada a hediondez do crime (*propter criminis immanitatem*). Não só qualifica o homicídio o prévio recebimento de paga, senão também a simples *promessa de recompensa*. A paga feita ou recompensa prometida tanto pode consistir em dinheiro, como em qualquer vantagem econômica (aquisição de direito patrimonial, perdão de dívida, promoção em emprego, etc.).

A seguir, qualifica o homicídio o *motivo fútil*. Conforme explica a *Exposição de motivos*, diz-se *fútil* o motivo que, “pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime”.¹¹⁰ A *futilidade* deve ser apreciada segundo *quod plerumque accidit*.

O motivo é *fútil* quando notavelmente *desproporcionado* ou *inadequado*, do ponto de vista do *homo medius* e em relação ao crime de que se trata. Se o *motivo torpe* revela um grau particular de perversidade, o *motivo fútil* traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral.

Não se deve confundir o motivo fútil com o motivo *injusto*: este, embora desconforme com a ética ou com o direito, pode não ser *desproporcionado* como antecedente psicológico do crime. Por outro lado, não deve ser esquecido que um motivo aparentemente frívolo ou irrelevante pode, dadas as circunstâncias, tornar-se relativamente *suficiente*, *verbi gratia*: um *apelido* inofensivo, mas que se sabe do desagrado de quem o recebe, pode concretizar até mesmo a *provocação injusta* que torna *privilegiado* o “homicídio emocional” (artigo 121, § 1.º).

Igualmente qualifica o homicídio a circunstância de ser executado com “emprego de *veneno, fogo, explosivo, asfixia*

¹¹⁰ ALTAVILLA (*Delitti contro la persona*, pág. 94) assim define o motivo fútil: “*motivo esogeno di scarso rilievo, che nella maggior parte degli uomini non sarebbe stata causa criminogena sufficiente*”.

ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”.

O texto legal faz casuística exemplificativa e termina com uma fórmula genérica. Em primeiro lugar, é citado o *venefício*, isto é, o homicídio praticado mediante o emprego de *veneno*. É este um meio letal *insidioso* por excelência, pois o seu êxito está condicionado à sua própria dissimulação. Diziam os antigos penalistas que “*plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio*”.

Entende-se por *veneno* toda substância que, introduzida no organismo, é capaz de, mediante ação química ou bioquímica, lesar a saúde ou destruir a vida. Cumpre notar que uma substância inócua pode tornar-se venéfica pelas condições especiais da vítima, *v. g.*: sal de cozinha propinado a quem haja ingerido calomelano (subcloreto de mercúrio). O veneno pode ser orgânico ou inorgânico, vegetal ou mineral, líquido ou gasoso, e aplicado por diversos modos: ingestão, inalação, absorção cutânea, injeção, etc.

É claro que, para identificar-se a agravante qualificativa, o emprego do veneno deve ter sido sub-reptício, insciente ou iludida a vítima. O envenenamento violento ou sem insídia não qualifica o homicídio, salvo se, correspondendo ao propósito do agente, importar atroz sofrimento à vítima, pois, em tal caso, representará emprego de meio *cruel*.

Deve ser pericialmente averiguado que a *causa mortis* foi a ministração de veneno. São em número de quatro os processos empregados para a diagnose do envenenamento: o *químico* (pesquisas químicas e farmacêuticas nas dejeções ou excreções do enfermo ou nas vísceras do cadáver), o *anátomo-patológico* (pesquisas anátomo-patológicas obtidas pela necropsopia), o *clínico* (apreciação dos sintomas mórbidos que se apresentam no paciente e que eventualmente precedem à morte) e o *histórico* (apreciação das circunstâncias extrínsecas ao fato).

O segundo exemplo do inciso II do § 2.º do art. 121 é o emprego de *fogo*. O Código de 90 incluía entre as agra-

vantes elementares do homicídio a circunstância de “ter o delinqüente cometido o crime por meio de *incêndio*” (artigo 294, comb. com o art. 39, § 3.º). Era um critério restritivo, que o novo Código justamente abandonou. *Incêndio* é o *nomen juris* do crime consistente na excitação de fogo que acarrete *perigo comum*; de modo que a fórmula do antigo Código não abrangia, por exemplo, o ato cruelíssimo de deitar querosene e atear fogo às vestes da vítima, ou de atirá-la para dentro de um forno aceso.

Refere-se o inciso, em seguida, ao emprego de *explosivo*. Chama-se *explosivo*, segundo a clássica definição de SARRAU, “qualquer corpo capaz de se transformar rapidamente em gás à temperatura elevada”. Na sua decomposição brusca, passando do estado sólido ou líquido ao estado gasoso, o explosivo opera a violenta deslocação e destruição de matérias circunjacentes. Não há que distinguir entre *substâncias* e *aparelhos* ou *engenhos* explosivos. Entre os explosivos mais conhecidos, podem ser citados os derivados da nitroglicerina (*dinamite*), da nitrobenzina (*belite*), do nitrocresol (*cresolite*), da nitronaftalina (*schneiderite*, *chedite*), do nitrotolueno (*trotil* ou *tolite*), do trinitofenol ou ácido pícrico (*melinite*, *lidite*), o algodão-pólvora (explosivo mediante choque), os fulminatos, os explosivos com base de *ar líquido*, etc.

Outra modalidade de meio executivo que qualifica o homicídio é a provocação de *asfixia*. Resulta esta do impedimento da função respiratória (absorção de oxigênio e expulsão de ácido carbônico) e conseqüente ausência de oxigênio no sangue (anoxemia). O texto legal não distingue entre *asfixia mecânica* e *asfixia tóxica* (produzida por gases deletérios, como o óxido de carbono, o gás de iluminação, o cloro, o bromo, etc.). A asfixia mecânica pode ocorrer: a) por oclusão dos orifícios respiratórios (nariz e boca) ou sufocação direta; b) por oclusão das vias aéreas (glote, laringe, traquéia, brônquios); c) por compressão da caixa torácica

(sufocação indireta); d) por supressão funcional do campo respiratório.

Os processos de provocação da asfixia mecânica são o *enforcamento*, o *imprensamento*, o *estrangulamento*, o *afofamento*, a *submersão*, a *esganadura*.

Como último exemplo de agravante qualificativa referida ao meio empregado é mencionada a tortura, isto é, o meio supliciante, a infligção de tormentos, a *judiaria*, a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade.

A cláusula final do inciso refere-se a qualquer “outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Meio insidioso, como diz a *Exposição de motivos*, é o meio dissimulado na sua influência maléfica. É o meio fraudulento ou sub-reptício por si mesmo, como, por exemplo (além do *veneno*, expressamente mencionado no inciso), as *armadilhas* e os chamados *venenos físicos* (vidro moído, limadura metálica, germes patogênicos, etc.).

Meio *cruel* é todo aquele que produz um padecimento físico inútil ou mais grave do que o necessário e suficiente para a consumação do homicídio. É o meio bárbaro, martirizante, denotando, da parte do agente, a ausência de elementar sentimento de piedade. Conforme adverte WHARTON,¹¹¹ “*cruelty must be peculiar and extreme, something implying more than the ordinary crime*”. Matar com crueldade é matar à moda de Calígula: *Ita feri ut se mori sentiat*. São meios cruéis, por exemplo, as sevícias reiteradas, o impedimento de sono, a privação de alimento ou água, o esfolamento, a ministração de chumbo derretido (além da *vivicom-búrio*, que a lei menciona como tipo).

Finalmente, o meio de que possa resultar perigo comum é o que, além de atingir a vítima escolhida, pode criar uma situação de perigo extensivo a um indeterminado número de pessoas. Se se caracteriza, no caso concreto, um crime

¹¹¹ On Homicide, pág. 171.

de perigo comum, ¹¹² haverá um concurso formal de crimes (homicídio qualificado e crime de perigo comum).

Cumpre distinguir entre o homicídio praticado por meio de crime de perigo comum e a forma deste crime qualificada pelo evento “morte”: ¹¹³ no primeiro caso, tal evento é previsto e querido, ainda que eventualmente (a morte da vítima é o *fim*, e o crime de perigo comum é o *meio*); no segundo, o evento letal, embora previsível, não é previsto (culpa inconsciente) ou, se previsto, o agente espera que não ocorra (culpa consciente).

No inciso IV, é qualificado o homicídio quando haja insidia, não já pela natureza do meio empregado, mas no modo da atividade executiva, de que resulte dificuldade ou impossibilidade de defesa da vítima. Tal é o homicídio praticado “à traição”, ou “de emboscada”, ou mediante “dis-simulação” do agente, conforme exemplifica o dito inciso.

O homicídio à traição (*homicidium proditorium*) é o cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingida a vítima, descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso. A forma típica do acometimento à traição é o que colhe a vítima, de chofre, pelas costas. Explicava JULIUS CLARUS: “*Proditorie vero dicitur committi homicidium quando aliquis nulla praecedente inimicitia alium interfecit, puta, quia veniens tecum tanquam socius itineris, nulla interveniente rixa te percutio, vel dum sederes mecum in mensa vel si cum me tibi amicum esse fingerem, ita a tergo percutio: nam his casibus dicor te proditorie interfecisse*”...

¹¹² Segundo adverte a *Exposição de motivos*, a rubrica “Crimes de perigo comum”, empregada somente no capítulo I do Título VIII da *Parte Especial*, apenas significa que os crimes aí definidos são os que, “mais nítida ou imediatamente que os das outras subclasses, criam uma situação de perigo de dano a indefinido número de pessoas”... Os crimes previstos nos capítulos II e III do referido título não deixam de ser, também, de *perigo comum*.

¹¹³ Arts. 258, 263, 264, parág. único, e 285.

Emboscada (*guet-apens, aguato, Hinterhalt*) é a dissimulada espera da vítima em lugar por onde terá de passar. É a *tocaia*, na expressão dos nossos sertanejos. O criminoso, escondido, aguarda a passagem da vítima desprevenida, que fica à sua mercê. O homicídio mediante emboscada é o que os práticos chamavam *ex insidiis*: "*Ex insidiis dicitur homicidium committi, quando aliquis expectat alium, positus in loco, qui ab illo praevideri verisimiliter non poterat, animo eum occidendi, illumque ex improviso venientem aggreditur, et interficit.*"

Dissimulação é a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa. *

* Uma jurisprudência incipiente tem decidido que, no grupo das "circunstâncias que sempre agravam a pena", previstas no artigo 44, n.º II, letra d, do novo Cód. Penal, e na órbita do homicídio qualificado, ou, mais precisamente, no Inc. IV do § 2.º do art. 121, devem ser incluídas a "superioridade em força" e a "superioridade em armas", que a Consolidação das Leis Penais contemplava no seu art. 39, § 5.º A razão de tal inferência é o caráter genérico da cláusula com que, depois de referir-se à *traição*, à *emboscada* e à *dissimulação*, terminam os citados incisos: "ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido".

É de enjeitar-se, porém, semelhante exegese, que se apega à *letra* da lei, mas desatende em franca rebeldia ao seu *sentido*. Quando um dispositivo legal contém uma fórmula *exemplificativa*, e, a seguir, uma cláusula *genérica*, deve entender-se que esta, segundo elementar princípio de hermenêutica, somente compreende os casos *análogos* aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente ociosa a *exemplificação*, além de que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, *grosso modo*, coisas desiguais. Assim, o "outro recurso", a que se refere o texto legal, só pode ser aquele que, como a *traição*, a *emboscada*, ou a *dissimulação*, tenha caráter *insidioso, aleivoso, sub-reptício*. *In exemplis*: lançar algum líquido ou pó irritante nos olhos do adversário para tê-lo à sua mercê; suprimir, prévia e furtivamente, qualquer meio de defesa da

Por último, é o homicídio qualificado quando cometido “para assegurar a *execução*, a *ocultação*, a *impunidade* ou *vantagem de outro crime*”. Na primeira hipótese, o que agrava não é a prática efetiva de outro crime, mas o *fim de cometer outro crime*. Assim, por exemplo, o indivíduo que, ao tentar um rapto, mata a pessoa que se interpõe para

vítima; prevenir o agente o contra-ataque da vítima, forçando a servir-lhe de anteparo uma pessoa caríssima a esta.

As circunstâncias de “superioridade em força” e de “superioridade em armas” nada têm a ver com o inciso em questão. Quanto à primeira, nem mesmo pode ser considerada *recurso*, pois não é mais do que uma *qualidade* ou *condição pessoal* do agente, em cotejo com o ofendido. Quanto à *superioridade em armas*, pode ser *acidental* ou *procurada*: no primeiro caso, também não é, propriamente, um *recurso*, e, no segundo, não chega a ser uma *insidia* ou *aleivosta*, desde que não seja empregado, de antemão, algum ardil para assegurar, positivamente, a inferioridade defensiva da vítima.

Qualquer dessas circunstâncias tem escasso ou incerto valor *sim-tomático*. Via de regra, são puramente *objetivas*, alheando-se ao prévio cálculo do agente. E ainda quando se comprove que o agente as tenha *preordenado*, ou se tenha ocasionalmente *prevalecido* delas, não indicam maior capacidade de delinquir. É instintivamente que alguém, quando vai arrostar um adversário, procura aparelhar-se de modo a não levar a pior. Só excepcionalmente as circunstâncias em apreço poderão ser indicio de maior intensidade de dolo ou de maior perversidade. Seria, portanto, de todo inadmissível que a lei penal, aprioristicamente, fizesse delas *agravantes obrigatórias* em todos os casos.

A improcedência do ponto de vista que ora impugnamos é tanto mais evidente quanto, se viesse ele a prevalecer, ter-se-ia de chegar à estranha conclusão de que as referidas circunstâncias, não obstante o seu aleatório relevo, são *qualificativas* do homicídio, desde que o art. 121, § 2.º, n.º IV, reproduz integralmente o texto do art. 44, II, letra *d*.

Para impedir a *coragem* de semelhante conclusão e, ao mesmo tempo fixar, por via de consequência, o verdadeiro sentido do inciso do art. 44, cumpre invocar a *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS, que, ao referir-se ao n.º IV do § 2.º do art. 121, assim se pronuncia: “São também qualificativas do homicídio as agravantes “que traduzem um *modo insidioso* da atividade executiva do crime,

evitá-lo, não deixa de responder por homicídio qualificado, ainda quando, a seguir, desista de consumir o rapto. Também nas outras hipóteses, a qualificativa não depende da real consecução do fim que se propõe o agente. Na segunda e terceira hipóteses, o escopo do agente é destruir a prova de outro crime ou evitar as consequências processuais ou penais dele decorrentes (ex.: o incendiário mata a testemunha que o viu deitar fogo à casa; o usuário de um testamento falso mata o co-partícipe, de quem teme delação). Na última hipótese, o propósito do agente é garantir a fruição de qualquer vantagem, patrimonial ou não, direta ou indi-

“impossibilitando ou dificultando a defesa da vítima (como a traição, a emboscada, a dissimulação, etc.).” Ainda mais: se fosse rejeitado esse critério restritivo, estariam abrangidos entre as agravantes obrigatórias gerais ou como qualificativas do homicídio todos os *modos* possíveis e inimagináveis de ser o sujeito passivo reduzido à inferioridade ou impotência de defesa, como sejam, *v. g.*, a agilidade do agente, a maior habilidade deste no manejo das armas, certos *truques* usualmente empregados para vencer a resistência oposta, etc. Seria mesmo rara a hipótese em que se não tivesse de reconhecer a agravação da pena, pois o próprio fato do êxito do ofensor resulta, na grande maioria dos casos, de haver este empregado algum *recurso* para neutralizar a possibilidade ou eficiência da reação do ofendido. Tal amplitude de interpretação seria radicalmente infensa ao critério *subjetivista* com que o novo Código *selecionou os accidentalia delicti*, conforme acentua a *Exposição de motivos* sobre o projeto definitivo: “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*.”

A “superioridade em força” (salvo no caso excepcional de ser o ofendido *criança, velho ou enfermo* — art. 44, II, letra *a*) e a “superioridade em armas” somente terão entrada na órbita do art. 42, isto é, entre os critérios diretivos da fixação da *pena-base*; e assim mesmo quando realmente indiciárias de maior *criminosidade* do agente. Fora daí, não têm a menor relevância.

reta, resultante de outro crime. ¹¹⁴ Pouco importa, em qualquer das quatro hipóteses, que o autor do homicídio proceda no seu próprio interesse ou no de terceiros (de um amigo, de um parente). E é de notar-se que o *outro crime*, em caso algum, forma unidade complexa com o homicídio. Há simples *conexidade* entre eles, devendo aplicar-se cumulativamente as penas respectivas (art. 51), e não somente a do homicídio qualificado. Não se trata de *crime complexo*, como no caso do latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*), ¹¹⁵ em que há unificação de penas.

De acordo com a regra do parág. único, 2.ª alínea, do art. 108, a *qualificação* do homicídio, na espécie, subsiste, ainda mesmo que venha a extinguir-se, por qualquer causa, a punibilidade do *outro crime*. ¹¹⁶

Art. 121. Matar alguém:

§ 1.º . . .

§ 2.º . . .

Homicídio
culposo

§ 3.º *Se o homicídio é culposo:*

Pena — detenção, de um a três anos.

¹¹⁴ Costuma-se distinguir, entre as *vantagens* do crime, o *produto*, o *preço* e o *proveito*. *Produto* são as coisas adquiridas diretamente com o crime (ex.: a *res furtiva*), ou mediante especificação (ex.: ou ouro resultante da fusão da jóia furtada), ou obtidas mediante alienação (ex.: dinheiro ganho com a venda da coisa furtada), ou criadas pelo crime (ex.: mercadorias contrafeitas). *Preço* são os valores recebidos ou prometidos para cometer o crime. *Proveito*, finalmente, é toda vantagem, patrimonial ou não, derivada do crime e diversa do “produto” e do “preço”.

¹¹⁵ O Código, ao tratar do *roubo*, não previu especialmente a hipótese em que o emprego da *violência* constitua *tentativa de homicídio*; de modo que, a nosso ver, a solução racional e equitativa é a de aplicar-se, em tal caso, tão-somente a pena de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, n.º V, combinado com o art. 12, parág. único).

¹¹⁶ Dispõe o art. 108, parág. único, 2.ª alínea: “Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.”

Aumento
de pena

§ 4.º *No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.*

DIREITO COMPARADO — Códigos: francês, art. 319 (e lei modificativa de 17-6-1908); alemão, § 222 (e leis modificativas de 3-6-09, 21-6-23 e 13-12-33); italiano, art. 599; suíço, art. 117; argentino, art. 84; uruguaio, art. 314; dinamarquês, art. 241; português, art. 368; norueguês, art. 239; holandês, arts. 307 e 309; espanhol, art. 405, comb. com o art. 565; soviético, art. 10; polonês, artigo 230; húngaro, arts. 290 e 291; colombiano, art. 370; boliviano, artigo 506; venezuelano, art. 411; cubano, art. 434, comb. com o art. 19; equatoriano, art. 435.

BIBLIOGRAFIA — ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, na *Enciclopedia* de PESSINO, vol. IX; *Diritto Penale*, 1910; e *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1889; IMPALLOMENI, *L'Omicidio nel diritto penale*, ns. 40 a 64, 1900; MIRICKA, *Die Formen der Strafschuld (As formas da culpabilidade penal)*, 1903; PUGLIA, *Delitti contro la persona*, no *Trattato* de COGLIOLO, 1889; *La psicologia della colpa*, in *Scuola Positiva*, 1898, págs. 129 e segs.; MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, trad. esp. de DORADO, I, 1898; CARRARA, *Opuscoli*, vol. III, 1898; STOPPATO, *L'evento punibile*, 1898; ANGIOLINI, *Dei delitti colposi*, 1901; UGO CONTI, *Dell'imputabilità*, no *Trattato* de COGLIOLO, vol. I, parte 2.ª; DEL GIUDICE, *Fondamento e condizione della punibilità dei reati colposi*, 1918; LETO, *Il reato colposo*, 1913; CAMPILI, *Condizioni e limiti di punibilità della colpa*, 1903; TOSTI, *La colpa penale*, 1907; MELONI, *La colpa penale e la colpa civile*, 1917; VITOCOLONNA, *Teoria generale della colpa incriminabile*, 1914; SETTI, *Dell'imputabilità*, 1882; IRURETA GOYENA, *El delito de homicidio*, 1928; MAGRI, *Una nuova teoria penale della criminalità*, 1891; MARCIANO, *Colpa con previsione e dolo eventuale*, in *Scritti in onore del prof. Ugo CONTI*, págs. 305 e segs.; MANZINI, *Trattato*, vol. VIII, 1933; MAGGIORE, *Principii*, vol. II, 1932; VANNINI, *Il delitto di omicidio*, 1935; VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht (Lei e culpabilidade em direito penal)*, II, 1909; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1927; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*,

vol. II, 1930; MEZGER, *Tratado de derecho penal*, 2.^a ed., tradução espanhola de MUÑOZ, 1933; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht (besonderer Teil)*, 1937; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 4.^o fasc., 1940; JANNITTI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, 1913; CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. 4, 1916; WHARTON, *On Homicide*, 1907; POLLOCK, *The Law of Torts*, 1887; KOHLER, *Dolo, Colpa, Errore*, in *Il Progetto ROCCO nel pensiero contemporaneo*, 1930; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 1937; SALTELLI-DI FALCO, *Commento*, vol. II, parte 2.^a, 1931; RATIGLIA, *Il reato di pericolo*, 1932; HILLER, *Handbook of Criminal Law*, 1934; GARRAUD (René e Paul), *Traité*, 1935; LONGO, *Commento*, vol. II, 1911; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, no *Trattato de FLORIAN*, 1934; *Omicidio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, e *Teoria soggettiva del reato*, 1933; PERGOLA, *Il reato*, 1930; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, 1938; ALIMENA (Francesco), *Le condizioni di punibilità*, 1938; NARCÉLIO DE QUEIRÓS, *Teoria da "actio libera in causa"*, 1936; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, 1936; SOLER, *Derecho Penal argentino*, 1940; EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, vol. 2.^o, 1939; VIDAL-MAGNOL, *Cours de droit criminel*, 1928; HANS FRANK, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935; GLEISPACH, *Tötung*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, 1936; COSTA E SILVA, *Código Penal*, vol. I, 1930; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, vol. II, 1924; WEGNER, *Fahrlässigkeit*, in *Wörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER; CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933; JUAN P. RAMOS, *Curso de derecho penal*, 1928; EMILIO DIAZ, *El Código Penal*, 1928; ORTIZ MUÑOZ, *Nociones generales de derecho penal*, 1937; SEABRA JÚNIOR, *Acidentes de automóveis*, 1918; FRUTUOSO DE ARAGÃO, *Delitos de automóvel*, 1924; IMERECQ, *L'automobile devant la justice*; SAINCTELLETE, *Responsabilité des propriétaires et conducteurs d'automobiles*; ADELMAR TAVARES, *Do delito do automóvel*, in *Revista Forense*, fasc. 459, 1941; BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, *Trattato di Medicina Legale*, 1932; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1934; CECCHI, *Teoria dell'evento nel reato*, 1937; SARDINHA, *Homicídio culposos*, 1936; ALTAVILLA (E.), *La Colpa*, 1950; MACHADO (Raul), *A culpa no Direito penal*, 1943.

COMENTARIO

30. No tocante ao elemento subjetivo do crime, podem ocorrer as seguintes hipóteses: a) o agente previu e quis o resultado antijurídico (para obtenção deste foi praticada a ação ou omissão); b) o agente não quis diretamente o

resultado antijurídico, mas o previu como possível ou provável e o ratificou *ex ante* (isto é, aceitou o risco de produzi-lo); c) o agente quis um resultado antijurídico menos grave do que o efetivamente ocorrido, que não previu, mas que podia ter previsto; d) o agente não se propôs qualquer fim ilícito e não previu o resultado antijurídico, mas podia tê-lo previsto; e) o agente previu a possibilidade do resultado antijurídico, mas, longe de assentir no seu advento, esperou sinceramente que não ocorresse ou repeliu a hipótese de sua ocorrência.

Nas duas primeiras hipóteses, há *dolo*, que se subdivide em *dolo de dano* e *dolo de perigo* (este exclusivo dos chamados *crimes de perigo*, para cuja consumação basta que se crie uma situação de ameaça ao bem jurídico penalmente protegido). Nas hipóteses restantes, há *culpa*: culpa aliada ao *exercitium rei illicitae*, ou *preterintenção*; culpa inconsciente (culpa *ex ignorantia*) e culpa consciente ou com previsão (culpa *ex lascivia*). O novo Código, como o anterior julgou dispensável uma fórmula genérica sobre a *preterintenção*, que não é senão a culpa referida especialmente a um resultado antijurídico que excede a *voluntas sceleris* ou o fim criminoso que se propôs o agente; mas contempla, na "Parte Especial", para tratamento particular, toda uma série de *crimes preterintencionais*, também chamados *crimes qualificados pelo resultado* (veja-se n.º 10). Também como fazia o Código revogado, o atual não distingue aprioristicamente, para diverso tratamento, entre culpa inconsciente e consciente. Foi um critério acertado. Já não queremos argumentar com a dificuldade prática (*adducere inconveniens non est resolvere argumentum*) em averiguar, na maioria dos casos, se ocorreu uma ou outra dessas variantes da culpa. O que vale ponderar é que quase tanto faz não prever um resultado, quanto prever a possibilidade do seu advento, mas, confiando firmemente em que não ocorra, de tal modo que essa confiança é *decisiva* para o empreendimento ou abstenção da ação. Pode mesmo dizer-se que a culpa consciente, muitas

vezes, será indício de menos obtusidade ou insensibilidade ético-social. Muito bem diz KÖHLER ¹¹⁷ que “mais culpado é “aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si “ em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas credula- “ mente se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a “ tempo”. Remonta a FEUERBACH a construção teórica do des- crime entre as duas variantes de culpa, para reputar-se a culpa consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*) um *plus* em relação à culpa inconsciente (*unbewusste Fahrlässigkeit*); mas é de enjeitar-se tal critério, pelo menos como um apriorismo. Ao juiz, de preferência, ao aplicar a pena, é que deve ser deixada, de caso em caso, a livre apreciação de maior ou menor gravidade da culpa. ¹¹⁸

31. **Punibilidade e conceito da culpa.** Tem-se discutido sobre a legitimidade da incriminação da culpa, por incompatível com a fórmula tradicional da responsabilidade psíquica. PUGLIA ¹¹⁹ postulava a radical exclusão do ilícito culposos da esfera penal. FERRI, embora defendendo a punibilidade da culpa com fundamento na necessidade da defesa social, ¹²⁰ assim argumentava, em contraposição ao postulado

¹¹⁷ Ob. cit., pág. 238.

¹¹⁸ O Projeto ALCÂNTARA, imitando o Código italiano, incluía entre as agravantes a “previsão do evento, em se tratando de crime culposos”; mas a Comissão Revisora, com toda razão, restabeleceu implicitamente, neste ponto, a solução do Projeto SÁ PEREIRA. Equiparava este, *apertis verbis*, a culpa consciente à culpa inconsciente: “Responde por culpa aquele que, agindo sem a atenção ordinária ou “atenção especial a que fosse obrigado, ou a de que, segundo as “suas condições pessoais e as circunstâncias, pudesse ser capaz, não “prevê as consequências possíveis do seu ato, ou confia do acaso que “elas se não produzam.”

¹¹⁹ *La psicologia della colpa*, págs. 135 e segs.

¹²⁰ Na *Relazione* sobre o seu famoso projeto de 1921, dizia FERRI que, se a impunibilidade da culpa era conclusão lógica das premissas tradicionais da imputabilidade humana, tal conclusão “era troppo

clássico: “Se o fato criminoso se pune porque efeito de livre escolha ou mesmo de simples voluntariedade, não será possível dar uma justificação lógica e jurídica da punição dos crimes culposos, especialmente quando consistem numa omissão involuntária, por exemplo, quando o guarda ferroviário, na cabina de bloqueio, *esquece* de dar passagem livre ao comboio que chega e, por sua omissão, vai colidir com outro. Neste caso, não se pode, sequer, dizer que seja voluntário o ato inicial de que deriva o dano.” Ora, o ferroviário no exemplo dado omitiu a devida atenção ao seu dever, e como a atenção é governada pela vontade, não se pode negar que ele deu causa *voluntária* ao evento lesivo. Não lhe faltou a possibilidade de estar atento e não ignorava que sua desatenção poderia ocasionar o desastre; de modo que o seu esquecimento resultou de *não ter querido* estar atento.¹²¹

Houve de sua parte, uma recusa de atenção e, portanto, um ato de vontade, uma causa voluntária inicial do evento lesivo. IMPALLOMENI figura e resolve a seguinte hipótese: “Se não se provê às obras necessárias para remover o perigo de ruína de um edifício, e este vem a desabar, fazendo vítimas, o proprietário, que revele não ter tido conhecimento de tal perigo por descuidar de inspecionar sua propriedade, será responsável por homicídio culposo, tal como “se tivesse tido conhecimento do perigo.”

¹²¹ JANNITTI DI GUYANGA, ob. cit., pág. 345, argumenta: “*Il guardiano incorre in una colpa non perdonabile, in quanto, pur avendo accettato un incarico delicatissimo per le possibili conseguenze di una facile disattenzione e pur essendosi reso conto di siffatta importanza, dimostra col fatto di non aver voluto eccitare convenevolmente l'attenzione e le facoltà mnemoniche sino ad avvertire la pericolosità di una omissione e imprudenza, in cui fosse stato eventualmente per incorrere qualche istante prima dell'arrivo del treno.*”

contraria alle più evidenti necessità della vita sociale, crescente anzi col complicarsi vertiginoso della civiltà moderna, fomentatrice di delitti colposi”.

É que, em tal caso, não obstante a inconsciência da omissão, imediatamente produtiva do evento, houve uma precedente omissão voluntária, qual a de não procurar o proprietário certificar-se do estado de sua casa. MEZGER ¹²² fala aqui em voluntariedade referível ao “momento antecedente”: a falta censurável do delinqüente culposo por omissão está em ter deixado de prestar *antes*, quando ainda presente em seu espírito o dever de diligência, a atenção suficiente para *não esquecer* as cautelas que devia ter para com o interesse alheio. ¹²³ KÖHLER refere-se ao “motivo de advertência” (*warnendes Motiv*), que é “a solicitação concreta que se apresenta à psique do agente, convidando-o a pensar no perigo e a evitá-lo como uma conduta adequada”, e diz que a culpa reside na indiferença em face de tal motivo. E disserta: “Se partimos da idéia de um homem mentalmente “são e vígil, e o aferimos pela experiência que temos dos “homens da civilização atual, uma solicitação ou obstáculo “que, segundo essa experiência seja digno de consideração, “deve provocar uma determinação e uma conduta conformes ao direito. Se tais motivos se apresentaram a uma “pessoa dotada de discernimento e, contra a razoável expectativa, deixaram de agir, é natural a dedução de que encontraram uma *resistência psíquica*. A resistência pode “consistir numa lentidão de raciocínio ou de ação, ou na “tendência a discrepar do pensamento comum, ou, finalmente, no desapeço ao *motivo de advertência*. Em todos “estes casos, o agente não chega jamais a querer o evento “que, se atendesse à advertência, deveria procurar evitar.

¹²² Ob. cit., vol. II, pág. 160.

¹²³ Alguns autores entendem que, nos crimes culposos por omissão, deve falar-se, de preferência, em *inércia da vontade*; mas, se a inércia é involuntária, voluntária é a conduta *diversa*, que se substitui à conduta obrigatória, tornando esta impossível. O indivíduo não agiu como devia, mas diversamente, e nesta *ação substitutiva* é que se encontra o elemento da voluntariedade, indispensável à imputação da culpa. É a teoria do *altud facere*, que remonta a LUDEN.

“Nem mesmo é necessário que o motivo de advertência se tenha apresentado de modo a fazer prever o evento nas suas características individuais; basta que tenha havido para o agente a solicitação no sentido de tornar-se consciente daquele gênero de possíveis danos dentro dos quais se enquadra o evento lesivo ocorrido... Há culpa quando o agente abstrai sem justo motivo a solicitação no sentido de representar-se e evitar o perigo do evento que produziu sem querer... Se se quer dar um nome ao fato pelo qual um motivo, que em outras pessoas faz surgir a solicitação para estar de sobreaviso, não exerce o mesmo influxo sobre uma pessoa determinada, pode-se indicar tal resistência como uma recusa à atenção devida e, conseqüentemente, como um ato de vontade.”

É de notar-se que a voluntariedade da *precedente* conduta causal do evento não deixa de existir pelo fato de que no momento da realização deste se encontre o agente em estado de inconsciência (por exemplo, a dormir). Tem inteira aplicação ao crime culposo a teoria da *actio libera in causa*.¹²⁴ De incontestável acerto foi a decisão do Tribunal Imperial alemão (citada por KÖHLER) ao reconhecer, com aplicação dessa teoria, a culpa de um motorista que, não obstante aperceber-se de sua fadiga e prostração, continuou a giar o carro e, acabando por dormir sobre o volante, veio a atropelar e matar um transeunte.

Não se deve esquecer que, no crime culposo, a imputação psíquica diz respeito à conduta causal, e não ao seu efeito objetivo, que é apenas uma *condição de punibilidade*. E sendo sempre tal conduta referível à vontade, não há antinomia entre a culpa e o postulado da responsabilidade psíquica.

O delinqüente culposo é um *desajustado* à disciplina social. Falta-lhe constância na preocupação que, no convívio

¹²⁴ NARCÉLIO DE QUEIRÓS, *Teoria da “actio libera in causa”*, páginas 39 e segs.

social, deve ter todo homem responsável, no sentido de evitar a lesão ou periclituação do interesse de seus concidadãos. Não só a ofensa intencional ou voluntária da incolumidade alheia é penalmente antijurídica, senão também aquela que, embora involuntária, deriva de uma conduta desconforme com a circunspeção ou ponderação do comum dos homens e vai atingir interesses de maior relevância individual e social.¹²⁵

A pena cominada aos crimes culposos tem um fim eminentemente político: é um *memento* aos desatentos e, quando efetivamente aplicada, é uma medida pedagógica, pois a sua dolorosa experiência se transfundirá na psique individual como um vigilante motivo inibitório ou contrário à tendência para a desatenção, afeiçoando, dessarte, o indivíduo ao ritmo normal da vida em sociedade.

O Código não contém uma noção *descritiva* da culpa, limitando-se a declarar que o crime é culposos “quando o agente deu causa ao resultado por *imprudência, negligência ou imperícia*”. Absteve-se o legislador de resolver com uma fórmula exaustiva um problema a respeito do qual a doutrina ainda não chegou a uma conclusão pacífica. Uma das mais certas definições da culpa é ainda a de RAYNALDO: “*incircumspecta deviatio ab ea diligentia quam communiter adhibent homines*”. Culpa é omissão da diligência do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social. Tornando mais preciso o conceito, podemos di-

¹²⁵ Segundo observa RATIGLIA (ob. cit., pág. 178), “*vi sono, nella vita di ognuno e di tutti i consociati, beni e interessi diversi per natura, entità e vulnerabilità, la difesa dei quali non si appaga del divieto delle offese volontarie; vi sono, in questo grande, unitario, ma eterogeneo e dinamico mondo sociale in cui viviamo e siamo presi ogni giorno sempre più, manifestazioni e relazioni che sono bensì il prodotto di una civiltà che ascende geometricamente, ma che si traducono, necessariamente, in sempre nuovi motivi di regole giuridiche all'operare individuale*”. Já disse alguém que o progresso está sempre criando novos meios de matar sem querer.

zer: culpa é a inconsiderada omissão da diligência comum, de modo a fazer derivar de uma conduta voluntária uma involuntária consequência lesiva. ¹²⁶ O caso típico e mais frequente da culpa é o da *culpa inconsciente*. A outra *species* de culpa, ou *culpa consciente*, contém uma característica que não é da essência da culpa, isto é, a *previsão* do evento lesivo (ou *de perigo*), ¹²⁷ pois mesmo sem tal previsão pode ser identificada uma conduta culposa. O limite extremo da culpa coincide com a condição mínima da própria culpabilidade (*culpa sensu lato*), pois abaixo dele o que se apresenta é o *caso fortuito*, e *nullum crimen est in casu*. A linha de fronteira, além da qual começa o império das forças cegas, é a *previsibilidade* do evento.

Culpa é a imprevisão grosseira, isto é, a imprevidência inescusável, tendo-se em vista o que geralmente acontece. E não há excogitar outro critério para o reconhecimento e punibilidade do crime culposos. Tem sido improficua a tentativa de formulação de teorias com fundamento diverso. Todas, no fundo, redundam, implicitamente, no velho ensinamento de PAULO: "*culpam esse quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*". Vejamos, por exemplo, a teoria dos "meios antijurídicos" ou "objetiva", de STOPPATO, que chegou a ter grande sucesso. Assim criticava esse autor a doutrina tradicional: ¹²⁸ "Com o critério da previsibilidade, deve-se apreciar o evento lesivo *a posteriori*. Quando o evento se verifica, acompanhado de várias circunstâncias, julgamos com o espírito voltado para estas. Do seu modo de

¹²⁶ Deve notar-se, entretanto, que nem sempre a efetiva lesão do interesse ou bem jurídico (evento de dano) é condição necessária do crime culposos, bastando a simples possibilidade de dano (evento de perigo) Exemplo: a forma culposa do crime de *contágio venéreo* (art. 130: "Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que deve saber que está contaminado.")

¹²⁷ Veja-se n.º 30.

¹²⁸ Ob. cit., págs. 137 e segs.

“apresentar-se, da sua concatenação, do seu complexo e, muitas vezes, obscuro enredo, deduzimos o nosso juízo sobre a previsibilidade ou imprevisibilidade do evento. Assim vimos a colocar o acusado na condição de ser julgado segundo o critério da nossa experiência e, o que é pior, de uma experiência que, se bem que nos figuremos o contrário, não sabemos se teria aconselhado e orientado, a nós mesmos, a agir diversamente. Essa experiência é fruto da observação material de fatos que estavam ou podiam estar fora da consciência do acusado, como, muito provavelmente, teriam estado fora da nossa consciência. Ora, não creio que isso possa fornecer um justo e exclusivo critério para legitimar a repressão dos eventos lesivos. A experiência do passado nem sempre dá garantia na previsão do futuro.” Segundo STOPPATO para que um evento lesivo seja penalmente atribuído a alguém, basta que este tenha sido, com o seu ato voluntário, causa eficiente do evento e haja empregado meios antijurídicos, isto é, não consentâneos com os fins jurídicos. Não há necessidade de pesquisar-se um elemento moral específico. Mas é o próprio STOPPATO que, infiel à sua teoria, não prescinde do critério da previsibilidade. Diz ele ¹²⁹ que deve ser punido “quem age voluntariamente, produzindo eventos lesivos com meios aberrantes dos fins jurídicos, *sem cuidar das conseqüências do próprio ato*”. Vê-se por esta última frase, que o elemento *previsibilidade*, que STOPPATO qualifica de *empírico, incerto e equívoco*, voltou a impor-se ao seu próprio raciocínio, para informar a justificação da punibilidade da culpa. Também o ilustre autor de *L'evento punibile* disserta que “a culpa se incrimina porque à vontade humana não pode ser consentida uma independência absoluta na escolha dos meios”; ao que ALIMENA redargui: “Como, acaso, se pode escolher certos meios de preferência a outros; como se pode ter o dever de escolhê-

¹²⁹ Ob. cit., pág. 196.

“-los, como se pode ser culpado por não tê-los escolhido, se “não são suscetíveis (na opinião de STOPPATO) de uma avaliação subjetiva?”

CAMPILI,¹³⁰ do mesmo modo que STOPPATO, repele o critério da previsibilidade, a que faz acerba crítica, dizendo-o imaginado para, no tocante aos crimes culposos, salvar o princípio da imputabilidade moral, e nobilitar, atingindo as fontes da ética, a “prosaica razão de punir”. Segundo ele para a incriminação da culpa, é suficiente, de par com a *causalidade voluntária*, a *periculosidade do ato*. Ora, só se pode dizer perigoso um ato quando se apresenta, à luz da experiência comum, como capaz de produzir um evento lesivo. Assim, quem pratica voluntariamente um *ato perigoso* pratica um ato de que devia abster-se, de vez que podia e devia prever suas conseqüências maléficas. No fundo, a teoria de CAMPILI vai aliar-se à da previsibilidade.

Examinemos, por último, a chamada “teoria psico-sociológica”, de ANGIOLINI¹³¹ e ALTAVILLA.¹³² Partindo do princípio positivístico de que “não há responsabilidade sem periculosidade”, declara ANGIOLINI que não há indagar se o autor do dano foi ou não imprevidente ou desatento, mas, sim, ter-se em vista se os seus antecedentes psico-sociais revelam nele um *indivíduo perigoso*; e a sociedade deve defender-se segundo o grau dessa periculosidade.

Os delinquentes culposos são classificados por ANGIOLINI em quatro categorias:

1.ª — Os que o são por defeito de senso moral ou altruísmo, em cujas ações é conscientemente querida a causa imediata que dá origem ao evento lesivo, e até mesmo é este previsto, embora se esperando que não ocorresse;

¹³⁰ Ob. cit., pág. 92.

¹³¹ Ob. cit., págs. 155 e segs.

¹³² *Delitti contro la persona*, 1921, pág. 129.

2.^a — Os que o são por inexperiência, imperícia, inaptidão, etc., não prevendo o evento lesivo e não tendo, sequer, consciência da causa imediata que o determina;

3.^a — Os que o são por defeito do mecanismo da atenção ou das faculdades associativas, conscientes da causa e sem previsão do evento lesivo; e, finalmente,

4.^a — Os que o são por influência do ambiente ou por *surmenage* física e intelectual (não prevendo o evento e não tendo consciência da causa), de modo que não são temíveis ou o são em grau diminuto.

Esta teoria, em última análise, não formula um novo conceito de culpa, visando apenas, com a sua classificação psico-social, a facilitar a individualização da pena em face dos delinquentes culposos. Vê-se que ANGIOLINI, ao *esquematizar* os tipos de delinquência culposa, valeu-se da teoria da previsibilidade. ALTAVILLA, que adere à teoria de ANGIOLINI, respondendo a uma objeção de MANZINI em tal sentido, é o primeiro a reconhecê-lo, e acrescenta que “a teoria da previsibilidade é a única que pode justificar a incriminação da culpa”.¹³³

Em suma: a teoria da previsibilidade, originária da inexcusável sabedoria romana, ainda não foi desacreditada e continua predominante. A própria Escola Positiva deu-lhe carta de fiança. São de FERRI estas palavras: “A culpa “consiste, inegavelmente, em um estado de desatenção e “imprudência, e é um erro a exclusão da previsibilidade do “evento da noção da culpa, para reduzi-la à só causalidade “voluntária.”

Mas, que é *previsibilidade*, como conceito jurídico-penal?

Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado como possíveis as consequências

¹³³ Teoria soggettiva del reato, pág. 114.

lesivas do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal ou comum.¹³⁴ No tocante à identificação da culpa *stricto sensu* é que se apresenta como de irrecusá-

¹³⁴ O direito penal não foi formulado tendo-se em vista o *super-homem*, o *herói*, o *santo*; mas o *homo medius*, o homem normal. Já escrevemos alhures: “O homem normal deve ser entendido sob um ponto de vista estatístico”, isto é, tendo-se em atenção *id quod plerumque accidit*. Não interessa ao nosso tema saber se há um homem *rigorosamente normal*, segundo um tipo ideal psicológico; mas apenas que há um *homem normal* como símbolo e medida de diligência ordinária. Segundo DI TULLIO, é o homem “que consegue atingir e adquirir, pela influência da educação e do ambiente, uma suficiente capacidade de prever, de avallar e de inibir-se, de modo a poder facilmente adaptar-se às exigências complexas da vida social e, pelo menos, às restrições da moral codificada”. Frequentemente, mete-se a bulha o *homem normal*. LOMBROSO assim o definia: “*buono mangiatore e lavoratore ordinato, abitudinario e misonetista, paziente, rispettoso d’ogni autorità, animale addomesticato*”. E o mesmo Philister de VÍROR HEHN: “produto do hábito, desprovido de fantasia, razoável, ornado de todas as virtudes da mediocridade, levando uma vida honesta graças à moderação de suas exigências intelectuais, suportando, com paciência comovedora, todo o fardo de preconceitos que herdou de seus antepassados”. SCHOPENHAUER (*Aphorismen zur Lebensweisheit*) dizia que o traço fundamental do *homo medius* é que ele é “*der Mensch, welcher, in Folge des streng und knapp normalen Masses seiner intellektuellen Kräfte, keine geistige Bedürfnisse hat*”. FERRI (*Studi sulla criminalità*) assim o farpeia: “*L’uomo normale — che ricorda il taglio degli abiti fatti, che si vendono nei grandi magazzini, buoni per coprire, ma non a dare un abito personale — l’uomo normale non è dunque che una specie di pasta vivente, di plasma continuativo — e anonimo — che trasmette la vita e le abitudini e l’incrostazione tradizionale dei pregiudizii attorno alle verità elementari, di generazione in generazione... Il gregge degli uomini normali passa nei secoli senza nome e senza numero. Per ricordare il pensiero di un grande anormale — Napoleone I — si potrebbe dire che l’uomo normale è la fanteria dell’eterna armata umana.*” Mas... convenhamos: o *homem normal* é a per-

vel justeza o critério da *não exigibilidade* (*Nichtzumubarkeit*) como causa de exclusão de culpabilidade, segundo uma recente orientação de penalistas alemães (EB. SCHMIDT, FREUDENTAL, MEZGER, SIEGERT), e que assim pode ser fixado: se o pressuposto da culpabilidade (falta moral) é a *censurabilidade* (*Vorwerfbarkeit*) da ação, segue-se que ela exprime a violação de um dever de conduta, do ponto de vista social; mas, conduta social não pode ser senão aquela que, sendo exigível de um indivíduo, não é seguida por este. A *censurabilidade* deixa de existir quando um indivíduo falta à observância de uma conduta que se apresentava impraticável no caso concreto (*ultra posse nemo tenetur*) ou particularmente difícil, *não exigível* do *homo medius*, do comum dos homens.

A justiça penal somente chama a contas o imprevidente ou desatento que seja portador de psiquismo normal ou cuja deficiência ético-social não tenha causa mórbida. É de rejeitar-se a opinião segundo a qual a previsibilidade deve ser referida à individualidade subjetiva do acusado, e não ao tipo psicológico médio. O Projeto SÁ PEREIRA, inspirando-se

sonificação do bom-senso, do equilíbrio moral. É ele quem sempre reconduz ao justo ponto de equidistância entre os *extremos* o pêndulo da evolução humana. Por que cobri-lo de ironias e até mesmo de apodos, como fez, por exemplo, INGENIEROS? Reconheça-se que é no seio dos *anormais* que costumam germinar os heróis à Carlyle, mas nem por isso se deve obscurecer o grande mérito do *homo medius*. Dos *anormais* já dissemos o seguinte, num recente estudo sobre a *assexualização* como medida eugenética e penal: "... ao lado dos psicopatas parasitários ou inúteis, formando o triste rebanho dos *sub-homens*, há, em compensação, aqueles outros dos quais se pode dizer que são o *sal da terra*, peregrinos semeadores de beleza, requintados artistas da idéia e da expressão, pioneiros das grandes conquistas científicas, vanguardeiros da Civilização, rasgadores de clareiras e novos horizontes ao espírito humano; mas isto não nos impede de fazer também a apologia do *homo medius*: é ele o *corretivo*, a benéfica força de resistência aos ícaros que tentam abstrair a irremediável contingência humana... E como quer que seja, ridicularizado ou não, o *homem normal* é um paradigma de que não pode prescindir o direito penal."

no Projeto Stroos, falava em *atenção* de que o agente, “por suas condições pessoais, pudesse ser capaz”. Tal critério, na sua amplitude, redundaria, como diz VON BAR, numa recompensa aos lerdos e descuidados (“*eine Prämierung der Nachlässigen*”), quando são estes, precisamente, os que mais necessitam do estímulo da ameaça penal ou da influência corretiva da pena. Não teria sido por outro motivo que a atual Comissão de Direito Penal na Alemanha, repelindo, neste particular, os projetos anteriores (em que se via a fórmula suíça), propõe o seguinte dispositivo: “Age culposamente aquele que, por omissão da cautela ou atenção a “que estava obrigado (“*aus Mangel an der pflichtgemässen Sorgfalt*”), não prevê que dá causa ao evento...” A previsibilidade deve ser apreciada *objetivamente*, isto é: não do ponto de vista do agente, mas do ponto de vista do homem comum, em face da lição da experiência relativa ao que geralmente acontece.

32. Imprudência, negligência, imperícia. O art. 121, § 4.º, tem de ser interpretado em combinação com o art. 15, n.º II, que assim dispõe: “Diz-se o crime culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.” *Imprudência, negligência e imperícia* não são mais, como diz VANNINI, do que sutis distinções nominais de uma situação culposa substancialmente idêntica, isto é, omissão, insuficiência, inaptidão grosseira no avaliar as conseqüências lesivas do próprio ato. Tanto na *imprudência* quanto na *negligência*, há inobservância das cautelas aconselhadas pela experiência comum em relação à prática de certos atos ou emprego de certas coisas; mas, enquanto a *imprudência* tem caráter *militante* ou *comissivo*, a *negligência* é o desleixo, a inação, a torpidez. Uma é *imprevisão ativa* (culpa *in committendo*), outra é a *imprevisão passiva* (culpa *in omittendo*). A *imperícia*, de seu lado, não é mais do que uma forma especial de *imprudência* ou de *negligência*: é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiên-

cia de conhecimentos técnicos, das cautelas específicas no exercício de uma arte, ofício ou profissão. Tão imperito é o cirurgião que, pouco versado em anatomia topográfica, pinça o pneumogástrico ao paciente ou corta-lhe um vaso sanguíneo de grosso calibre, quanto o engenheiro que, por erro técnico, constrói uma ponte sem a devida resistência, vindo ela a desabar sob o peso que devera suportar.

Como observam VON HIPPEL e MEZGER, há numerosas atividades ou profissões que encerram, ainda que exercidas com prudência, um certo e, às vezes, considerável perigo, como, por exemplo, a exploração de uma ferrovia ou de uma mina, a exploração de pedreiras em lugares próximos de centros urbanos, o tráfego de automóveis, a profissão médico-cirúrgica, etc. Em tais casos, pelas necessidades da vida, permite-se um certo *risco*, isto é, não se proíbe o *perigo* que essas atividades, em si mesmas, traduzem. Somente se pode identificar a culpa quando, no exercício individual da atividade de que se trata, o agente falta com a atenção e cuidado *especiais* que tem o *dever* de empregar. É claro que quanto mais perigosa for a atividade, mais deve ser a prudência do agente, não só de acordo com os ditames dos regulamentos legais, como também segundo as sugestões da experiência científica ou da vida prática.

33. Culpa presumida ou culpa "ex lege". O atual Código aboliu a chamada *culpa presumida*, ou reconhecível, *juris et de jure*, segundo o Código anterior, pelo simples fato de "inobservância de alguma disposição regulamentar". A este propósito, adverte o ministro CAMPOS, na *Exposição de motivos*: "Sem o pressuposto do dolo ou da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá *presunção de culpa*. Assim, na definição da culpa *stricto sensu*, é inteiramente "abolido o dogmatismo da "inobservância de alguma disposição regulamentar", pois nem sempre é culposo o evento "subseqüente."

No regime do antigo Código, dizíamos, relativamente à distinção entre *culpa efetiva* e *culpa presumida*: “Não é de “impugnar-se a distinção desde que a *presunção* de culpa “não seja entendida *juris et de jure*, isto é, de modo a excluir, “irrestritamente, a prova em contrário. Segundo nossa opinião, no caso de inobservância de disposição regulamentar, “dá-se apenas uma inversão do *onus probandi*: ao réu “incumbe demonstrar a ausência de culpa para eximir-se “à condenação, diversamente do que ocorre nos demais “casos, em que o ônus da prova cabe à acusação, sob pena “de absolvição do réu. Se há disposições regulamentares “que são, em si mesmas, indeclináveis normas de cautela e “atenção ditadas pela experiência, outras há que não têm “esse caráter. O princípio a ser fixado é o seguinte: não “vingará a *presunção* de culpa, se se provar que a inobservância da disposição regulamentar não foi *causa*, mas simplesmente *ocasião* ao evento lesivo. Figuremos um exemplo. Certo indivíduo, guiando um automóvel, em que não “está matriculado e cuja direção lhe foi momentaneamente “confiada pelo respectivo motorista, atropela e mata um “transeunte: presume-se a culpa, não só do indivíduo que “estava no volante, como a do motorista matriculado no “carro, porque ambos estavam infringindo disposições regulamentares; mas, se vier a ser plenamente provado que o “primeiro é um hábil *chauffeur*, tendo sido o fato inteiramente casual, é força reconhecer-se a ausência da culpa. Decidir de outro modo (como não raramente se vê em decisões de nossos juizes e tribunais) é afirmar uma responsabilidade meramente *objetiva*, segundo o arcaico princípio de *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*, “que o direito penal só admite em casos excepcionalíssimos, “e que não pode ser ampliado além das hipóteses taxativa e “inconfundivelmente consagradas na lei.”

Em crítica ao novo Código, GALDINO SIQUEIRA¹³⁵ impugna o critério adotado, invocando o medieval *versari in re illicita*, que equivale ao erro de lógica escolástica, do *post hoc, ergo propter hoc*. A crítica é feita por amor de si mesma, pois não é crível que esse autor ignore o formal repúdio, no direito penal moderno, do *exercitium rei illicitae*, que vinha mantendo nos códigos a detestável *responsabilidade objetiva*. Cedendo à impugnação doutrinária, os mais recentes códigos (entre os quais, os da Noruega, Dinamarca, Polônia e Suíça) entenderam mesmo de ressaltar, *expressis verbis*, o princípio de que *não há pena sem culpa*.

Se tivesse ficado fiel ao "*qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*", o nosso novo Código não seria um código do seu tempo.

34. **Agravantes especiais do homicídio culposo.** O § 4.º do art. 121 declara que, "no homicídio culposo, a pena é "aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o "agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não "procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge "para evitar a prisão em flagrante". Este dispositivo, segundo explica a *Exposição de motivos*, "visa, principalmente, à condução de automóveis, que constitui, na atualidade, devido a uma generalizado descaso pelas cautelas "técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa "frequente de eventos lesivos contra a pessoa, agravando-se "o mal com o procedimento *post factum* dos motoristas, "que, tão-somente com o fim egoístico de escapar à prisão "em flagrante ou à ação da justiça penal, sistematicamente "imprimem maior velocidade ao veículo, desinteressando-se "por completo da vítima, ainda quando um socorro imediato "talvez pudesse evitar-lhe a morte".

135 *Código Penal Brasileiro*.

Completando o rigor do novo Código, a Lei de Contravenções determina a reação penal ainda mesmo quando a imprudência dos condutores de veículos não resulte em dano efetivo: “Art. 32. Dirigir, sem a devida habilitação, veículo “na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas: “pena — multa, de 200\$000 a 2:000\$000”; art. 34: “Dirigir “veículos na via pública, ou embarcação em águas públicas, “pondo em perigo a segurança alheia: pena — prisão simples, de 15 dias a três meses, ou multa de 300\$000 a “2:000\$000.”

O nosso legislador penal de 40, ao formular as agravantes especiais do homicídio culposo, inspirou-se, em boa hora, no exemplo de outras legislações. O Código holandês, de 1881, já determinava que, se o homicídio ou ferimentos culposos “*sont commis dans l'exercice de quelque profession ou emploi, la peine peut-être augmentée d'un tiers*” (art. 309). A lei francesa de 17-7-1908 assim dispõe: “*Tout conducteur d'un véhicule quelconque qui, sachant que ce véhicule vient de causer ou d'occasionner un accident, ne se sera pas arrêté et aura ainsi tenté d'échapper à la responsabilité pénale ou civile qu'il peut avoir encourue, sera puni de six jours à deux mois de prison et d'une amende de seize francs à cinq cents francs, sans préjudice des peines contre les crimes ou délits qui se seraient joints à celui-ci. Dans le cas où il y aurait lieu, en outre, à l'application des articles 319 et 320 (homicidio e lesões corporais culposas) du Code Pénal, les pénalités encourues aux termes de ces articles seraient portées au double.*” A lei alemã de 3-6-1909 (*über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen*) declara, no seu § 22: “O “condutor de automóvel que, depois de um acidente, se põe “em fuga, para evitar a identificação do carro e de sua “pessoa, será punido com multa ou com prisão até dois “meses. Se o condutor propositadamente deixa em situação “de abandono uma pessoa ferida no acidente, será punido “com prisão até seis meses.” (“*Der Führer eines Kraftfahrzeuges, der nach einem Unfalle es unternimmt, sich der*

Feststellung des Fahrzeuges und seiner Person durch die Flucht zu entziehen, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu zwei Monaten bestraft... Verlässt der Führer des Kraftfahrzeuges eine bei den Unfälle verletzten Person vorsätzlich in hilfloser Lage, so wird er mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.”)

A *inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício*, que importa agravação especial, não se confunde com a *imperícia*, que é uma das modalidades da culpa. Na *imperícia*, o agente não tem conhecimentos técnicos; na *agravante*, ao contrário, o agente tem esses conhecimentos, mas deixa de empregá-lo, por indiferença ou levandade. *

Deixar de prestar imediato socorro à vítima significa deixá-la à sua própria sorte, em perigo de vida ou de saúde, sabendo o agente que, pelas condições do local, não poderá ser efetiva ou tempestivamente acudida. Acontece, às vezes, que, após um atropelamento por automóvel, acorrem populares indignados, proferindo ameaças contra o motorista culpado. De regra, tais ameaças exaurem-se em palavras, não sendo de nossos hábitos o justicamento imediato de delinquentes; mas se, acaso, forem sérias, isto é, se constituírem efetivo perigo à incolumidade pessoal do culpado, a omissão de socorro não será reconhecida como *agravante*, pois o instintivo *serva te ipsum* não permite transigência. O que constitui a *agravante* é a descaridade, a indiferença egoística do agente, que, podendo, ele próprio, prestar imediato socorro à vítima, deixa de fazê-lo. Considerado o fato como *agravante especial*, não se pode configurar, no caso, um concurso de *homicídio culposo* e *omissão de socorro* (art. 135).

* Note-se que está sujeito à pena acessória de incapacidade temporária, prevista no art. 69, n.º IV, do Cód. Penal, “o condenado por crime cometido com abuso de profissão ou atividade, ou com infração de dever a ela inerente”.

Outra agravante é o fato de o agente “não procurar diminuir as consequências do seu ato”, isto é, não tentar, na medida do possível, atenuar o dano ocasionado por sua culpa, como quando, por exemplo, deixa de transportar a malferida vítima ao primeiro posto hospitalar ou a uma farmácia, ou omite qualquer providência indicada pela necessidade do seu urgente tratamento.

Finalmente, é agravada a pena, se o agente *foge para evitar prisão em flagrante*. A facilidade com que o agente, servindo-se do próprio veículo, pode escapar à prisão em flagrante, tornou sistemático esse expediente, em grave prejuízo da ação da justiça penal, pois a fuga do culpado é, muitas vezes, a garantia de sua impunidade. Em face do Código atual, os motoristas desastrados deverão ter em mente que, se a fuga pode eventualmente acobertá-los da repressão penal, poderá também, quando averiguada a autoria, importar um grave aumento de pena.

35. Os crimes do automóvel. O tráfego de veículos automotores fez-se, na atualidade, uma causa quotidiana e alarmante de eventos lesivos contra a pessoa. A *vida intensa* criou a necessidade de vencer as distâncias no mais breve tempo possível. A velocidade dos transportes é uma injunção do século. Na competição dos negócios e interesses, não há lugar para os lerdos. *Dormientibus non succurrit fortuna*. O êxito é de quem chega primeiro. Já não se pode viver à *câmara lenta*, como no tempo do carro de bois ou do fiacre tirado por pilecas sonolentas. Hoje, o automóvel, devorador insaciável de distâncias, incorporou-se tão visceralmente às utilidades práticas, que sua supressão seria como a parada da circulação sanguínea no corpo humano. Mas o automóvel, no vaivém das correrias, pede caro pelo seu serviço. Com a frequência dos funestos acidentes que provoca, quase se poderia dizer que ele passa matando, esmagando, estropiando. São assustadoras as estatísticas dos sinistros automobilísticos. O automóvel tornou-se um autêntico flagelo:

mata mais que a *peste branca* ou a *peste céltica*. Vem daí que, em todos os países, tem sido promulgada uma legislação especialmente rigorosa, no sentido da prevenção e repressão dos *crimes do automóvel*. Urgia que a nossa legislação penal e administrativo-policia se orientasse no mesmo rumo. Além de sensivelmente aumentada a pena correspondente ao homicídio culposo, em cotejo com a do Código revogado, o § 4.º do art. 121 do novo Código, com as suas agravantes especiais, e os arts. 32 e 34 da Lei de Contravenções foram, como já notamos acima, inspirados, principalmente, na necessidade de severas medidas premunitórias e reativas contra os abusos do automóvel e em salvaguarda da incolumidade individual. Ainda mais: o atual Regulamento do Código Nacional de Trânsito (Lei n.º 5.108, de 21-9-1966, alterada pelo Dec.-lei n.º 237, de 28-2-1967) baixado pelo Dec. n.º 62.127, de 16-1-1968, contém uma série de regras para circulação de veículos no sentido de prevenir acidentes.¹⁸⁶

¹⁸⁶ São de notar-se as seguintes:

Art. 38. O trânsito de veículos, nas vias terrestres abertas à circulação pública, obedecerá às seguintes regras gerais:

I. A circulação far-se-á sempre pelo lado direito da via, admitidas as exceções devidamente justificadas e sinalizadas.

II. A ultrapassagem de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda, observados os seguintes preceitos:

a) para ultrapassar, o condutor deverá certificar-se de que dispõe do espaço suficiente e de que a visibilidade lhe permite fazê-lo com segurança;

b) após ultrapassar, o condutor deverá retornar seu veículo à direita da via, logo que possa fazê-lo com segurança;

c) a ultrapassagem e o retorno à posição primitiva deverão preceder-se da sinalização regulamentar;

d) ao ser ultrapassado, o condutor não poderá acelerar a velocidade do seu veículo.

III. Todo condutor, antes de entrar em outra via, deverá:

a) assegurar-se de que pode efetuar a manobra sem perigo para os demais usuários;

b) fazer o sinal indicativo de sua intenção;

c) para dobrar à esquerda, em interseção de vias de sentido duplo de trânsito, atingir primeiramente a zona central de cruzamento;

d) para virar à direita, aproximar-se, ao máximo, da margem direita da via.

IV. Quando veículos, transitando por direções que se cruzam, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem o que vier da direita.

E não somente a legislação, senão também a jurisprudência e a doutrina, na interpretação daquela, vão-se fazendo gradativamente intolerantes para com os *delitos do automóvel* (para usarmos a expressão de FRUTUOSO DE ARAGÃO

V. Todo veículo em movimento deve ocupar a faixa mais à direita da pista de rolamento, quando não houver faixa especial a ele destinada.

VI. Quando uma pista de rolamento comportar várias faixas de trânsito no mesmo sentido, ficarão as da esquerda destinadas à ultrapassagem e ao deslocamento dos veículos de maior velocidade.

VII. Os veículos que transportarem passageiros terão prioridade de trânsito sobre os de carga, respeitadas as demais regras de circulação.

VIII. Os veículos precedidos de batedores terão prioridade no trânsito, respeitadas as demais regras de circulação.

IX. Os veículos destinados a socorros de incêndio, as ambulâncias e os de polícia, além de prioridade, gozam de livre trânsito e estacionamento quando, devidamente identificados por dispositivos de alarma sonoro e de luz vermelha intermitente, estiverem em serviço de urgência.

X. Nas vias de mão única com retorno ou entrada à esquerda, é permitida a ultrapassagem pela direita, se o condutor do veículo que estiver à esquerda indicar por sinal, que vai entrar para esse lado.

Art. 39. As vias, de acordo com a sua utilização, classificam-se em:

I — *via de trânsito rápido*: aquela caracterizada por bloqueto que permita trânsito livre, sem interseções e com acessos especiais;

II — *via preferencial*: aquela pela qual os veículos devam ter prioridade de trânsito, desde que devidamente sinalizada;

III — *via secundária*: a destinada a interceptar, coletar e distribuir o trânsito em demanda das vias de trânsito rápido ou *preferenciais*, ou destas saído;

IV — *via local*: a destinada apenas ao acesso às áreas restritas.

Parágrafo único. Considera-se a estrada via preferencial em relação a qualquer outra.

Art. 40. A velocidade máxima permitida para veículos automotores será indicada por meio de placas e estabelecida em atenção às condições de trânsito em cada via.

Parágrafo único. Onde não existir sinalização indicadora de velocidade, esta poderá atingir:

I — até 20 km (vinte quilômetros) por hora, nas vias locais;

II — até 40 km (quarenta quilômetros) por hora, nas vias secundárias;

III — até 60 km (sessenta quilômetros) por hora, nas vias preferenciais;

IV — até 80 km (oitenta quilômetros) por hora, nas vias de trânsito rápido.

Art. 41. A velocidade mínima nas vias preferenciais e de trânsito rápido não poderá ser inferior à metade da velocidade máxima para elas estabelecida.

e ADELMAR TAVARES, que foram os primeiros, entre os nossos penalistas, a cuidar especialmente do assunto). Reconhece-se e proclama-se a *particular* cautela a que estão adstritos os *chauffeurs*. Já não é raro, hoje, ver-se condenado um motorista, a título de culpa, por certos acidentes que, *prima*

Art. 42. Nenhum veículo poderá transitar em via pública sem haver sido vistoriado na forma deste Regulamento.

§ 1.º A autoridade de trânsito, ao vistoriar o veículo, verificará se dispõe de equipamento obrigatório em perfeito estado e se atende às exigências de segurança.

§ 2.º A vistoria a que se refere este artigo será feita anualmente, por ocasião da renovação da licença, e, em caso de acidente, a critério da autoridade de trânsito.

Art. 43. É proibido o trânsito de veículos cujos aros metálicos tenham botões, tacos, rebordos ou saliências.

§ 1.º A autoridade com jurisdição sobre a via poderá permitir que transitem por ela os veículos de que trata este artigo, quando do trânsito não lhe advenha dano.

§ 2.º O disposto neste artigo não se aplica aos veículos militares.

Art. 44. Nas vias em que o estacionamento for proibido, a parada de veículos, quando permitida, deverá restringir-se ao tempo indispensável para embarque e desembarque de passageiros, carga ou descarga de mercadorias, e realizar-se de modo que não interrompa ou perturbe o trânsito.

Parágrafo único. A parada de que trata este artigo será regulamentada pela autoridade local.

Art. 45. A realização de qualquer ato público que interfira no trânsito dependerá de prévia autorização da autoridade de trânsito.

§ 1.º Quando se tratar de ato promovido pelo poder público, sua realização será precedida de comunicação à autoridade de trânsito cabendo-lhe adotar as medidas de sua competência.

§ 2.º O pedido de autorização ou a comunicação será entregue à autoridade de trânsito 5 (cinco) dias, no mínimo, antes da realização do ato.

§ 3.º Incluem-se entre as providências a cargo da autoridade de trânsito as seguintes, conforme o caso:

I — isolamento da área onde se realizar o ato;

II — desvio do trânsito;

III — alteração dos itinerários das linhas de transporte coletivo;

IV — fixação de áreas de estacionamento;

V — informação das alterações do trânsito ao público, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 4.º A autorização de que trata este artigo será dispensada para os atos de prática habitual, para os quais a autoridade de trânsito, de ofício, adotará as medidas de sua competência.

Art. 46. De acordo com as conveniências de cada local, a autoridade de trânsito poderá:

I — instituir sentido único de trânsito em determinadas vias públicas ou em parte delas;

facie, poderiam parecer uma simples *infelicitas fati*. Haja vista, por exemplo, a chamada *derrapagem*, quando seguida de evento lesivo. Já assim nos pronunciámos, como juiz criminal, num caso concreto: “Considerando que é fora de dúvida a relação de causa e efeito entre o atropelamento

II — proibir o trânsito de veículos, bem como a passagem ou o trânsito de animais em determinadas vias;

III — estabelecer limites de velocidade, peso e dimensões, para cada via, respeitados os limites máximos previstos neste Regulamento;

IV — fixar áreas de estacionamento;

V — proibir conversões à esquerda ou à direita e de retorno;

VI — determinar restrições de uso das vias ou parte delas, mediante fixação de locais, horários e períodos destinados ao estacionamento, embarque ou desembarque de passageiros e carga e descarga;

VII — permitir, quando devidamente justificados, o estacionamento e a parada de veículos nos viadutos e outras obras de arte, respeitadas as limitações técnicas;

VIII — permitir estacionamentos especiais devidamente justificados.

Art. 62. Ao longo das vias públicas haverá, sempre que necessários, sinais de trânsito destinados a orientar condutores e pedestres.

Art. 63. Somente será admitida nas vias públicas a sinalização de trânsito estabelecida neste Regulamento.

Art. 64. A sinalização de trânsito far-se-á por meio de:

I — placas;

II — marcas;

III — luzes;

IV — gestos;

V — sons;

VI — marcos;

VII — barreiras.

§ 1.º A forma, as cores e as dimensões dos sinais são as constantes do anexo II deste Regulamento.

§ 2.º A sinalização complementar à prevista neste Regulamento, ou sua alteração, será estabelecida por proposta do Departamento Nacional de Trânsito, ouvido o Conselho Nacional de Trânsito.

Art. 65. O uso de sinais de trânsito obedecerá às seguintes regras gerais:

I. É proibido o emprego, ao longo das vias públicas, de luzes e inscrições que gerem confusão com os sinais de trânsito ou dificultem sua identificação.

a que se refere a denúncia de fls. 2 e a morte da vítima, constatada pelo auto de exame cadavérico a fls.; considerando que, segundo informam, quer as testemunhas de acusação, quer as de defesa, o acidente ocorreu em razão de uma derrapagem do auto-ônibus guiado pelo acusado, isto é, quando este divisou a vítima, que atravessava a rua, à frente

II. É proibido afixar sobre os sinais de trânsito ou junto a eles quaisquer legendas que lhes diminuam a visibilidade ou alterem as características.

III. Nas estradas, não se permitirá a utilização de qualquer forma de publicidade que possa provocar a distração dos condutores ou perturbar a segurança do trânsito.

IV. Todo sinal de trânsito deverá colocar-se em posição que o torne perfeitamente visível ou legível de dia e à noite, em distâncias compatíveis com a segurança.

V. Os pontos de travessia de vias públicas destinados a pedestres deverão ser sinalizados por meio de marcas.

VI. As portas de entrada e de saída de veículos em garagens particulares e estabelecimentos destinados a oficina, depósito ou guarda de automóveis deverão ser devidamente sinalizadas.

VII. Qualquer obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos e pedestres, tanto no leito da via como nas calçadas, deverá ser imediatamente sinalizado.

VIII. Nenhuma estrada pavimentada poderá ser entregue ao trânsito enquanto não estiver sinalizada.

IX. Os sinais de trânsito, luminosos ou não, deverão ser protegidos contra qualquer obstáculo ou luminosidade capaz de perturbar-lhes a identificação ou visibilidade.

X. A disposição das cores nos sinais luminosos deverá ser uniforme.

Art. 66. Na falta, insuficiência ou incorreta colocação de sinalização específica não se aplicarão sanções pela inobservância de deveres ou proibições previstos neste Regulamento, se para sua observância for indispensável a sinalização.

Parágrafo único. A entidade com jurisdição sobre a via pública responde pela falta, insuficiência ou incorreta colocação de sinalização.

Art. 67. A fixação de propaganda comercial ou de quaisquer legendas ou símbolos ao longo das vias condiciona-se à prévia audiência da autoridade de trânsito.

e já a pouca distância do veículo, fez funcionar bruscamente os freios, mas, devido a achar-se molhado o asfalto da rua, com a chuva torrencial que caía na ocasião, as rodas dianteiras, embora já cessado o seu giro, deslizaram para a frente, indo o veículo colher a vítima; considerando que tal circuns-

Art. 68. É responsável pela sinalização de qualquer obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos e pedestres, tanto no leito da via como nas calçadas, a entidade que executa a obra ou com jurisdição sobre a via pública, salvo nos casos fortuitos.

§ 1.º Nenhuma obra a ser executada na via pública, desde que possa perturbar ou interromper o livre trânsito ou ofereça perigo à segurança pública, poderá ser iniciada sem entendimento prévio com a autoridade de trânsito, que determinará de imediato as providências necessárias.

§ 2.º A inobservância do disposto neste artigo e seu § 1.º será punida com multa que variará de 1 (uma) a 10 (dez) vezes o salário mínimo vigente na região, independentemente das cominações cíveis e penais cabíveis.

§ 3.º Ao servidor público responsável pela inobservância do disposto neste artigo e seu § 1.º aplicar-se-á a pena de suspensão, a qual poderá converter-se em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, obrigado ele, neste caso, a permanecer em serviço.

Art. 69. As placas, quanto à sua função, podem ser:

- I — de regulamentação;
- II — de advertência;
- III — de indicação.

§ 1.º As placas de regulamentação têm por finalidade informar os usuários das condições, proibições ou restrições no uso da via, o desrespeito das quais constitui infração.

§ 2.º As placas de advertência destinam-se a avisar os usuários da existência e natureza de perigo na via.

§ 3.º As placas de indicação visam a fornecer ao usuário informações úteis ao seu deslocamento.

§ 4.º A redução das dimensões regulamentares das placas somente será permitida em locais cujas peculiaridades a indiquem, e sem prejuízo de sua visibilidade e identificação.

Art. 70. As marcas serão pintadas ou assentadas nas vias ou nas suas margens.

§ 1.º As marcas separadoras de faixa de trânsito em linha contínua indicam proibição de ultrapassagem.

tância não exclui, de modo algum a responsabilidade do acusado, a título de culpa, pois que tal *deslizamento* não era um fato *imprevisível*, demonstrando a experiência ordinária a facilidade ou freqüência com que as rodas de um automóvel *deslizam* sobre superfície molhada, e, assim, ao acusado se

§ 2.º Não havendo sinalização controladora de fluxo de trânsito onde houver faixa de travessia de pedestre, nenhum veículo poderá cruzá-la pela frente de quem a estiver utilizando.

Art. 71. Os sinais luminosos, quanto à finalidade, serão:

- I — de controle de fluxo de veículos;
- II — de controle de fluxo de pedestres;
- III — de advertência.

§ 1.º Nos sinais luminosos de controle de fluxo de veículos serão usadas 2 (duas) ou 3 (três) luzes, com as seguintes cores e significações:

- I — verde: trânsito livre (sinal aberto);
- II — amarelo-alaranjada: advertência;
- III — vermelha: parar (sinal fechado).

§ 2.º Os sinais luminosos de 2 (duas) luzes, para o controle de fluxo de veículos, usarão as cores verde e vermelha.

§ 3.º O uso da luz amarelo-alaranjada isoladamente ou com a luz verde significa que os veículos deverão deter-se, a menos que já se encontrem na zona de cruzamento ou a distância tal que, ao se acender a luz amarelo-alaranjada, não possam deter-se sem risco para a segurança do trânsito.

§ 4.º O uso da luz vermelha isoladamente ou com a luz amarelo-alaranjada significa ordem de parar.

§ 5.º Nos sinais de 2 (duas) luzes, acendendo-se a luz vermelha quando ainda acesa a verde, os veículos deverão deter-se, salvo se já se encontrarem na zona de cruzamento ou a distância tal que, ao se acender a luz vermelha, não se possam deter sem risco para a segurança do trânsito.

§ 6.º As luzes poderão ser dispostas horizontal ou verticalmente, devendo porém a vermelha ser colocada à esquerda ou acima da verde, e a amarelo-alaranjada, quando usada, entre as outras.

Art. 72. Os indicadores luminosos de mudança de direção de veículo são de uso obrigatório à noite e nos casos de visibilidade reduzida.

Art. 73. Os sinais sonoros executados por buzina, ou aparelho similar de uso autorizado, deverão restringir-se a um toque breve, e somente serão utilizados para advertência.

impunha a obrigação de, num local de tão intenso trânsito (como é aquele em que se deu o acidente, isto é, a rua Treze de Maio), e sabendo o asfalto escorregadio em razão de copiosa chuva que caía, manter a velocidade do veículo de tal modo reduzida que nem mesmo lhe fosse necessário o em-

§ 1.º O uso dos sinais previstos neste artigo, nas vias urbanas, é proibido no período compreendido entre 22 (vinte e duas) horas e 6 (seis) horas.

§ 2.º A autoridade de trânsito poderá estabelecer restrições ao uso de buzina em determinadas áreas, assinalando-as por meio de placas.

Art. 74. Os marcos serão:

I — quilométricos;

II — de obstrução.

§ 1.º Nas estradas pavimentadas é obrigatório o uso de marco quilométrico em intervalos máximos de 5 (cinco) quilômetros.

§ 2.º Os marcos de obstrução de vias conterão obrigatoriamente dispositivo refletor.

Art. 75. A sinalização por barreira será complementada por placas que alertem os condutores para a sua instalação.

Art. 76. Os gestos e apitos obedecerão ao disposto no Anexo II.

Art. 175. É dever de todo condutor de veículo:

I. Dirigir com a atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

II. Conservar o veículo na mão de direção e na faixa própria.

III. Guardar distância de segurança entre o veículo que dirige e o que segue imediatamente à sua frente.

IV. Aproximar o veículo da guia da calçada (meio-fio), nas vias urbanas, para embarque ou desembarque de passageiros e carga ou descarga.

V. Desviar o veículo para o acostamento nas estradas, para embarque ou desembarque de passageiros e eventual carga ou descarga.

VI. Dar passagem, pela esquerda, quando solicitado.

VII. Obedecer à sinalização.

VIII. Parar o veículo:

a) sempre que a respectiva marcha for interceptada por outros veículos que integrem cortejos, préstitos, desfiles e formações mili-

prego de freios para anulá-la (veja-se FRUTUOSO DE ARAGÃO, *Delitos do automóvel*, pág. 53); considerando que, segundo a lição de BAUDRY DE SAUNIER (*apud* SEABRA JÚNIOR, *Acidentes de automóveis*), desde que o motorista percebe que o terreno se apresenta escorregadio, deve "*ralentir la voiture, afin de*

tares, crianças, pessoas idosas ou portadoras de defeitos físicos que lhes dificultem o andar, e cegos identificados por bengala branca ou por outro processo aprovado pelo Conselho Nacional de Trânsito;

b) para dar passagem a veículo precedido de batador, do corpo de bombeiros, de socorros médicos e serviços de polícia, quando em missão de emergência e identificados por dispositivos de alarma e de luz vermelha intermitente;

c) antes de transpor linha férrea ou entrar em via preferencial.

IX. Fazer sinal regulamentar de braço ou acionar dispositivo luminoso indicador antes de parar o veículo, reduzir-lhe a velocidade ou mudar de direção.

X. Obedecer a horários e normas de utilização da via.

XI. Dar preferência de passagem aos pedestres que estiverem atravessando a via transversal na qual val entrar, aos que ainda não hajam concluído a travessia, quando houver mudança de sinal, e aos que se encontrem nas faixas a eles destinadas onde não houver sinalização.

XII. Nas vias urbanas, deslocar com antecedência o veículo para a faixa mais à esquerda ou mais à direita, dentro da respectiva mão de direção, quando tiver de entrar para um desses lados.

XIII. Nas estradas onde não houver locais apropriados para a operação de retorno, ou para entrada à esquerda, parar o veículo no acostamento à direita, onde aguardará oportunidade para cruzar a pista.

XIV. Nas vias urbanas, executar a operação de retorno somente nos cruzamentos ou nos locais para isso determinados.

XV. Colocar-se com seu veículo à disposição das autoridades policiais, devidamente identificadas, quando por elas solicitado para evitar fuga de delinquentes, ou em casos de emergência.

XVI. Prestar socorro a vítima de acidentes.

XVII. Portar e, sempre que solicitado pela autoridade de trânsito ou seus agentes, exibir os respectivos documentos de habilitação, de licenciamento e outros que forem exigidos por lei ou regulamento.

XVIII. Entregar, contra recibo, à autoridade de trânsito ou seus agentes, qualquer documento dos exigidos no item anterior, para averiguação de autenticidade.

n'être jamais obligé de freiner devant un obstacle, mais de se contenter de débrayer, afin aussi que, en cas de dérapage, le mouvement désordonné n'ait qu'un faible vitesse et une très petite amplitude"; e no mesmo sentido adverte SAINCTELETTE: "O motorista que vê molhado o solo e tem a temer a

XIX. Acatar as ordens emanadas das autoridades.

XX. Manter as placas de identificação do veículo em bom estado de legibilidade e visibilidade, iluminando a placa traseira à noite, quando em movimento.

XXI. Quando transitar nas vias providas de iluminação pública, manter acesas as luzes externas do veículo e utilizar o farol baixo, desde o pôr-do-sol até o amanhecer.

XXII. Nas entradas, sob chuva, neblina ou cerração, manter acesas as luzes externas do veículo.

XXIII. Transitar em velocidade compatível com a segurança:

a) diante de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque, logradouros estreitos ou onde haja grande movimentação de pedestres;

b) nos cruzamentos não sinalizados, quando não estiver circulando em vias preferenciais;

c) quando houver má visibilidade;

d) quando a pista de rolamento apresentar-se escorregadia;

e) ao aproximar-se da guia da calçada (meio-fio);

f) nas curvas de pequeno raio;

g) nas estradas cuja faixa de domínio não esteja cercada, ou quando às suas margens houver habitação, povoado, vila ou cidade;

h) à aproximação de animais da pista;

i) quando se aproximar de tropas militares, aglomerações, cortejos, préstitos e desfiles.

Art. 176. É dever do condutor de veículo de transporte coletivo, além dos constantes do art. 175:

I. Usar marcha reduzida e velocidade compatível com a segurança, ao descer vias com declive acentuado.

II. Atender ao sinal do passageiro parando o veículo para embarque ou desembarque somente nos pontos estabelecidos.

III. Tratar com polidez os passageiros e o público.

IV. Trajar-se adequadamente.

V. Transitar em velocidade regulamentar quando conduzir escolares.

derrapagem deve tomar as medidas necessárias para evitá-la”, sendo certo que “a derrapagem não tem os caracteres de um acontecimento imprevisto que se não possa vencer, e ao qual o motorista fique estranho”; considerando que, salvo circunstâncias excepcionalíssimas, que não ocorrem na espécie, a derrapagem é um atestado de imperícia ou imprudência

Art. 177. É dever do condutor de automóvel de aluguel (táxi), além dos constantes no art. 175:

I. Tratar com polidez os passageiros e o público.

II. Trajar-se adequadamente.

III. Receber passageiros no seu veículo, salvo se se tratar de pessoas perseguidas pela polícia ou pelo clamor público, sob acusação de prática de crime, ou quando se tratar de pessoa embriagada ou em estado que permita prever venha a causar danos ao veículo ou ao condutor.

Art. 178. É dever do pedestre:

I. Nas estradas, andar sempre em sentido contrário ao dos veículos e em fila única, utilizando obrigatoriamente o acostamento, onde existir.

II. Nas vias urbanas, onde não houver calçadas ou faixas privativas a ele destinadas, andar sempre à esquerda da via, em fila única e em sentido contrário ao dos veículos.

III. Somente cruzar a via pública na faixa própria, obedecendo à sinalização.

IV. Quando não houver faixa própria, atravessar a via pública perpendicularmente às calçadas e na área de seu prolongamento.

V. Obedecer à sinalização.

Penalidade: vide art. 192 e parágrafo único deste Regulamento.

Art. 179. Os condutores de motocicletas e similares devem:

I. Observar o disposto no art. 175.

II. Conduzir seus veículos pela direita da pista, junto à guia da calçada (meio-fio) ou acostamento, mantendo-se em fila única, quando em grupo, sempre que não houver faixa especial a eles destinada.

Parágrafo único. Estendem-se aos condutores de veículos de propulsão humana e aos de tração animal os mesmos deveres deste artigo.

Art. 180. Os condutores e passageiros de motocicletas, motonetas e similares só poderão transitar por estradas quando usarem capacete de segurança.

do motorista; considerando que, notadamente quando se trata de motoristas profissionais, têm estes de empregar sempre uma *irrepreensível* perícia e uma *apurada* previsibilidade de eventos lesivos à vida ou integridade física dos pedestres, pois, de outro modo, não poderão eximir-se de responsabilidade a título de culpa; considerando que o *caso fortuito* nos

Art. 181. É proibido a todo condutor de veículo:

I. Dirigir sem estar devidamente habilitado ou autorizado na forma prevista neste Regulamento.

II. Entregar a direção do veículo a pessoa não habilitada ou que estiver com sua carteira apreendida ou cassada.

III. Dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza.

IV. Desobedecer ao sinal fechado ou à parada obrigatória, prosseguindo na marcha.

V. Ultrapassar pela direita bonde em ponto regulamentar de embarque e desembarque de passageiro, salvo quando houver refúgio de segurança para o pedestre.

VI. Transitar pela contramão de direção, exceto para ultrapassar outro veículo e unicamente pelo espaço necessário para esse fim, respeitada a preferência do veículo que transita em sentido contrário.

VII. Ultrapassar pela contramão outro veículo nas curvas e acilves sem visibilidade suficiente, bem como nos cruzamentos e nas passagens de nível.

VIII. Ultrapassar outro veículo em pontes, viadutos ou túneis, exceto quando se tratar de 2 (duas) pistas separadas por obstrução física.

IX. Ultrapassar outro veículo em movimento nos cortejos.

X. Ultrapassar pela direita, salvo quando o veículo da frente estiver colocado na faixa apropriada e der sinal de que vai entrar à esquerda.

XI. Ultrapassar pela contramão veículos parados em fila, junto a sinais luminosos, porteiros, cancelas, cruzamentos ou qualquer impedimento à livre circulação, salvo com a permissão da autoridade ou seus agentes.

XII. Forçar passagem entre veículos que, transitando em sentidos opostos, estejam na iminência de passar um pelo outro.

XIII. Transitar em marcha à ré, salvo na distância necessária para pequenas marchas.

acidentes de automóvel só é reconhecível, como diz IMBRECQ, no caso em que o *chauffeur*, por mais prudente, experimentado e refletido, não tenha podido prever ou impedir o evento lesivo; considerando que, abstraída a própria narrativa das testemunhas de defesa, para identificar-se no caso concreto, não propriamente um *deslizamento*, mas, como pretende o

XIV. Transitar em sentido oposto ao estabelecido para determinada via, desde que devidamente sinalizada.

XV. Transitar ao lado de outro veículo, interrompendo ou perturbando o trânsito.

XVI. Transitar em velocidade superior à permitida para o local.

XVII. Executar a operação de retorno, ainda que nos locais permitidos, com prejuízo da livre circulação dos demais veículos ou da segurança, bem como nas curvas, acilves e declives.

XVIII. Disputar corrida por espírito de emulação.

Penalidade: grupo 1 e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e dos veículos.

XIX. Promover ou participar de competições esportivas com veículo na via terrestre sem autorização expressa da autoridade competente e sem as medidas acauteladoras da segurança pública.

XX. Transitar com o veículo em velocidade reduzida em faixa inadequada ou perturbando o trânsito.

XXI. Dirigir:

a) fora da posição correta;

b) usando apenas uma das mãos, exceto quando deva fazer sinais de braço ou mudar a marcha de câmbio, ressalvados os casos previstos no art. 153;

c) com o braço pendente para fora do veículo;

d) calçado inadequadamente;

XXII. Fazer uso da luz alta dos faróis em vias providas de iluminação pública.

XXIII. Alterar as cores e o equipamento dos sistemas de iluminação, bem como a respectiva localização determinada neste Regulamento.

XXIV. Transitar com os faróis altos ou desregulados, de forma a perturbar a visão dos condutores que transitarem em sentido oposto.

XXV. Usar a buzina:

a) à noite, nas áreas urbanas;

b) nas áreas e nos períodos em que esse uso for proibido pela autoridade de trânsito;

acusado, uma inevitável *stop-distance* (só apreciável, aliás, nos casos de brusca freada, impressa a veículos em grande carreira), mais evidente se torna ainda a culpa do acusado, pois tal teria sido a sua distração, que deixara de perceber a vítima, quando esta, tendo saído dentre os veículos estacionados no lado *oposto* ao em que ocorreu o atropelamento,

c) prolongada e sucessivamente, a qualquer pretexto;

d) quando, sem necessidade e como advertência prévia, possa esse uso assustar ou causar males a pedestres ou a condutores de outros veículos;

e) para apressar o pedestre na travessia da via pública;

f) a pretexto de chamar alguém ou, quando se tratar de veículo a frete, para angariar passageiros;

g) ou equipamento similar com som ou frequência em desacordo com as estipulações do Conselho Nacional de Trânsito;

XXVI. Usar indevidamente aparelho de alarme ou que produza sons ou ruídos que perturbem o sossego público.

XXVII. Usar descarga livre, bem como silenciadores de explosão do motor insuficientes ou defeituosos.

XXVIII. Dar fuga a pessoa perseguida pela polícia ou pelo clamor público, sob acusação de prática de crime.

XXIX. Efetuar o transporte remunerado, quando o veículo não for devidamente licenciado para esse fim, salvo em caso de força maior e com permissão da autoridade competente.

XXX. Transitar com veículo:

a) produzindo fumaça;

b) com defeito em qualquer dos equipamentos obrigatórios ou com sua falta;

c) com deficiência de freios;

d) sem nova vistoria, depois de reparado em consequência de acidente grave;

e) com carga excedente da lotação e fora das dimensões regulamentares, sem autorização especial;

f) como transporte de passageiros, se se tratar de veículo de carga sem que tenha autorização especial fornecida pela autoridade de trânsito;

g) derramando na via pública combustíveis ou lubrificantes, assim como qualquer material que esteja transportando ou consumindo;

h) com registrador de velocidade viciado ou defeituoso, quando houver exigência desse aparelho;

empreendia a travessia da rua (e de guarda-chuva aberto, isto é, ainda mais despertando a atenção sobre sua pessoa), de modo que, quando ela se lhe apresentou, *ictu oculi*, à frente do veículo, já estaria no campo da *stop-distance*; considerando o mais dos autos: julgo procedente a denúncia, etc.”

-
- i) em locais e horários não permitidos;
 - j) com placa ilegível ou parcialmente encoberta;
 - l) sem estar devidamente licenciado;
 - m) com alteração da cor ou outra característica do veículo antes do devido registro;
 - n) sem a sinalização adequada, quando transportando carga de dimensões excedentes ou que ofereça perigo;
 - o) com falta de inscrição da tara ou lotação, quando se tratar de veículos destinados ao transporte de carga ou coletivo de passageiros;
 - p) em mau estado de conservação e segurança;

XXXI. Dirigir o veículo sem acionar o limpador de pára-brisa durante a chuva.

XXXII. Conduzir pessoas, animais ou qualquer espécie de carga nas partes externas do veículo, exceto em casos especiais e com permissão da autoridade de trânsito.

XXXIII. Transportar carga, arrastando-a.

XXXIV. Realizar reparos em veículos na pista de rolamento.

XXXV. Rebocar outro veículo com corda ou cabo metálico, salvo em casos de emergência, a critério da autoridade de trânsito ou de seus agentes.

XXXVI. Retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, o veículo do local do acidente com ele ocorrido, e do qual haja resultado vítima, salvo para prestar socorro de que esta necessite.

XXXVII. Falsificar os selos da placa ou plaqueta do ano de identificação do veículo.

XXXVIII. Fazer falsa declaração de domicílio ou residência para fins de licenciamento ou de habilitação.

XXXIX. Estacionar o veículo:

- a) nas esquinas, a menos de 3 (três) metros do alinhamento das construções da via transversal, quando se tratar de automóvel de passageiros, e a menos de 10 (dez) metros, para os demais veículos;

- b) afastado da guia da calçada (meio-fio);

- c) junto ou sobre hidrantes de incêndio, registros de água e poços de visita de galeria subterrânea;

36. Tráfego ferroviário. Outra assídua *ocasião* de acidentes culposos, que, muitas vezes, atingem proporções de catástrofe, é o tráfego ferroviário. O desastre ferroviário culposamente provocado, de que resulte a morte de alguém, é especialmente previsto no Código (entre os crimes “contra a incolumidade pública”), que manda aplicar, no caso, “a

- d) sobre a pista de rolamento das estradas;
- e) nos acostamentos das estradas, salvo por motivo de força maior, a critério da autoridade de trânsito;
- f) em desacordo com a regulamentação estabelecida pela autoridade competente;
- g) nos viadutos, pontes e túneis;
- h) ao lado de outro veículo, salvo onde haja permissão;
- i) à porta de templos, repartições públicas, hotéis e casas de diversões, salvo se houver local próprio, devidamente sinalizado pela autoridade competente;
- j) onde houver guia de calçada (meio-fio) rebaixada para entrada ou saída de veículos;
- l) nas calçadas e sobre faixas destinadas a pedestres;
- m) sobre a área de cruzamento, interrompendo o trânsito da via transversal;
- n) em aclives ou declives, sem estar o veículo engrenado, além de freado e, ainda, quando se tratar de veículo pesado, também com calço de segurança;
- o) na contramão de direção;
- p) em local e horário não permitidos;
- q) junto aos pontos de embarque ou desembarque de coletivos, devidamente sinalizados;
- r) sobre o canteiro divisor de pistas de rolamento, salvo onde houver sinalização específica;

§ 1.º Além do estacionamento, a parada de veículos é proibida nos casos compreendidos nas alíneas “a”, “b”, “d”, “f”, “g”, “m”, “o”, e “r”, e onde houver sinalização específica.

§ 2.º No caso previsto na alínea “n”, é proibido abandonar o calço de segurança na via.

Art. 182. Quando, por motivo de força maior, um veículo não puder ser removido da pista de rolamento ou dever permanecer no respectivo acostamento, o condutor deverá colocar a sinalização de forma que os demais sejam prevenidos do fato.

§ 1.º Igual medida de segurança deverá ser adotada pelo condutor quando a carga, ou parte dela, cair sobre a via pública e desta não puder ser retirada imediatamente, constituindo risco para o trânsito.

§ 2.º Nos casos previstos neste artigo e no § 1.º, o condutor deverá, à noite, manter acesas as luzes externas do veículo e utilizar-se de outro meio que torne visível o veículo ou a carga derramada sobre a pista, em distância compatível com a segurança do trânsito.

pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço" (art. 263, comb. com o art. 258). O regulamento aprovado pelo dec. n.º 15.673, de 7-9-1922, encerra minuciosas regras concernentes à segurança, polícia e tráfego das estradas de ferro. São elas um precioso subsídio ao juiz criminal, para identificação da culpa nos casos concretos.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Entre outros dispositivos do reg.º n.º 15.673, são de destacar-se os seguintes:

"Art. 71 — Salvo o disposto no art. 74, a estação não dará licença de partida a trem ou máquina, sem ter a segurança de que a linha a percorrer se acha desimpedida até o próximo cruzamento.

§ 3.º — É proibido abandonar sobre a pista de rolamento todo e qualquer objeto que haja sido utilizado para assinalar a permanência do veículo ou carga, nos termos deste artigo.

Art. 183. É proibido aos condutores de veículos de transporte coletivo, além do disposto nos arts. 181 e 182:

- I. Dirigir com a respectiva vistoria vencida.
- II. Dirigir com excesso de lotação.
- III. Conversar, estando com o veículo em movimento.
- IV. Dirigir com defeito em qualquer equipamento obrigatório ou com sua falta.
- V. Dirigir sem registrador de velocidade, ou com defeito no mesmo, quando estiverem transportando escolares.

VI. Descer rampas íngremes com o veículo desengrenado.

Parágrafo único. O disposto no item VI deste artigo estende-se aos condutores de veículos com mais de 6 (seis) toneladas e que transportem inflamáveis, explosivos e outros materiais perigosos.

Art. 185. É proibido ao pedestre:

- I. Permanecer ou andar nas pistas de rolamento, exceto para cruzá-las onde for permitido.
- II. Cruzar pista de rolamento nos viadutos, pontes ou túneis, salvo onde exista permissão.
- III. Atravessar a via dentro das áreas de cruzamento, salvo quando houver sinalização para esse fim.
- IV. Utilizar-se da via em agrupamentos capazes de perturbar o trânsito, ou para a prática de qualquer folguedo, esporte, desfiles e similares, salvo em casos especiais e com a devida licença da autoridade competente.
- V. Andar fora da faixa própria, onde esta exista.

37. Cooperação em crime culposo. Disserta o ministro CAMPOS, na *Exposição de motivos*: “Para que se identifique “o concurso (de pessoas no crime), não é indispensável um ““prévio acordo” das vontades: basta que haja em cada “um dos concorrentes *conhecimento de concorrer à ação*”

“Art. 72 — Para evitar engano, os telegramas que forem expedidos de uma estação para outra, com o fim de determinar providência que interesse a circulação, deverão ser integralmente repetidos pela estação recebedora à estação emissora.

“Art. 73 — Nas paradas de trem que excederem de cinco minutos, será feito um exame sumário do estado de solidez das principais peças da locomotiva e dos carros, tendo em vista a segurança da circulação. Esse exame será feito obrigatória e mais detidamente nas estações de origem do trem e de mudança de tração.

“Art. 74 — O trem não poderá partir de nenhuma estação antes da hora marcada no horário, e sem que esteja devidamente licenciado para o percurso até a estação seguinte.

“§ 1.º — Salvo casos excepcionais, perfeitamente justificados, nenhuma estação poderá expedir um segundo trem na mesma direção e na mesma linha do primeiro, enquanto não houver recebido comunicação da chegada deste na próxima estação ou posto telegráfico.

“§ 2.º — A exceção admitida neste artigo só se aplicará nos seguintes casos:

“1, quando ocorrer interrupção no funcionamento do telégrafo e dos aparelhos de bloqueto: a) se o segundo trem for um trem-socorro; b) em se tratando de automóvel que se dirigia a local do acidente conduzindo socorros, membros da administração da estrada e da fiscalização; c) se o segundo trem for um trem de horário, já decorrido o tempo necessário para que o primeiro trem, em marcha normal, atinja a estação seguinte;

“2, quando a distância a percorrer até a estação seguinte exigir mais de trinta minutos a um trem de cargas em marcha normal, apenas nas hipóteses a e b do 1.º caso.

“§ 3.º — Em qualquer outro caso, sem a comunicação da chegada do primeiro trem na outra estação, o segundo trem não poderá ser despachado com intervalo inferior a 30 minutos.

“Art. 75 — Ao dar licença a um trem para seguir após outro que ainda não tenha atingido o posto imediato, o agente da estação entregará ao chefe do trem e ao maquinista um bilhete de precaução, no qual avisará que outro trem corre na frente.

“*de outrem*. Fica, dessarte, resolvida a *vexata quaestio* da chamada autoria incerta, quando não tenha ocorrido ajuste entre os concorrentes. Igualmente, fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em *crime culposo*, 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*” (veja-se n.º 26). No crime culposo, pode haver cooperação de

“Art. 76 — O pessoal da estrada de ferro deverá fazer parar um segundo trem desde que ele apareça com intervalo menor de vinte e cinco minutos em relação ao primeiro e em tal momento que este não tenha podido atingir a estação ou posto imediatamente seguinte.

“Art. 77 — O agente da estação não deixará partir trem misto ou de cargas a que outro de passageiros houver de seguir, toda vez que aquele não tiver tempo suficiente para chegar à estação imediatamente sem retardar a partida deste.

“Art. 78 — A expedição e marcha dos trens especiais ou extraordinários efetuar-se-ão de modo que não seja perturbado o andamento do serviço ordinário do transporte de viajantes. Nenhum trem especial ou extraordinário será expedido sem que se tenha dado aviso a todas as estações do seu trajeto, cada uma das quais deverá acusar imediatamente o recebimento deste.

“Art. 79 — As máquinas isoladas e os carros automóveis, quando em circulação na linha, ficam sujeitos às mesmas regras prescritas nos arts. 74 a 78.

.....

“Art. 82 — A velocidade do trem em marcha será regrada convenientemente nas proximidades das passagens de nível, das chaves de mudança de linha, das estações e postes de parada, das pontes e viadutos de grande vão, etc. À chegada nas estações, deve-se diminuir convenientemente a velocidade, de modo a evitar o recurso a uma ação imoderada dos freios ou ao recuo.

“Art. 83 — Nos trechos onde os trilhos forem assentados ao longo de uma rua, em leito franco ao trânsito público, a velocidade não poderá exceder de 10 quilômetros por hora (salvo casos especiais, a juízo da fiscalização), e será obrigatório o uso contínuo de sinais fônicos.

atividades simultâneas ou sucessivas. Se concorrerem vários agentes *subjetivamente coligados*, dá-se o que modernamente se diz *concurso culposo em crime culposo*, respondendo cada qual pela pena cominada ao crime (art. 25). Entende-se, como é óbvio, que as atividades individuais se associam para o *ato culposo*, e não para a produção do evento lesivo (pois, neste caso, haverá crime doloso). Exemplos: o passageiro do automóvel incita o motorista a empreender uma velocidade

“Art. 84 — Em hipótese alguma a velocidade dos trens e máquinas poderá exceder a máxima que será fixada para cada trecho de estrada, tendo-se em consideração as condições técnicas da linha e do material rodante.

.....

“Art. 86 — A estrada de ferro terá um regulamento de sinais aprovado pelo Governo. Além do telégrafo elétrico e dos sinais usados nos trens, serão empregados os sinais fixos e móveis que forem necessários à segurança da circulação.

.....

“Art. 88 — A circulação dos trens será convenientemente prece-dida do serviço de ronda da via permanente. Os rondantes deverão estar providos dos aparelhos de sinal necessários para intervirem na marcha dos trens.

“Art. 89 — O último carro do trem será provido de um sinal conveniente, que permita ao maquinista distingui-lo facilmente dos outros veículos durante a marcha.

“Art. 90 — Os carros de passageiros serão convenientemente iluminados à noite e, durante o dia, na passagem dos túneis. As extremidades anteriores e posteriores dos trens serão à noite providas de sinais luminosos; a locomotiva ou carro-motor que encabeçar o trem será provido de farol para iluminar a via. Os sinais luminosos deverão ser facilmente distinguíveis de qualquer luz ordinária.

“Art. 91 — O comboio, quando separado da locomotiva, deverá ser convenientemente travado pelos freios.

“Art. 92 — Quando um trem parar acidentalmente na estrada, serão colocados sinais à distância conveniente, para protegê-lo. Logo que tenha desaparecido a causa da parada do trem, serão retirados os sinais de proteção, deixando-se, porém, no lugar do sinal da retaguarda, um detonador fixado sobre o trilho ou outro sinal conveniente, para aviso ao maquinista de um segundo trem,

excessiva, e vem a ocorrer o atropelamento de um pedestre; dois operários de uma construção tomam simultaneamente de uma tábua e a arremessam ao leito da rua, atingindo um transeunte.

No caso de cooperação sucessiva de agentes *subjetivamente independentes*, ou sem coordenação de vontades, a *causa antecedente* (ação ou omissão imediata) somente acarreta a punibilidade por culpa, se a *causa* subsequente e distinta, imediatamente produtiva do evento, *não era previsível*. Assim, se uma dona de casa deixa, imprudentemente, na prateleira da cozinha uma certa porção de arsênico, e a cozinheira, também imprudentemente, sem maior inspeção, serve-se do arsênico como se fora sal, ocasionando a morte dos que ingerirem o alimento assim preparado, respondem ambas por homicídio culposo. Tome-se, agora, o exemplo figurado por GOYENA: um indivíduo comete a imprudência de convidar várias pessoas, entre as quais uma criança, para

“que, porventura, tenha seguido o primeiro, nas condições do disposto no art. 74, dando-lhe a conhecer a parada imprevista do primeiro, para que ele reduza a marcha e tome as necessárias precauções. Quando forem efetuados na estrada trabalhos de reparação, deverão estes ser protegidos por sinais de parada ou de diminuição de velocidade.

.....

“Art. 94 — Nas estações que não forem protegidas com sinais de distância, a linha pela qual tenha de entrar um trem esperado deverá ficar livre 10 minutos antes da hora marcada para a chegada desse trem, sendo proibida qualquer manobra, que possa interferir com a linha mencionada.

.....

“Art. 96 — Se um trem houver pedido máquina de socorro e, antes da chegada desta, forem removidas as causas que o fizeram parar, o mesmo trem não poderá mover-se, quer para diante, quer para trás, senão lentamente e precedido por um correio de alarma, que deverá marchar, à distância conveniente, com toda a precaução e com os necessários sinais; salvo o caso de serem adotados aparelhos modernos que, a juízo do Governo, garantam a plena segurança da marcha, impossibilitando as colisões.”

um passeio em carro puxado por cavalos que têm o hábito de *tomar os freios nos dentes*, e vem a acontecer que os cavalos realmente disparam e um dos passageiros, com inescusável precipitação, atira a criança para fora do carro, com a intenção de salvá-la, mas ocasionando a sua morte. Ora, a segunda imprudência não podia ser prevista pelo autor da primeira, a quem não deve, portanto, ser imputado a título de culpa o evento lesivo.

Entre a ação culposa e o evento lesivo pode intervir uma causa *necessitada*, e em tal caso apenas responde o *primeiro agente*. Não há muito tempo, presenciamos o seguinte fato, numa rua de grande trânsito desta cidade: um *chauffeur* estava a pique de colher com o seu carro, dirigido à contramão, um ciclista que vinha em sentido contrário, e este, para evitar o perigo que o ameaçava, teve de infletir para o lado em que seguia uma carroça de tração animal, indo esbarrar contra uma das alimárias, que, espantando-se, fez desviar bruscamente o curso da carroça, resultando ser colhido um transeunte. O único responsável pelo evento lesivo foi o *chauffeur*.

Idêntica solução deve ser dada no caso em que a *causa sucessiva* seja posta por um *incônciente* ou *irracional*, como quando alguém confia um revólver carregado a uma criança, que, em seguida, o faz disparar, matando outrem; ou deixa livre, em lugar povoado, um touro bravo, que investe e mata um transeunte.

38. Pluralidade de eventos. No regime do Código anterior, assim discorriamos sobre a multiplicidade de eventos lesivos no crime culposos: “Ainda não é pacífica, entre nós, a solução do caso de *pluralidade de eventos* no delito culposos, isto é, o caso em que, da mesma e única ação ou omissão culposa resulta a morte de várias pessoas, ou a morte de uma e lesão corporal de outra ou outras pessoas. Dever-se-á reconhecer na espécie um concurso, *material* ou *formal*, de crimes? Entendemos que não, com o apoio, aliás, da juris-

prudência da Corte Suprema. O concurso *material* ou *formal* só é concebível nos crimes intencionais. Dá-se o concurso material quando à pluralidade de eventos (homogêneos ou heterogêneos), resultante de um ou de mais de um *movimento corpóreo*, corresponde uma pluralidade de *intenção criminosa*; dá-se o concurso formal quando os múltiplos eventos, resultantes de um só *movimento corpóreo*, derivam de uma só *intenção criminosa*. Ora, no crime culposos, não há falar-se em *intenção criminosa*. Não diz com ele o instituto do *concursum delictorum*. É verdade que o direito positivo pode determinar de modo diverso. Assim, o atual Código italiano manda aplicar, na espécie, uma *pena complexa* (e não uma soma de penas, como no concurso material), embora não configure um *delito complexo*, tanto assim que, se com o homicídio concorrem *lesões corporais simples*, é necessário, para a aplicação da pena complexa, que, em relação às últimas, haja *querela* das pessoas ofendidas (pois na lei italiana a lesão corporal simples é crime de ação privada). Em face da nossa lei, porém, a solução única será esta: se se trata de eventos homogêneos, a pena aplicável é a mesma que seria aplicável a um só deles; se os eventos são heterogêneos, a pena aplicável é a correspondente ao evento mais grave (*major absorbet minorem*). De outro modo, isto é, se se aplicam, somadas, as penas correspondentes a cada um dos eventos (uma vez que a lei não cuida, na espécie, de *limitado* cúmulo material de penas, como faz o Código italiano), chegar-se-ia a um despropósito. Suponha-se que uma casa desabe, por negligência do proprietário, matando uma dúzia de pessoas e ferindo outras tantas: estaria o proprietário, por um fato alheio a qualquer intenção criminosa, sujeito à pena de 30 anos, ou seja, a pena máxima do Código Penal !”

O novo Código resolveu a questão, como acentua a *Exposição de motivos*, permitindo que se aplique no caso a regra do *concurso formal*: “Não é excluído... o concurso formal de crimes culposos, pois não se cogita, para o seu reconhecimento, de unidade de *intenção*.” Assim, quando homogê-

neos os vários eventos, a pena aplicável será a correspondente a um só deles, mas aumentada de um sexto até metade; quando heterogêneos os eventos, será aplicada a pena correspondente ao mais grave, com o mesmo aumento de um sexto até metade.

Perante o Código, é também reconhecível a *continuação* em crime culposo. A existência do *crime continuado* já não depende de *unidade de resolução*, tendo sido adotada, na sua conceituação, a *teoria objetiva* (art. 51, § 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”. Assim, no caso da cozinheira que, por descuido na limpeza do caldeirão de cobre em que prepara a comida, causa reiterados danos à saúde da patroa, ter-se-á de reconhecer um crime continuado de lesão corporal culposa.

“que, com o seu veículo em excessiva velocidade, atropela “um transeunte e, prosseguindo na carreira desenfreada, “atropela outro”.

39. Homicídio culposo e tentativa. A este respeito, esclarece a *Exposição de motivos* do projeto definitivo: “O “projeto repele em princípio a idéia de tentativa de crime “culposo, pois neste a vontade não é dirigida ao evento, “nem o agente assume o risco de produzi-lo.¹³⁸ Cita-se, habi-

¹³⁸ Dentro do conceito tradicional do crime culposo, é irrefutável a lição de PESSINA: “A essência própria da tentativa está no *fim* que “excede o *evento*, enquanto a essência própria da culpa está no *evento* “que excede o *fim*. A culpa e a tentativa representam uma antítese “perfeita, de modo que não podem jamais compenetrar-se, e excluem-se reciprocamente. A culpa supõe que, ou não se tinha um

“tualmente, o exemplo formulado por FRANK, relativo à “legítima defesa putativa culposa ou por erro inescusável, “para demonstrar a possibilidade da tentativa de crime culposo. Mas, em tal caso, excepcionalíssimo, não há falta “de vontade em relação ao evento, e nada impede, em face “da fórmula do projeto, que se reconheça a tentativa, quando o agente não consegue realizar o evento que, culposamente, ou por erro vencível, julgara legítimo.”¹³⁰ Cumpre notar que o Código, no seu art. 17, § 1.º, declara que “não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”, reconhecendo, portanto, que, excepcionalmente, pode ocorrer um crime culposo não obstante a *previsão* e *vontade* do agente quanto ao evento. É o que se dá no caso de erro inescusável na legítima defesa putativa e no excesso de legítima defesa. Há a concluir-se, portanto, que o Código ampliou o conceito de crime culposos.

¹³⁰ No regime do Código anterior, sustentamos opinião diversa (*Legítima defesa putativa*, pág. 93, e *Direito Penal*, vol. II, págs. 206-207): “Há casos em que, excepcionalmente, se pode configurar o delito culposos ainda quando haja *voluntariedade* e *representação* do evento. É o que ocorre, por exemplo, na legítima defesa putativa por erro inescusável. Mesmo em tal caso, porém, não se pode reconhecer a tentativa... ou ocorre um dano efetivo (morte, lesão corporal), e apresenta-se um crime culposos, definido pela materialidade do evento; ou não há resultado lesivo, e deixa de configurar-se um fato punível, pois, como é sabido, a punibilidade a título de culpa, ainda não acreditado pelo *fus positum* o ponto de vista contrário de ANGIOLINI, está condicionada à ocorrência de um dano efetivo.”

“fim doloso, ou se doloso, o dolo referia-se a um evento menos grave “(alusão à *culpa dolo determinata*, nos delitos preterintencionais). “Se o evento, não ocorrido, não foi previamente conhecido, nem que- “rido, inexistente psicologicamente qualquer tentativa, não podendo acontecer que o homem se empenhe no sentido daquilo que ele não quer “que aconteça. O esforço para um fim, o *conatus*, é o efeito da vontade, e faltando esta, isto é, a *causa*, deve igualmente faltar o *efeito*.”

40. Erro profissional. Não se deve confundir com a *imperícia* (uma das formas da culpa *stricto sensu*) o *erro profissional* devido à imperfeição mesma da ciência humana. A questão do erro profissional tem sido muito debatida, principalmente no que respeita à responsabilidade dos médicos e cirurgiões. O direito romano punia o médico impenitente: "*Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet*" (D., *de off. praesid.*, 1. 6, § 7.º); "*Imperitia quoque culpa adnumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit*" (JUST., *Inst.*, liv. IV, tit. III, § 7.º). Na Idade Média, penas severas eram aplicadas aos médicos que ocasionavam eventos letais. E não raras vezes imputava-se como culpa o que era apenas atestado da precariedade da arte de curar. Foi MONTESQUIEU quem iniciou uma nova corrente de idéias no sentido de afastar de sobre a cabeça dos médicos a *espada de Dâmocles* da sanção penal. Desde então, começou a ser reconhecida uma certa liberdade de iniciativa dos médicos e a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática. É preciso admitir, com BORRI e CEVIDALLI,¹⁴⁰ que, se não fosse essa transigência, não teria sido possível, notadamente, o progresso da cirurgia: "... *i miracoli odierni non sarebbero realizzabili qualora l'arte operativa avesse dovuto aggirarsi inderogabilmente entro i rigidi confini di un sistematismo dottrinalmente prestabilito.*" O médico não tem *carta branca*, mas não pode comprimir a sua atividade dentro de dogmas intratáveis. Não é ele infalível, e desde que agiu racionalmente, obediente aos preceitos fundamentais da ciência ou ainda que, desviando-se deles, mas por motivos plausíveis, não deve ser chamado a contas pela justiça penal, se vem a ocorrer um acidente funesto. BRILLON chegou a dizer que em uma só hipótese pode haver ação contra os médicos, isto é, quando

¹⁴⁰ Ob. cit., vol. IV, pág. 233.

tenha havido dolo, porque, então, temos um verdadeiro crime. Não deve ser lançado tão longe o disco. O médico que, por erro grosseiro, causa a morte do paciente, é um criminoso. Ninguém duvida, por exemplo, da punibilidade do médico que, por ignorância, cloroformiza um cardíaco ou ministra ao doente uma dose excessiva de estricnina, ocasionando-lhe a morte. Não há um direito ao erro; mas este será desculpável, quando invencível à mediana cultura médica e tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto. Este critério de *meio termo* foi bem fixado por DUVERGIE: "Quanto a nós, "não admitimos senão a responsabilidade que resulta da "negligência do médico para com o doente, do abandono "deste em circunstâncias em que carecia dos seus cuidados, "ou, enfim, de uma *falta de tal maneira grave* que denote "a mais completa ignorância de princípios consagrados pelo "tempo e pela experiência." ¹⁴¹ Cada caso concreto tem de ser apreciado de um ponto de vista relativo. Um médico da roça que, alheado ao progresso científico, emprega, num caso de urgência, um processo operatório já condenado, e vem a causar a morte do paciente, deve ser considerado isento de culpa. Em caso idêntico, entretanto, não se eximirá de pena, a título de culpa, um especialista citadino, que não pode deixar de ter o ouvido atento ao *último grito* da ciência.

Nada tem a ver a questão do erro profissional propriamente dito com as experiências *in anima nobili*, que resultam funestas: em tal caso, há imperdoável *imprudência*, no seu conceito genérico, quando não autêntico *dolo eventual*.

41. **Compensação de culpas.** Discute-se em doutrina se deve ser excluída a punibilidade a título de culpa, quando, com a ação culposa do agente, concorra a da vítima. É a questão da *compensação de culpas*. Tomemos o seguinte exemplo: um motorista, ao passar num cruzamento de ruas,

¹⁴¹ Para maior explanação, veja-se SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924, págs. 89 e segs.

após a *abertura do sinal* (os motoristas, em geral, entendem que, com o *sinal aberto*, adquirem o *direito de matar* quem quer que passe à frente do veículo), imprime ao carro uma arrancada brusca, indo colher e esmagar um pedestre que, desatento ao sinal, empreendia a travessia do local. Indaga-se: dada a convergência de condutas culposas, a do motorista fica *neutralizada* pela da vítima, alheando-se o fato à órbita da repressão penal? CARRARA responderia afirmativamente, pois, segundo ele, “*chi è causa del suo proprio male pianga sè stesso*”.¹⁴² A opinião prevalente, porém, é no sentido de que, em direito penal, diversamente do que ocorre em direito civil, as culpas recíprocas do ofensor e do ofendido não se extinguem *quoad concurrentem quantitatem*. Afora o caso singular das *injúrias recíprocas*, em que a lei admite, pelo fato da retorsão, como que uma renúncia à intervenção da justiça penal sem dano ao *interesse social*, não prevalece o princípio romanístico de que *paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*. A teoria de CARRARA contrasta, evidentemente, com a necessidade da tutela e segurança da convivência civil. Se os desatentos pudessem matar ou estropiar-se impunemente, estaria implantada, na vida social, a lei da *jungle*. Além disso, é incoerente a teoria de CARRARA. Se na hipótese de concurso de duas pessoas na ação culposa contra um terceiro, ninguém duvida que ambos devem responder, por que há de ficar impune o ofensor, no caso de concorrência de culpa do ofendido? Este é punido, muitas vezes, com a pró-

¹⁴² *Programma*, I, n.º 1.100: “Quando l’offeso con la propria imperdonabile negligenza fu la prima causa del proprio danno, non può dirsi che la punizione dell’offensore reprima il malo esempio dato agli scioperati: anzi il malo esempio se ne incoraggisca per la pena e per le indennità, non essendo strano che nei calcoli delle umane speculazioni possa entrare anche quello di farsi stroppiare da un ricco signore. Quanto poi all’allarme dei buoni, esso è nullo in tale ipotesi, perchè la sentenza del poeta: *chi è causa del suo proprio male pianga sè stesso*, non è che l’espressione di un sentimento universale della pubblica coscienza.”

pria morte, e não se compreende a razão por que há de ficar a coberto de pena o ofensor, tão culpado quanto o ofendido. A teoria da compensação de culpas, em face de um código, como o nosso, que proclama a *equivalência dos antecedentes causais*, redundaria num flagrante contra-senso. O ofensor só se eximirá de punição quando a culpa tenha sido exclusiva do ofendido, porque, então, o evento lesivo foi, em relação àquele, uma mera *infelicitas fati*. Admita-se que o juiz, na aplicação da pena, tenha em conta a *contribuição* de culpa da vítima (tanto menor será a culpa do ofensor quanto maior for a do ofendido); mas a pena deve ser imposta.

Induzimen-
to, instiga-
ção ou au-
xílio a sui-
cídio

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Aumento
de pena

Parág. único. A pena é duplicada:

I — se o crime é praticado por motivo egoístico;

II — se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

DIREITO COMPARADO — Códigos: italiano, art. 580; argentino, art. 83; espanhol, art. 409; português, art. 354; húngaro, § 283; holandês, art. 295; norueguês, art. 236; uruguaio, art. 315; suíço, art. 115; dinamarquês, art. 240; soviético, art. 141; chileno, art. 393; polonês, art. 228; venezuelano, art. 414; colombiano, art. 367; cubano, art. 437; peruano, art. 157; mexicano, art. 312; paraguaio, art. 339.

BIBLIOGRAFIA — DURKHEIM, *El suicidio*, trad. esp. de RUIZ FUNES, 1928; IMPALLOMENI, *L'Omicidio nel diritto penale*, págs. 51 e segs.; FERRI, *L'omicidio-suicidio*, 1925; MANZINI, *Trattato*, vol. VIII; CIVOLI, *Trattato*, vol. 4, págs. 12 e segs.; RAVÀ, *I diritti sulla propria persona*, 1901; ROCCO, *L'oggetto del reato*, 1932; RUIZ FUNES, *Etiologia del suicidio en España*, 1928; HAFTER, *Delikte gegen Leib und Leben*,

etc., § 6.º; ALTAVILLA, *La psicologia del suicidio*, 1910, e *Delitti contro la persona*, 1934, págs. 162 e segs.; SALTELLI-DI FALCO, *Commento*, vol. II, parte 2.ª; EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, vol. 2.º, 1939; GOYENA, *El delito de homicidio*, cap. XX, 1928; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, págs. 16 e segs.; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. ital. de FADDA e BENZA, liv. II, § 40; VAN NINI, *Il delitto di omicidio*, cap. VII; MORSELLI, *L'uccisione pietosa*, 1883; WHARTON, *On homicide*, cap. XVII; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar e derecho a morir*, 1929; LICURZI, *El derecho de matar*, 1933; GARCÍA PINTOS, *El respeto a la vida*, 1935; BOUZA, *El homicidio por piedad*, 1935; SALVAGNO CAMPOS, *El suicidio*, in *Revista de Est. de Abogacia*, 1932; DELMAS, *La psychologie pathologique du suicide*, 1932; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, 1924; DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, 1936; MAETERLINK, *La mort*, 1925; MAGGIORE, *Principi*, vol. II; PECO, *Homicidio, suicidio*, in *Revista Penal Argentina*, 1932; MAX NORDAU, *Mentiras convencionales da nossa civilização*, trad. de M. C. ROCHA, págs. 44 e segs.; MILLER, *On criminal law*, 1934; PESSINA, *Elementi*, vol. 2, § 8, 1883; ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, na *Enciclopedia de PESSINA*, vol. IX; PANNAIN, *Istigazione e aiuto al suicidio*, in *Nuovo digesto italiano*; ESTER, *Selbstmord (Suicidio)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft und Handwörterbuch der Kriminologie*; CRIVELLARI, *Codice Penale*, vol. 7; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924; M. CARRARA, *Medicina Legale*, 1938; CORRE, *Crime et suicide*, 1891; GLEISPACH, *Tötung*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, de GURTNER, 1936; F. FAVERO, *Medicina Legal*, 1942; PALLAZO (Donato), *Il suicidio sotto l'aspetto fisiopatologico, sociale e giuridico*, 1953; SALES (N.), *Contribuição ao estudo do suicidio no Rio de Janeiro*, 1943; ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1948.

COMENTARIO

42. **Legitimidade da incriminação de participação em suicídio.** As legislações penais modernas, à exceção da *Common law* inglesa,¹⁴³ não incriminam o suicídio,¹⁴⁴ e a ra-

¹⁴³ A *Common law* inglesa considera o suicida *felô de se* (a *felon against himself*, isto é, autor de crime contra si mesmo). As penas cominadas eram, a princípio, o confisco, a privação de honras fúnebres, a exposição do cadáver atravessado por um pau (*with a stake driven through the body*), o sepultamento em estrada pública; mas,

¹⁴⁴ Na antiguidade e nos tempos medievais, entretanto, o suicídio era geralmente considerado crime. Na Grécia, se não precedia

zão é evidente: do ponto de vista *repressivo*, não se pode cuidar de pena contra um cadáver (*mors omnia solvit*); do ponto de vista *preventivo*, seria inútil a ameaça da pena contra quem já não sente, sequer, o instintivo medo da morte.

atualmente, a única vigente é a proibição de cerimônias fúnebres, e esta mesma muito limitada, pois, segundo informa MILLER (ob. cit., pág. 272), "*any form of orderly religious service may now be used at the interment of a person felo de se except that of the Church of England by a minister of that church*".

licença do Senado para a auto-eliminação, era o suicida declarado *infame* (*atimos*), por haver cometido uma injustiça contra o Estado. Além disso, não podia ter sepultura regular e era-lhe cortada a mão direita, para ser enterrada à parte. Na antiga Roma, TARQUÍNIO SOBERBO, para combater uma epidemia de suicídios, ordenou que os cadáveres dos suicidas fossem postos na cruz e abandonados às aves e animais selvagens. Eram-lhes recusados funerais. "*Non solent autem lugeri suspendiosi, nec qui manus sibi intulerunt, non taedio vitae, sed mala conscientia.*" (Dig. de his, qui notandur infamia, l. II, § 3.º)

Com o predomínio do cristianismo, o suicídio foi terminantemente proibido como crime e pecado contra Deus. O Concílio de Arles (452) declarou que o suicídio era um crime e não podia ser senão o efeito de um furor diabólico. O Concílio de Praga (563) decretou, como sanção penal, que os suicidas "não seriam honrados com qualquer comemoração no santo sacrifício da missa e o canto dos salmos não acompanharia seus corpos à sepultura". O direito canônico equiparava o homicídio ao suicídio: "*Est vere homicida et reus homicidii cum se interfeciendo hominem interfecerit.*" Dizia LACTANCIO: "*Si homicida nefarius est qui hominis extinctor est, ejusdem sceleris obstrictus est qui se necat, quia hominem necat, imo vero majus esse id facinus existimandum est, cujus ultio Deo soli subjacet.*" E a legislação secular afeiçoou-se ao direito canônico. Segundo as Ordenações de São Luís, fazia-se processo ao cadáver do suicida, perante o juiz competente para conhecer dos homicídios, e seus bens eram confiscados. Em algumas cidades, o cadáver do suicida, segundo os estatutos, devia ser suspenso pelos pés e arrastado pelas ruas, com o rosto voltado para o chão. Os nobres, que se suicidassem, eram declarados plebeus, incorrendo em degradação: quebravam-se os seus escudos, demoliam-se os seus castelos.

E para o só efeito preventivo, qual seria a pena aplicável na espécie, excluída a ridícula inocuidade da privação de honras fúnebres, segundo o rito cristão, excogitada pelas leis medievais, sob a influência do direito canônico? Uma única se apresentaria: o confisco de bens. Ora, tal pena, de aplicação eventual, seria *oblíqua*, indo atingir exclusivamente os inocentes herdeiros do suicida.¹⁴⁵ Nem mesmo se deve cogitar de punir a simples tentativa de suicídio,¹⁴⁶ pois tanto impor-

¹⁴⁵ Dizia BECCARIA: "*Il suicidio è un delitto che sembra non poter ammettere una pena propriamente detta, poichè ella non può cadere che o sugli innocenti, o su di un corpo freddo e insensibile.*"

¹⁴⁶ Em Roma, eram punidos com a morte o soldado e o réu que tentassem contra a vida, salvo motivo justo: "*Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, Imperator Hadrianus rescripsit ut modus ejus rei statutus sit, ut si impatientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur; si nihil tale praetendat, capite puniatur.*" (Dig. de re militari, l. 6, § 7.) E ainda: "*Miles, qui sibi manus intulit, nec factum peregit, nisi impatientia doloris, aut morbi, lactusve alicujus, vel alia fecerit, capite puniendus est: alias cum ignominia mittendus est.*" (Dig. de poenis, l. 38, § 12.) Por último: "*Sic autem hoc distinguitur, interesse, qua ex causa, quis sibi mortem conscivit: sicuti cum quaeritur, an is qui sibi manus intulit, et non perpetravit, debeat punire, quasi de se sententia detulit? Nam omnimodo puniendus est, nisi taedio vitae, vel impatientia alicujus doloris coactus est hoc facere. Et merito, si sine causa sibi manus intulit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alti parcat.*" (Dig. ad legem Aquiliam, l. 13.)

Na Inglaterra, a tentativa de suicídio é punida como *misdemeanor indictable*, e o mesmo acontece em alguns Estados da União Norte-americana. O Código Penal boliviano contém estes interessantes dispositivos: "Art. 519 — *La tentativa de suicidio en el 2.º caso del artículo 37 (desistência voluntária) no será castigada, y en el 1.º (involuntária não consumação) será reprimida con el arresto de un mes a un año en un hospital, y con la sugestión a la vigilancia especial de su administrador y de su médico por el mismo tiempo.*" "Art. 520 — *Los réos que fueren sorprendidos en la tentativa de suicidio, según el artículo precedente, serán reprimidos en la cárcel o establecimiento donde se hallen, conforme a la disposición del mismo artículo.*"

taria aumentar no indivíduo o seu desgosto pela vida e em provocá-lo, conseqüentemente, à secundação do gesto de auto-destruição.

Tão-somente pela impossibilidade prática da punição ou razões de política criminal não é incriminado o suicídio consumado ou tentado. Mas, se não é incriminável o suicídio, não quer isto dizer que se não deva ou que se não possa punir a contribuição moral ou material para o suicídio de outrem. Embora não diretamente punível, por motivos óbvios, na pessoa do suicida, não deixa o suicídio de ser um fato ilícito ou antijurídico, pois representa um mal social: é, sem dúvida alguma, uma ação contrária aos interesses morais e demográficos do Estado. A repressão da intencional participação em suicídio é, portanto, politicamente justificável, e a pena, em tal caso, pode ser plenamente atuada na sua finalidade.

Não tem consistência alguma o chamado *direito de morrer*. Postulava-o FERRI, sustentando a tese de que o homem pode livremente renunciar a vida, de modo que, na hipótese de participação em suicídio (como na de homicídio do *consensiente*), por isso mesmo que intervém o *consentimento* do titular do direito, não deve interferir a lei penal (*volenti et consensienti non fit injuria*), desde que o participante não tenha procedido por um motivo ilícito ou anti-social. Eis textualmente a conclusão de FERRI:¹⁴⁷ “*Dato che il suicidio è un atto giuridicamente lecito, la partecipazione ad esso è pure giuridicamente lecita, perchè non sia determinata da motivi antiggiuridici, illegittimi, antisociali.*” O insigne corifeu da Escola Positiva partia, porém, de uma premissa falsa, qual a de um *direito à vida*, de irrestrita disposição do indivíduo. A vida de um homem não pertence a ele só, mas também ao agregado social. Não há direito subjetivo individual que não depare limite no *interesse* ou *utilidade* do corpo social. Ora, toda existência humana é uma parcela de sinergia na consecução dos fins da coletividade. O pre-

¹⁴⁷ L'Omicidio-suicidio, pág. 527.

tenso direito absoluto do indivíduo sobre si mesmo é uma concepção incompatível com a noção mesma do que seja direito, pois equivaleria a afirmar-se a possibilidade de um direito *associal*, exercendo-se sem a *relatio ad alteros*. Como adverte JELLINEK, o homem não pode ser objeto de direito em face de si mesmo. O chamado *jus in se ipsum* redundaria num contra-senso jurídico.

O direito, como *proportio hominis ad hominem* (na famosa expressão de DANTE), importa, necessariamente, a relação com um *alter* ou uma coisa distinta do “eu”. A vida não é um bem que se aceite ou se abandone *ad libitum*. Só se pode renunciar o que *se possui*, e não também o que *se é*. O *direito de viver* não é um direito *sobre* a vida, mas *à* vida, no sentido de correlativo da obrigação de que os outros homens respeitem a nossa vida. E não podemos renunciar o direito à vida, porque a vida de cada homem diz com a própria existência da sociedade e representa uma função social. Admitido, *per absurdum*, que o suicídio fosse o exercício de um direito, ter-se-ia de chegar à estranha conclusão de que, se vingasse o pessimismo de SCHOPENHAUER, de que a vida não vale a pena de ser vivida (“*das Leben ein Geschäft ist, das nicht die Kosten decken*”), o Estado não poderia intervir coativamente no sentido de impedir uma epidemia universal de suicídios, ainda que esta ameaçasse a própria existência da humanidade. Eis a lição de ARTURO ROCCO:¹⁴⁸ “... se pode existir um *direito* “à vida, isto é, um direito a não ser privado da vida por outro, não existe, porém, certamente, um *direito sobre a própria vida*, isto é, um direito de dispor da própria existência “e, conseqüentemente, de consentir na própria ocisão.” E continua o insigne penalista, referindo-se à participação no suicídio alheio: “A participação em suicídio é, portanto, um “crime, porque é participação em um fato (suicídio) que, “se não é crime, não é, entretanto, um ato *juridicamente*

¹⁴⁸ *L'oggetto del reato*, págs. 16-17.

“*lícito*, e não é lícito precisamente porque não é o exercício “de nenhum direito subjetivo (sobre a própria vida).”

Que o suicídio não é um fato juridicamente lícito, de modo a tornar ilegítima a incriminação da participação nele, está a demonstrá-lo, indiretamente, o art. 146, § 3.º, n.º II, do nosso atual Código, que declara não constituir crime de *constrangimento ilegal* “a coação exercida para impedir suicídio”.

GARCÍA PINTOS,¹⁴⁹ para combater a tese positivista de que o suicídio é um direito, pretende, depois de evidenciar o seu contra-senso sob o ponto de vista jurídico, que o suicídio é um simples *fato* e, o que é mais, *sempre patológico*. É o ponto de vista dos psiquiatras, desde ESQUIROL e FALRET. “Dizer — “tenho direito ao suicídio” — observa o escritor uruguaio — “tem tanto sentido quanto dizer: tenho direito à hemorragia de uma úlcera de estômago.”

Repelindo a teoria sociológica do suicídio, defendida por DURKHEIM e HALBWACHS, segundo a qual o suicídio é a resultante de uma “desintegração”¹⁵⁰ da vida social ou uma “inadaptação” a ela, os psiquiatras asseguram que 90% dos suicídios são imputáveis à *ciclotimia* e os 10% restantes a uma *depressão constitucional*. A *ciclotimia* e a *depressão* dos hiperemotivos constitucionais são, segundo explica GARCÍA

¹⁴⁹ *El respeto a la vida*, págs. 42 e segs.

¹⁵⁰ Segundo DURKHEIM (*El suicídio*), o suicídio é um fenômeno ou “entidade” social, que depara sua causa ora no *egoísmo*, ora no *altruísmo*, ora em elementos variáveis ou esporádicos, de natureza exógena. O *suicídio egoístico* resulta de uma afirmação do eu individual em face da sociedade e em prejuízo desta. Há individualidades desmedidas que, rompendo todo vínculo de solidariedade, se *desintegram* do tipo social a que pertencem. O *suicídio altruístico*, ao contrário, é um excesso de integração. Produz-se por uma superação da conduta média social: é um excesso de valor ou de fé, uma demasia do sentimento do dever. Finalmente, o *suicídio anômico* é o que carece de regra e de princípio, encontrando sua origem em bruscos transtornos do corpo social ou do núcleo familiar, produtivos de crises agudas.

PINTOS, com apoio na autoridade de FLEURY e DELMAS, o terreno em que germina a *angústia*, de que é epílogo o suicídio. O impulso para o suicídio não seria mais do que o epifenômeno de uma psicopatia ou de um estado constitucional propício à *angústia*, que é a exaltação, elevada ao máximo, da emotividade humana.

No seu unilateralismo, é inaceitável a tese psiquiátrica. Ressente-se ela da tendência dos psiquiatras para ligarem ao *patologismo* todos os atos humanos que fogem à rigorosa pauta do *homo medius*. Sem dúvida, o suicídio é um ato anormal. Tem razão MAX NORDAU,¹⁵¹ quando diz que o “suicídio é um *paradoxo*: quando não seja o resultado do obs-
curecimento momentâneo da consciência, é ato irracional
de defesa da vida contra perigos que a ameaçam; matam-
-se muitos quando temem um mal físico ou moral, quando
receiam dificuldades de existência... Todo suicídio tem
em si alguma coisa de moralmente parecido com o gesto
do soldado que se mata antes da batalha, porque está do-
minado pelo temor dos perigos; não se mata, pois, por
desgosto da vida ou por indiferença pela morte, mas, ao
contrário, pela seqüência do desejo de viver até o ponto
de perda total do raciocínio.” Não se segue daí, porém,
que o suicídio há de ser sempre a expressão de um psiquismo
constitucionalmente anormal. É o próprio GARCÍA PINTOS
que fornece um argumento decisivo para a rejeição do radicalismo da tese psiquiátrica: “Se é certo que nem todos os
que padecem grandes infortúnios se matam, porque nem
todos são ciclotímicos ou propícios à angústia patológica,
é também certo que nem todos os ciclotímicos se matam
em face do insucesso ou do infortúnio.” Ora, a única
ilação lógica a tirar daí será que não existe uma relação
necessária entre a ciclotimia ou a angústia patológica e o
suicídio. A tese psiquiátrica, se transplantada para o campo
jurídico, redundaria numa extravagância. A admitir-se como

¹⁵¹ *Mentiras convencionais*, pág. 44.

exata a afirmação de JUARROS, de que “o são de espírito não se suicida nunca”, ou a de ESQUIROL, de que “o suicídio é um episódio de uma das várias classes de loucura”, ter-se-ia igualmente de admitir que a participação em suicídio não devia constituir uma entidade criminal *sui generis*, mas uma modalidade de *homicídio*, pois o suicida, agindo inconscientemente, não seria mais do que um títere, um *instrumento* de que se serve o participante.

Nem a tese psiquiátrica, nem a tese sociológica explicam, por si sós, a etiologia do suicídio. É este, certamente, um produto complexo de fatores *sociais* ou exógenos e fatores *individuais*, endógenos ou psicofisiológicos,¹⁵² que não são *necessariamente* patológicos.

Se a tese psiquiátrica explica, por exemplo, o suicídio de *menores*,¹⁵³ não explica o suicídio ético, por motivo de honra ou por dever,¹⁵⁴ o *harakiri*, etc. A psicopatia ou anormalidade psíquica será a causa de uma certa *species* de suicídio, mas não

¹⁵² RUIZ FUNES, *Etiología del suicidio en España*; MORSELLI, *L'uccisione pietosa*.

¹⁵³ GARCÍA PINTOS fala também nas *famílias de suicidas*; mas a verdade é que nem mesmo está comprovada a transmissão hereditária do temperamento e das tendências.

¹⁵⁴ Exemplo frisante foi o suicídio do comandante do couraçado alemão *Graf Spee*, depois que este fora por ele entregue às autoridades argentinas. Pode ser igualmente citado o caso de BALMACEDA, que se matou, quando presidente da República chilena, por ter sido derrotado por seus adversários políticos. Outro caso típico foi o do suicídio do Presidente GETÚLIO VARGAS, para não sofrer o vexame de uma renúncia sob a coação das Forças Armadas. Na Alemanha de HITLER, proclamava-se a licitude da participação no suicídio por dever. GLEISPACH, relembrando o famoso caso do coronel austriaco REDL (tendo sido este suspeitado de espionagem a favor da Rússia, alguns colegas seus o atraíram a uma estalagem e, obtida a sua confissão, deixaram-no a sós num quarto, onde, sobre uma mesa, haviam colocado uma pistola *Browning*, com uma nota explicativa do respectivo manejo, e o coronel, pouco depois, matava-se com uma bala no ouvido), afirma: “Quem impele ao suicídio um criminoso de tal espécie não é punível, se agiu somente por motivo honroso.” (“*Wer einen*

a causa genética universal dos suicídios. Pode-se continuar afirmando que o suicídio não é, de regra, um mero *fato*, ou um fato desprovido de cor ético-jurídica. O impulso que leva ao suicídio não exorbita da psicologia normal — o que não importa negar que, às vezes, é o gesto de um louco. E, assim, não há porque deixar de considerá-lo como ato merecedor da reprovação da moral e do direito. Do direito, sim; porque o sacrifício da própria vida excede a atividade juridicamente lícita do indivíduo. O direito à vida está protegido por normas jurídicas: é uma entidade jurídica objetiva, desde que sobre ela pode incidir uma relação tutelável pela lei. Não sendo, nessa relação jurídica, separável o *sujeito* do *objeto*, fica este excluído do âmbito de disposição do seu titular. *Direito à vida* não quer dizer *direito de morrer*. Em cada vida humana insere-se uma função social, um interesse coletivo. A vida é *res extra commercium*, inalienável, irrenunciável por parte do indivíduo. Sendo inegável a antijuridicidade do suicídio, perfeitamente legítima é a incriminação da participação no suicídio, desprovido de qualquer valor, na espécie, o *consentimento* do *subjectum juris*.

43. Configuração legal do crime de participação em suicídio. Para bem identificar-se o crime previsto no art. 122, cumpre, antes de tudo, fixar o conceito jurídico do suicídio. É este a eliminação *voluntária* e *direta* da própria vida. Para que haja suicídio, é imprescindível a intenção positiva de despedir-se da vida.

Não é suicídio, por exemplo, o ato do herói que, na defesa da pátria ou de um ideal, se lança a um perigo certo e é sacrificado. O suicídio é um fim em si mesmo: o suicida mata-se porque não quer viver. O que a lei penal incrimina

Verbrecher solcher oder ähnlicher Art zum Selbstmord treibt, soll nicht strafbar sein, wen er nur aus ehrenhaften Beweggründen gehandelt hat.”)

não é a participação em suicídios chamados tais por metáfora, mas em suicídios autênticos.

Três são as formas do crime em questão: o *induzimento*, a *instigação* e o *auxílio*. Quase nenhuma é a diferença entre *induzir* e *instigar*. *Induzir* significa persuadir ou levar alguém a praticar algum ato. *Instigar*, além desse mesmo significado, encerra também o de acoroçoar um desígnio. O *induzimento* pressupõe a *iniciativa* na formação da vontade de outrem, enquanto a *instigação* pode ter um caráter *secundário* ou *acessório*, ou de adesão e estímulo a um propósito já concebido, para afastar qualquer hesitação ou perplexidade. *Auxiliar*, finalmente, é prestar assistência material, é *facilitar* a execução de um ato. Deve entender-se que o *auxílio*, na espécie, é prestado conscientemente no sentido de favorecer a execução do suicídio, mas sem confundir-se com esta. Se há *cooperação* direta no ato executivo do suicídio, o crime passa a ser o de *homicídio*. Homicida foi Epafrodito, ao impelir a mão trêmula de Nero, enquanto este lamentava que o mundo perdesse um grande artista... Homicida será, também, por exemplo, aquele que puxa a corda ao que quis enforcar-se, ou segura a espada contra a qual se lança o desertor da vida. O *auxílio* é eminentemente *acessório*, limitando-se o agente, *in exemplis*, a fornecer meios (a arma, o veneno, etc.), a ministrar instruções sobre o modo de empregá-los, a criar as condições de viabilidade do suicídio, a frustrar a vigilância de outrem, a impedir ou dificultar o imediato socorro.

A prestação de auxílio pode ser *comissiva* ou *omissiva*. Neste último caso, o crime só se apresenta quando haja um *dever jurídico* de impedir o suicídio. Exemplo: o pai deixa, propositadamente, que o filho menor, acusado de um fato desonroso, ponha termo à vida; o indivíduo que seduziu uma jovem e a abandonou em estado de gravidez assiste, impassível, ao seu suicídio; o diretor da prisão deliberadamente não impede que o sentenciado morra pela *greve da fome*; o enfermeiro que, percebendo o desespero do doente e seu

propósito de suicídio, não lhe toma a arma ofensiva de que está munido e com que vem, realmente, a matar-se. Já não se apresentará, entretanto, o crime, por exemplo, no caso da moça que, não obstante o protesto de suicídio da parte de um jovem sentimental, deixa de responder-lhe a *missiva de paz* e dá causa, assim, a que o tresloucado se mate. Não há, aqui, o descumprimento de um dever jurídico.

Comentando o Código Penal argentino (que, como o nosso, fala em *auxiliar* a execução do suicídio de outrem, diversamente do Código italiano, que usa da expressão “facilitar de qualquer modo a execução”), EUSÉBIO GÓMEZ entende que a participação por *auxílio* há de ser sempre *comissiva*. Discordamos desse ponto de vista, pois deixar de impedir um evento, que se tem o dever jurídico de evitar, é, sem dúvida alguma, *prestar auxílio* (contribuir, concorrer) para o seu advento. Em face do art. 11 do Código brasileiro, que não distingue entre *causa* e *condição*, tal conclusão é irretorquível.

Em qualquer das formas de participação em suicídio, basta, para existência do crime, que a ação moral ou material do culpado tenha sido um *coeficiente causal* do estado de consciência, que levou ao suicídio, ou da realização deste. Pouco importa, para a participação moral, que o suicida já tivesse o propósito sinistro, limitando-se o agente a reforçá-lo ou a remover alguma dúvida ainda existente no espírito daquele. Também não é necessário que o induzimento ou instigação se faça *aberta* ou *ardilosamente*.

Assim, há induzimento a suicídio no seguinte caso figurado por MANZINI: ¹⁵⁵ dois cônjuges mutuamente se juram que um não sobreviverá ao outro e, depois de algum tempo, o marido (que, na realidade, queria desfazer-se da esposa) ausenta-se e faz com que seja levada a notícia de sua morte

¹⁵⁵ *Trattato*, vol. VIII, pág. 90, nota 1.

à crédula mulher, que, fiel ao juramento, se suicida.¹⁵⁶ Também induzimento a suicídio são os maus tratos reiteradamente infligidos a alguém, vindo este a matar-se de desespero, uma vez que haja o dolo, direto ou eventual, específico do crime, isto é, a intenção ou aceitação do risco de que a vítima se suicide. Induzimento ou instigação será, igualmente, a *coação resistível* (pois, se *irresistível*, o crime será *homicídio*). O próprio fato de fornecer meios, vindo, porém, o suicida a servir-se de outros, pode ser considerado instigação, se se apura que tal fornecimento contribuiu para reforçar o propósito do suicida. Sugestões, exagerada ou tendenciosa representação de males ou perigos, conselhos, mandato, súplicas, tudo isso pode ser induzimento ou instigação. Por induzimento a suicídio responderá, sem dúvida, o sobrevivente no chamado *duelo à americana*, isto é, ajustado suicídio mediante sorteio ou deixada ao azar a escolha dentre duas armas de fogo, uma só das quais está carregada. A hipótese é especialmente prevista nos Códigos húngaro e polonês. Dispõe o primeiro no seu art. 283, 2.^a alínea: “Se duas pessoas combinam que uma delas se suicidará, de modo predeterminado e dependente de sorte, e é executada, em consequência disso, a ação dirigida ao suicídio, ficam ambas, se não se segue a morte, sujeitas a pena de prisão por um até cinco anos; mas, se ocorre a morte, será o sobrevivente punido com prisão por cinco até 10 anos.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ Se o ardil é empregado para o fim de que a pessoa se mate sem querer, há homicídio. Exemplo: enganar alguém que um revólver está descarregado e fazer com que ele o aponte para o próprio coração e dê ao gatilho.

¹⁵⁷ “*Haben jedoch zwei Personen verabredet, dass es auf eine im vorhinein bestimmte Weise von Lese abhängig gemacht werde, welche von ihnen zum Selbstmörder werden soll, und wurde infolge dessen die auf den Selbstmord gerichtete Handlung ausgeführt, so ist, wenn der Tod nicht erfolgte, gegen beide auf Staatsgefängnis von einem bis zu fünf Jahren zu erkennen. Ist aber der Tod eingetreten, so der wird Überlebende mit Staatsgefängnis von fünf bis zu zehn*”

É preciso que o induzimento ou instigação se dirija a pessoa *determinada*. Assim, não será réu de participação em suicídio o jornalista ou escritor que faz a apologia do suicídio e dá causa a que algum leitor, sugestionado, se mate.

O crime em questão é de *conteúdo variado* (*Mischtatbestand*, como dizem os autores alemães), isto é, há mais de uma forma típica do seu elemento de fato (legalmente equiparadas umas às outras); mas, se o agente, além de *induzir* ou *instigar*, *presta*, em seguida, *auxílio* ao suicídio, não há dualidade de crime, mas um crime só, ressalvada ao juiz apenas a faculdade de, ao aplicar a pena *in concreto*, levar em conta essa duplicidade de ação criminosa. É a justa lição de HAFTER: “O agente que primeiramente induziu ao suicídio e, a seguir, ainda prestou auxílio, não é punível duas vezes. Apesar de pluralidade de ação, não é de admitir-se um concurso material, porque somente um foi o resultado criminoso que sobreveio. Se o agente obtém o resultado com vários atos, ao invés de um só, será isso apenas indicio da intensidade do seu dolo, — o que deverá ser tomado em conta na medida da pena.”¹⁵⁸

44. Condição de punibilidade da participação em suicídio. Por vezes, a lei penal, ao incriminar um fato e cominar a pena correspondente, condiciona a imposição desta a um determinado acontecimento. Chama-se a este *condição de punibilidade* (*Bedingung der Strafbarkeit*). O crime se *consume* com a ação ou omissão descrita no preceito legal, mas a punição fica subordinada ao advento (concomitante ou

¹⁵⁸ *Schweizerisches Strafrecht* (parte especial), 1.º vol., pág. 28.

Jahren bestraft.” O Código polonês (art. 229) assim declara: “Celui qui conclut un contract d’après lequel le sort décide lequel des contractants doit se donner la mort, est puni r’un emprisonnement jusqu’à 5 ans.”

sucessivo) de um certo resultado de dano, ¹⁵⁹ ou a um *quid pluris* extrínseco (como, por exemplo, a *queixa* nos crimes de ação privada). É o que acontece com o crime de participação em suicídio: embora o crime se apresente consumado com o simples induzimento, instigação ou prestação de auxílio, a punição está condicionada à superveniente *consumação* do suicídio ou, no caso de mera tentativa, à produção de *lesão corporal de natureza grave* na pessoa do frustrado desertor da vida. Se não se segue, sequer, a tentativa, ou esta não produz lesão alguma ou apenas ocasione uma lesão de natureza leve, a participação ficará impune. Em face do Código revogado, a participação em suicídio só era punível quando o suicídio se consumava. É, portanto, uma inovação do atual Código a punibilidade desse crime, mesmo no caso de simples tentativa do suicídio, desde que desta resulte lesão corporal grave, isto é, qualquer das lesões previstas nos §§ 1.º e 2.º do art. 129.

45. Impossibilidade jurídica da tentativa. O crime de participação em suicídio não admite tentativa. Ao contrário do que opinam ROMEIRO, MACEDO e GALDINO SIQUEIRA, não ocorre esta na hipótese de frustração do gesto de desespero do candidato ao suicídio. A materialidade do crime em aprêço (é a exata lição de VANNINI) exaure-se com o fato mesmo do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, e nisto se concretiza o “fato contrário à lei penal”, embora a sua punibilidade fique subordinada a uma superveniente condição objetiva, isto é, o efetivo suicídio do induzido, instigado ou auxiliado, ou produção de lesão grave à sua integridade física ou saúde, resultante da ação dirigida ao suicídio.

¹⁵⁹ Contra a opinião de que o evento lesivo, em nexo causal com a ação ou omissão e condicionante da sanção penal, seja propriamente *condição de punibilidade*, manifesta-se ALIMENA (Francesco), *Le condizioni di punibilità*, págs. 105 e 114.

O induzimento, a instigação ou o auxílio, já precedentemente *exauridos*, não podem *desacontecer parcialmente* (*factum infectum fieri nequit*), passando a *começo de execução* de si mesmos, quando venha a frustrar-se o gesto suicida. Mas, ainda que pudesse ser admitido semelhante absurdo, não se pode abstrair que o crime não é o evento “suicídio” visado pelo réu, mas o fato de *induzir, instigar* ou *prestar auxílio* ao suicídio. Se este não ocorre, tais atos tornam-se penalmente indiferentes. Falar-se em tentativa na espécie é o mesmo que admitir-se tentativa *punível* de um *fato não punível*.

46. **Suicídio a dois.** Hipóteses interessantes podem ocorrer em torno ao chamado *suicídio a dois*. Suponha-se que João e Joaquina, contrariados no seu recíproco amor, resolvam matar-se, instigando-se mutuamente. De acordo com o ajustado, João desfecha um tiro contra Joaquina e, em seguida, outro contra si próprio, mas acontecendo que um deles sobrevive. Se o sobrevivente é João, responde este por crime de *homicídio*; se, ao contrário, é Joaquina quem escapa, responderá esta por *instigação a suicídio*. Se João, ao invés de ter atirado contra Joaquina, limitou-se a fornecer a arma com que ela veio a matar-se, responderá por *auxílio a suicídio*.

Suponha-se, agora, que tivessem preferido morrer mediante asfixia por gás carbônico, e enquanto um abria o bico de gás, o outro calafetava as frinchas do compartimento. Se qualquer deles sobrevive, responderá por *homicídio*, pois concorreu materialmente no *ato executivo* da morte do outro. Se ambos sobrevivem, responderão por tentativa de homicídio. No caso em que somente um deles tivesse calafetado as frestas e aberto o bico de gás, responderá esse, na hipótese de sobrevivência de ambos, por tentativa de homicídio, enquanto o outro responderá por instigação a suicídio.

47. Agravantes especiais. A pena cominada à participação em suicídio é duplicada “se o crime é praticado por motivo egoístico” ou “se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência”.

Motivo egoístico é todo aquele que diz com o propósito de obtenção de uma vantagem pessoal. Age por motivo egoístico tanto aquele que induz, instiga ou ajuda o suicídio de outrem, colimando o recebimento de uma herança ou de um seguro, quanto aquele que o faz visando à eliminação de um rival em amores ou um competidor em negócios.

Quanto à segunda agravante especial, deve entender-se que o “menor” a que se refere o texto legal é aquele que já possui um certo entendimento, pois, do contrário, o crime a identificar-se será o de *homicídio*. Esta interpretação é confirmada pela última parte do inciso, que fala em pessoa que tem *diminuída* a capacidade de resistência, isto é, resistência *moral*. Ora, o *infans* não tem capacidade alguma de resistência moral, como não a têm, no caso do art. 22 do Código, os loucos, os idiotas, os sonâmbulos, os atacados de delírio febril. É preciso, para o reconhecimento da agravante, que o induzido ou auxiliado não seja um instrumento passivo, um súcubo à inteira mercê de um incubo, pois, em tal caso, como diz ALIMENA, o suicida não é mais do que a *longa manus* do agente, e deve ser reconhecido, não o crime de participação em suicídio, mas um autêntico homicídio.

Infanticídio

Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena — detenção, de dois a seis anos.

DIREITO COMPARADO — Códigos: suíço, art. 116; peruano, art. 155; argentino, art. 81, 2.º; italiano, art. 578; francês, arts. 300 e 302 (modificado pela lei de 21-11-1901); alemão, § 217; dinamarquês, art. 238; húngaro, § 284; norueguês, art. 234; uruguaio, art. 313; espanhol, art. 410; holandês, art. 290; português, art. 356; polonês,

art. 226; chileno, art. 394; mexicano, arts. 325 a 328; Inglaterra, *Infanticide Act*, de 1927; venezuelano, art. 413; uruguaio, art. 313; paraguaio, arts. 347 e 348; colombiano, art. 369; cubano, art. 438; equatoriano, art. 429.

BIBLIOGRAFIA — GAUTIER, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission* (do projeto de Código Penal suíço), vol. II, pág. 176; HAFTER, lit. já cit.; THORMANN e OVERBECK, lit. já cit.; GLEISPACH, *Kinderesmord (Infanticídio)*, in *Handwörterbuch der Kriminologie* de ELSTER; EBERMAYER, *Kindestötung*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER; KRAFFT EBBING, *Stati d'incoscienza morbosa in rapporto col parto*, in *Trattato di Medicina Legale* de MASCHKA, trad. ital. de BIANCHI e MEYER, vol. 4, 1889; BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. francesa de DUFÉY, 1821; IMPALLOMENI, lit. cit., VANNINI, *Il delitto di omicidio*, págs. 89 e segs.; ALIMENA (Bernardino), lit. cit.; IURETA GOYENA, lit. cit.; MANZINI, lit. cit.; EUSÉBIO GÓMEZ, lit. cit.; STOPPATO, *Infanticidio e procurato aborto*, 1887; SALTELLI-DI FALCO, lit. cit.; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, págs. 134 e segs.; CIVOLI, lit. cit.; JANNITTI PIROMALO, in *Il Codice Penale illustrato* de UGO CONTI, vol. III; LONGO, *Commento*, vol. II; FALCHI, lit. cit.; PANNAIN, *Infanticidio*, in *Nuovo Digesto Italiano*; BROUARDEL, *L'Infanticide*, 1897; BOVENSIEGER, *Der Kindermord und sein Bestrafung (O infanticídio e sua punição)*, in *Archiv f. Kriminologie*, 1923, pág. 75; MAGGIORE, lit. cit.; KRONAUER, *Protokoll sôbre o projeto suíço*; DELAQUIS, idem; MÁRIO CARRARA, *Medicina Legale*, 1938, II, págs. 200 e seguintes; WESTPHAL, in *Trattato di psichiatria* de BINSWANGER e SIEMERLING, trad. ital. de DALMA, 1927; KRAEPELIN, *Trattato di psichiatria*; HOFFMANN e FERRAI, *Trattato de Medicina Legale*, 1914; NERIO ROJAS, *Medicina Legal*, 1936; PELLEGRINI, *Trattato di Medicina Legale*, 1932; LEONCINI, in *Trattato de Med. Legale* de BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, vol. III, 1924; VALLEJO NÁGERA, *Psicosis sintomáticas*, 1941; CIAMPOLINI, *Sessualità e medicina legale*, 1936; SOUSA LIMA, lit. cit.; GALDINO SIQUEIRA, lit. cit.; MADUREIRA DE PINHO, *Algumas inovações do novo Código Penal*, in *Jornal do Comércio* de 2-11-41; LEONÍDIO RIBEIRO, *O novo Código Penal e a Medicina Legal*, 1942; FÁVERO, ob. cit.; SALES (Nilton), *O Infanticídio na legislação brasileira*, 1945; CRUZ DE VASCONCELOS, *Do Infanticídio*, 1946; ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1948.

COMENTÁRIO

48. **Histórico.** O direito romano da época avançada incluía o infanticídio entre os crimes mais severamente pu-

nidos, não o distinguindo do homicídio. Se praticado pela mãe ou pelo pai, constituía modalidade do *parricidium* e a pena aplicável era o *culeus*, de arrepiante atrocidade: "*Alia deinde lex asperrima crimen nova poena persequitur, quae Pompeia de parricidis vocatur. Qua cavetur ut, si quis parentis vel filii, aut omnino adfectionis ejus quae muncupatione parricidii continetur, fata properavit, sive clam sive palam id ausus fuerit: nec non is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, poena parricidii puniatur, et neque gladio neque ignibus neque ulla alia solemnī poena subjiciatur: sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo et vipera et simia, et inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare vel in amnem projiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, et ei coelum superstiti et terra mortuo auferatur.*" (Inst., 4. 18. 6.)

Na Idade Média, também não se diferenciava entre infanticídio e homicídio: "*Si quis infantem necaverit, ut homicida teneatur.*" (BALUZIO.) O direito estatutário escolhia para os infanticidas as penas mais graves. Segundo informa JULIUS CLARUS, "*imposita est occidentibus liberos poena, ut trahantur ad caudam equi, et deinde rotae lignae interxantur*". A Carolina (Ordenação penal de Carlos V) assim dispunha: "As mulheres que matam secreta, voluntária e perversamente os filhos, que delas receberam vida e membros, são enterradas vivas e empaladas, segundo o costume. Para que se evite o desespero, sejam estas malfeitoras afogadas, quando no lugar do julgamento houver para isso comodidade de água. Onde, porém, tais crimes se dão frequentemente, permitimos, para maior terror dessas mulheres perversas, que se observè o dito costume de enterrar e empalar, ou que, antes da submersão, a malfeitora seja dilacerada com tenazes ardentes."

A começar do século XVIII, entretanto, operou-se um movimento, entre os filósofos do direito natural, no sentido do abrandamento da pena do infanticídio. Sob o influxo

das novas idéias, as legislações passaram a considerar o infanticídio, quando praticado *honoris causa* pela mãe ou parentes, como um *homicidium privilegiatum*. Foram pioneiros desse critério legislativo, inaugurado pelo Código austríaco de 1803, BECCARIA e FEUERBACH. Somente o Código napoleônico de 1810 e a lei inglesa continuaram mantendo na espécie a pena capital. O primeiro, porém, foi alterado por uma lei de 21 de novembro de 1910, que atenuou a pena de modo geral: “*Toutefois la mère, auteur principal ou complice de l’assassinat ou du meurtre de son enfant nouveau-né sera punie, dans le premier cas, des travaux forcés à perpétuité, et dans le second cas, des travaux forcés à temps.*” Na Inglaterra, segundo atestava o *Infanticide Act* de 1927, ainda persistia até data recente a intolerância antiga, mas, atualmente, está confinada a casos especialíssimos a aplicação da pena de morte.

No Brasil, já o Código de 1830, depois de abrandar, *in genere*, a pena do infanticídio, dispunha: “Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar sua desonra: pena — de prisão com trabalho por 1 a 3 anos” (devendo notar-se que a pena cominada ao homicídio era, no máximo, a de morte; no médio, a de galés perpétua, e, no mínimo, prisão com trabalho por 20 anos). O Código de 90, imitando o do Império e o Código português, destacava o infanticídio como figura delituosa *sui generis*, sem, entretanto, limitar o *privilegium* à hipótese da *causa honoris*. Segundo o seu art. 298, o infanticídio consistia em “matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte”. O legislador de 90 não percebeu que, com a adoção desse conceito genérico ou irrestrito, tornava injustificável a distinção entre infanticídio e homicídio, para incorrer, em seguida, no chocante absurdo de cominar contra o primeiro, ainda quando não perpetrado *honoris causa*, somente a pena aplicável ao homicídio sim-

ples, isto é, seis a 24 anos de prisão celular. Era, positivamente, o critério de dois pesos e duas medidas. Como justamente ponderava DURÃO, “o homicídio do recém-nascido, “quer o cometam os pais, quer os parentes ou estranhos, não “difere do homicídio do adulto, podendo ser, como este, qualificado, agravado e atenuado, segundo as modalidades que “revestir, salvo a hipótese de ser praticado *causa honoris*”. Não se esquecera, porém, o antigo Código do caso em que ocorre o motivo de honra (que só pela mãe podia ser invocado). Em tal caso, a pena era grandemente diminuída: “Se “o crime (infanticídio) for perpetrado pela mãe, para ocultar “a desonra própria: pena — de prisão celular por três a nove “anos.”

O Projeto GALDINO SIQUEIRA não considerava o infanticídio crime autônomo, mas *homicídio atenuado*: “Se o crime “(homicídio) tiver sido cometido contra recém-nascido, isto “é, criança no momento do seu nascimento ou logo depois, e “pela própria mãe, para ocultar desonra: pena — detenção “por dois a oito anos.”

O Projeto SÁ PEREIRA, ao configurar o infanticídio como crime autônomo, seguiu o exemplo do projeto do Código suíço de 1916 (art. 107): “Aquele que, durante o parto, ou “ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho “recém-nascido, será punida com prisão até 3 anos, ou com “detenção por 6 meses, no mínimo.”

O Projeto ALCÂNTARA, em suas várias edições, retornava ao critério tradicional da *causa honoris*, ampliando o *privilegium* em favor de outras pessoas além da mãe: “Matar “infante, durante o parto ou logo depois deste, para ocultar “a desonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã “ou mulher: pena — detenção ou reclusão por dois a seis “meses.”

49. O estado puerperal como causa autônoma de perturbação psicológica. As considerações que, nos tempos modernos, prevaleceram no sentido de destacar-se o infanticídio

•

como um *delictum exceptum* (quando praticado pela própria mãe), ou merecedor de benigno tratamento penal, em cotejo com o homicídio, são de duas espécies: umas atendem a um ponto de vista puramente *psicológico*, outras se fundam no estado *fisiopsíquico* da mulher parturiente. As primeiras levam a atenuar a pena somente no caso em que intervém o *motivo de honra*, isto é, somente na hipótese de gravidez ilegítima: o obsedante receio da descoberta do seu erro, que a sociedade não perdoa, cria na mulher engravidada fora do matrimônio (ou por indissimulável adultério), e que ainda não perdeu o pudor, um verdadeiro *estado de angústia*, em que, gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fruto do seu amor ilegítimo. É o drama íntimo da desventurada moça seduzida, que, um dia, se surpreende grávida. Descreve-o, com viva eloquência, MIGUEL LONGO: “A princípio, consegue esconder a prova do “pecado, e leva uma existência de sobressaltos e forçadas “reservas; mas, pouco a pouco, cresce o perigo da publi- “cidade, e a infeliz começa a perder até a coragem de simular “um sorriso. Seu ânimo é possuído de agitações convulsivas, “desorientações, desequilíbrio de sentimentos e de idéias. “As próprias carícias prodigalizadas por seus desvelados pais “são causa de remorso, são novos abalos ao periclitante “domínio da razão, às dolorosas arritmias do coração, e entre- “mentes, de longe, apavorante como um espectro, vem-se “aproximando, minaz, de dia em dia, de hora em hora, o “momento fatal em que a desgraçada já não pode esconder “a própria vergonha à família, aos parentes, ao público; “e torna-se deprimida, aviltada sob o incubo medonho que “não a abandona, de dia ou de noite, até mesmo nos poucos “momentos de repouso que lhe são concedidos pela fadiga, “pela exaustão, pela absorvente angústia. É um abismo “de trevas, de tempestades, de imperscrutáveis mistérios que “se cava naquela alma; a piedade, até a piedade lhe é ne- “gada, porque pedi-la é vergonha, merecê-la é desonra, es-

“perá-la é sinal de maior humilhação da dignidade e do decoro pessoal! E chega o dia fatal, e a hora se aproxima: à agitação sucede o desvairo, o desatino do naufrago à procura, na desesperada agonia, de uma tábua de salvação; enfim, a surpresa do parto tira à infeliz o último raio de luz mental, o derradeiro baluarte de defesa, a esperança de um remédio imprevisto; e ela, num momento reativo de conservação instintiva, é impelida, automaticamente, a subprimir a prova da vergonha, do erro infamante, da desonra... e o infanticídio se consuma! A lei escrita pedirá contas a essa mulher, como autora de um crime; mas a lei moral dirá aos seus juízes: acima e além dos códigos há a lei da necessidade, a *infelicitas fati*, o império inelutável das fatais contingências da vida.”

Já BECCARIA dissertava a respeito do infanticídio: “*è l'effetto d'una inevitable contradizione in cui è posta una persona, che per debolezza o per violenza abbia caduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace di sentirne il male, come non preferirà questa alla miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto*”.

O critério fisiopsíquico, ao contrário do puramente psicológico, não distingue entre gravidez ilegítima ou legítima, abstraindo, portanto, ou pelo menos relegando para terreno secundário, a *causa honoris*: somente tem em conta a particular perturbação fisiopsíquica decorrente do parto. Ao invés do *impetus pudoris*, o *impetus doloris*. É o critério que, adotado, em toda a sua pureza, no Projeto suíço de 1916 (mantido no Código promulgado em 1937), tem influído em legislações posteriores, entre as quais a do Peru, da Dinamarca, da Polônia, da Argentina, e, agora, do Brasil. Dispunha o art. 107 do dito Projeto (a que corresponde o art. 116 do atual Código helvético): “*La mère qui aura intentionnellement tué son enfant pendant l'accouchement ou alors qu'elle se trouvait encore sous l'influence de l'état puerpéral, sera punie de la réclusion jusqu'à trois ans ou de l'emprisonne-*

ment pour six mois au moins."¹⁶⁰ O art. 155 do Código do Peru (1942) é a tradução castelhana desse dispositivo: "*La madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto, o estando todavia bajo la influencia del estado puerperal, sufrirá penitenciaria non mayor de tres años o prisión non menor de seis meses.*" O Código dinamarquês (1930) atende aos dois critérios, alternativamente, mas restringindo, com prudência, o fisiopsíquico (art. 238): "*Si une mère tue son enfant au cours de l'accouchement ou immédiatement après, et qu'il soit à présumer qu'elle a agi dans un état de detresse, par peur du deshonneur, ou sous l'influence d'un état d'affaiblissement, d'affolement ou de trouble résultant de l'accouchement, elle est passible d'emprisonnement pour une durée pouvant s'élever à 4 ans.*" A fórmula do Código argentino adota um critério composto (seguindo a lição de von LISZT): "*Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal...*" O Código polonês acolheu a fórmula suíça, mas redigindo-a assim: "*La mère qui tue son enfant lors de l'accouchement sous l'influence des couches, est punie d'un emprisonnement jusqu'à 5 ans.*"

Entre nós, o Projeto SÁ PEREIRA, como já vimos, traduzia fielmente a fórmula suíça, mas o Projeto ALCÂNTARA a repelira, voltando ao critério tradicional da *honoris causa*. A Comissão Revisora, porém, entendeu de restabelecer a dita fórmula, mas alterando-a, sob inspiração dos Códigos dinamarquês e polonês, isto é, exigindo a *influência do estado puerperal* não só depois, senão também durante o parto,¹⁶¹

¹⁶⁰ O texto alemão é o seguinte: "*Tötet eine Mutter während der Geburt oder solange sie unter dem Einfluss des Geburtsvorganges steht, ihr Kind vorsätzlich, so wird sie mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.*"

¹⁶¹ Estado puerperal não é apenas o que se segue depois do parto: refere-se ao período do parto e ao do sobreparto.

e fazendo entrar no conceito do infanticídio um limite de tempo: o *privilegium* só será concedido se a ocisão do *infans* se der, o mais tardar, logo após o parto. As expressões “durante o parto” e “sob a influência do estado puerperal” não se equivalem, pois, do contrário, o texto legal seria redundante. Não basta o fato, puro e simples, de ter sido o infanticídio praticado pela mãe *durante* o parto: é necessário que haja um vínculo causal entre o estado puerperal e a ocisão da criança. É bem certo que tal relação pode deixar de existir, isto é, nem sempre o estado puerperal acarreta a perturbação psíquica que justifica, na espécie, o *privilegium* legal. Pode ser inexistente a desnormalização do psiquismo da parturiente, e apresentar-se, não um crime cometido num estado particular de responsabilidade atenuada, mas um crime friamente calculado e perversamente executado. Na fórmula suíça, é condição *suficiente* para o *delictum exceptum* o singelo fato de encontrar-se a mulher no processo do parto, presumindo-se, *juris et de jure*, a sua perturbação psicológica. É o que explicava SÁ PEREIRA, em carta que nos dirigiu, respondendo a uma nossa observação: “Neste caso, o infanticídio é punido brandamente, porque: a) cometido durante “o parto, ou b) cometido ainda sob a influência do estado “puerperal. A situação que então se cria para a mulher “é de profunda perturbação psicológica, e daí um estado “de imputabilidade restrita...” Criticando este critério de solução, dissemos alhures: “... na irrestrição com que proclama a imputabilidade restrita das parturientes, favorece até mesmo as mulheres desvergonhadas e aquelas que, plasmadas na materialidade dos dias que correm, não recuam ante o infanticídio, a que são movidas por simples impulso de miserável egoísmo ou para se forrarem aos incômodos e sacrifícios que lhes adviriam da criação de um filho.”

A fórmula da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA, e que prevaleceu no texto do Código, ressent-se de um cunho de prudência, deixando de reconhecer uma *infallível* sequência causal entre os episódios do parto e a diminuição do enten-

dimento e autogoverno da parturiente. É preciso que se verifique um *efetivo* estado de conturbação psíquica resultante do parto, desde que não há uma *necessária* relação de causa a efeito entre um e outra. Assim discorre a *Exposição de motivos*: “O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente *sob a influência do estado puerperal*. Esta cláusula, como é óbvio, não quer “dizer que o puerpério acarrete sempre uma perturbação “psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente “sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir “a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente. Fora daí, não há porque distinguir entre infanticídio e homicídio.”

Cumprе insistir neste ponto: o estado puerperal *pode* determinar, mas nem sempre determina a alteração do psiquismo da mulher normal. É de ciência comum que, em grande número de casos, a parturiente (notadamente quando se trata de uma plurípara) não se conturba, nem perde o domínio de si mesma. Eis o ensinamento de BUMM (*apud* PELLEGRINI): “Diferenças análogas às da energia das contrações achamos nas reações do estado geral da mulher “à dor das próprias contrações... Há mulheres que não “perdem, por um instante, sequer, a tranquilidade.” Manter em tais casos o favor outorgado ao infanticídio valeria por um estímulo ao contrabando de sentimentos inferiores sob a *bandeira* de uma apriorística responsabilidade diminuída. No próprio seio da 2.^a *Comissão de peritos*, a que foi submetido o projeto suíço, ficou reconhecido o caráter meramente eventual do momentâneo transtorno psíquico consequente ao parto. Dizia GAUTIER: “... *toute grossesse et tout accouchement peuvent déterminer chez la mère les mêmes desordres physiques et moraux, que l'enfant ait été conçu dans un rapprochement légitime ou illégitime.*” DELAQUIS assim se pronunciou: “A nova literatura médica diz-

-nos que o estado puerperal *muitas vezes* desperta na mãe sentimentos de ódio contra o filho.” ¹⁶²

Mas, será que, na realidade, o abalo do equilíbrio psíquico eventualmente produzido pelo estado puerperal é de molde a justificar que nele se identifique uma causa especial de responsabilidade diminuída? Assim o entendeu e o consagrou o novo Código. E tal critério de decisão tem o apoio de indiscutíveis autoridades em psiquiatria. Segundo JÖRG (*Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren und Gebärenden*, apud KRAFFT EBING), nenhuma parturiente, a partir do segundo período até o fim do parto, tem a completa consciência dos atos que pratica. KRAFFT EBING ¹⁶³ assim se exprime: “Ainda que JÖRG tenha exagerado..., é, entretanto, inegável “que o processo do parto exerce, reflexivamente, uma tão “profunda ação física sobre a parturiente, que pode determinar facilmente uma transitória conturbação da consciência.” Refere-se o mesmo autor aos temores e apreensões que, notadamente no caso de prenhez ilegítima, assaltam o ânimo da parturiente, e conclui: “Imaginem-se tais receios exercendo sua influência no instante em que o corpo está “exausto e irritado pelas dores do parto! É fácil que surjam, “então, emoções tumultuárias, que podem ir, até a completa “subversão dos sentidos.”

BERTHERAND chega a falar em “loucura emotiva” das parturientes. FRITISCH (apud PELLEGRINI) afirma que as dores, a excitação, o temor, podem colocar a parturiente em tal estado, que lhe fiquem suprimidas a reflexão e a capacidade de avaliar as consequências dos próprios atos.

ASCHAFFENBURG refere-se a um particular estado de *falta de orientação* ou *desatino* (*Ratlosigkeit*).

¹⁶² “Die neuere medizinische Literatur sagt uns nun, dass der Geburtvorgang serh oft in der Mutter Gefühle des Hasses gegen das Kind weckt.”

¹⁶³ No *Trattato di Medicina Legale*, de MASCHKA, vol. 4, pág. 746.

KÖNIG, autor que se ocupa especialmente do assunto, chega à conclusão de que o parto pode ocasionar uma confusão mental passageira.

GLEISPACH reconhece que influem no psiquismo da parturiente as dores, a perda de sangue, o excessivo esforço dos músculos, e disserta: “É um estado de comoção e extenuação, segundo o grau do curso do parto e também dependente do estado de ânimo natural da parturiente.” Referindo-se particularmente ao infanticídio *in ipso partu*, declara GLEISPACH: “... parece-nos certo que, com o parto, “novos motivos sobrevêm aos já antes existentes e surge “uma força coercitiva para a decisão, e a parturiente, menos “capaz de tranqüila reflexão, e extenuada, não pode resistir “ao impulso para a ocisão do filho e, em certos casos, deixa-se, “por assim dizer, dominar por ele.”¹⁰⁴

PELLEGRINI, depois de mencionar casos concretos de transtorno psíquico de parturientes, observa: “Estes casos “não têm apenas um valor anedótico, incidental; demons- “tram como o período de excitação e de delírio pode ser “relativamente breve; como, durante ele, podem ser come- “tidos infanticídios; como distúrbios psíquicos podem sur- “gir durante e após o parto; como, enfim, o médico deve “ser prudente no enjeitar a hipótese de um estado de incons- “ciência total ou parcial.”

WESTPHAL reconhece que, independente de predisposição patológica, o parto pode constituir causa imediata de uma conturbação mental transitória. É certo, porém, que o mesmo autor acrescenta: “Segundo as observações mais recentes, “são raríssimos nas parturientes os estados confusionais e “os acessos de furor imputáveis exclusivamente à dor e à

¹⁰⁴ *In Wörterbuch der Kriminologie*: “...scheint uns, dass durch die Geburt neue Beweggründe zu den schon früher vorhandenen hinzutreten und ein Zwang zum Entschluss entsteht, die Gebärende aber, zu ruhiger Überlegung minder fähig und geschwächt, dem Antrieb zur Tötung des Kindes nicht widersteht, in besonderen Fällen von ihm sozusagen überrannt wird.”

“excitação do parto. As mais das vezes, esses estados de
“alienação mental passageira se explicam com a presença
“de uma doença psíquica originária, como a epilepsia, o
“histerismo, a imbecilidade, a predisposição psicopática, ou,
“então, pelas condições físicas e psíquicas particulares da
“parturiente: o estado de circulação do sangue, sofrimentos
“morais (no caso de gravidez ilegítima), o estado afetivo
“alterado.”

No mesmo sentido, opina BUMKE: “O parto, por si só,
“raramente ocasiona transtornos psíquicos. É esta uma
“questão que tem sido muitas vezes debatida, dado o seu
“interesse forense (ocisão de infante), e foi resolvida em tal
“sentido... Mas, naturalmente, nas mulheres psicopáticas
“se produzem, às vezes, durante o parto, estados de excita-
“ção com acessos furiosos contra o médico e até mesmo con-
“tra o filho. Além disso, são possíveis complicações fortui-
“tas, como, por exemplo, estados crepusculares epilépticos.”

CIAMPOLINI assim escreve: “Também durante o parto
“podem ocorrer delírios transitórios, que atingem a verdadei-
“ras formas de loucura com perturbações notáveis da cons-
“ciência, ou a impulsos irrefreáveis e a estados obsessivos.
“Sobretudo a propósito de infanticídio, é justo que essas
“perturbações mentais da parturiente sejam tomadas em
“conta nos eventuais exames periciais. Durante o parto,
“diz NAEGELE, opera-se uma grande modificação no sistema
“nervoso da mulher, revelando-se nas alterações essenciais
“do seu caráter e por um estado de hiperemotividade que
“modifica inteiramente sua conduta anterior. Às vezes, no
“terceiro e quarto períodos do parto, pode sobrevir até um
“verdadeiro acesso de alienação mental.”

Outros autores há, entretanto, que negam terminante-
mente a desnormalização psíquica resultante do parto em si
mesmo. BISCHOFF e VON SURY, por exemplo, sustentam que
a excitação afetiva do parto se contém dentro dos limites
fisiológicos.

O legislador penal brasileiro deixou a questão aberta: na apreciação de cada caso concreto, terá o juiz de invocar o parecer dos peritos-médicos, a fim de que estes informem se a infanticida, ainda que isenta de taras psicopáticas, francas ou latentes, teve a contribuir para o seu ato criminoso as desordens físicas e psíquicas derivadas do parto.¹⁶⁵

50. O parág. único do art. 22 e o art. 123. O art. 123 encerra, em última análise, um caso *especial de responsabilidade diminuída*, que importa, *ex vi legis*, conceitualmente, uma pena grandemente diminuída em relação a qualquer outro homicídio doloso. A identificação de tal caso está subordinada à averiguação de que o estado puerperal, ou

¹⁶⁵ PELLEGRINI (ob. cit., pág. 978) formula as seguintes instruções: “Na perícia médico-legal sobre o estado mental de uma infanticida, cumpre, de caso em caso: a) apurar se a mulher tem antecedentes neuropáticos e psicopáticos e, o que é mais, se fenômenos de tal natureza se apresentam em ato. Assim, não apresentam dificuldade de apreciação os casos em que se trata de frenastênicas que hajam abandonado o neonato sem prestar-lhe os necessários cuidados, ou que, em estado de excitação alucinatória, tenham cometido atos de violência contra ele. BISWANGER observou uma frenastênica, de 21 anos, que, depois de derramar álcool sobre o próprio filho, tentou queimá-lo. Mesmo, porém, em mulheres sãs de espírito, já foram constatados delírios de psicoses alucinatórias agudas durante o parto; b) averiguar se a mãe, após o crime, cuidou ou não de esconder o pequeno cadáver; se se mostrou estupidificada, confusa; se não se recorda do que aconteceu; se sofre de anemia aguda por perda de sangue *post partum*. Pode ocorrer que, nos primeiros interrogatórios, a mulher se apresente amnésica, enquanto nos subsequentes reconstitua bem o que se passou logo depois do parto; mas cumpre desconfiar das afirmações feitas num segundo tempo, pois são, muitas vezes, sugeridas indiretamente, dado o modo pelo qual as perguntas são feitas...; c) apurar se o parto foi laborioso e doloroso, podendo isto resultar da estreiteza da bacia, das anormais dimensões da tumescência da cabeça e dos edemas escrotais e vulvares do neonato, etc.; d) apurar se o exame somático da mãe faz presumir que tenha ocorrido um ataque epiléptico ou eclâmpico durante o parto.”

seja, o estado conseqüente às dores do parto, ou de excitação e angústia por este produzidas, aliado ao psiquismo particular (não anormal) da parturiente, contribuiu no ato voluntário da ocisão do infante. ¹⁶⁶

Indaga-se, então: quando o parto é apenas o *mordente* de uma predisposição psicopática, ou um motivo de agravação ou recrudescência de uma psicopatia em ato, devem ser aplicados, conjuntamente, o art. 123 e o parág. único do art. 22 ?

VON LISZT, criticando a fórmula fisiopsíquica da configuração do infanticídio, adotada no projeto suíço, dizia que não era explicado como o elemento de fato "sob a influência do estado puerperal" pode coexistir com a regra geral sobre a imputabilidade restrita. Responde HAFTER que tal regra deve ser abstraída sempre que a *imputabilidade restrita* se fundar somente no fato de que a parturiente praticou o crime *sob a influência do parto*. ¹⁶⁷ Se, entretanto, ocorrem outras causas, nada impede que sejam tomadas em atenção. ¹⁶⁸ É claro que, se o parto desencadeia acessos de preexistente doença mental, ou acarreta, por si mesmo, ainda que em mulheres mentalmente sãs, uma perturbação psíquica *pato-lógica* (delírios, psicoses alucinatórias agudas), de modo a anular, de todo, o entendimento e a vontade da parturiente, será esta uma irresponsável, nos termos do art. 22, *caput*. Não há incompatibilidade alguma entre o reconhecimento da *influência do estado puerperal* e, a seguir, o da *irresponsabi-*

¹⁶⁶ Não se deve perder de vista a advertência de GLEISPACH, no tocante à perturbação psicológica decorrente do parto: "O desvio do normal não é, de regra, tão grande que se possa falar em imputabilidade diminuída." (*Seine Abweichung von normalen ist in der Regel nicht so gross, dass von vermindeter Zurechnungsfähigkeit zu sprechen wäre.*)

¹⁶⁷ Ob. cit., págs. 20-21: "...wenn die verminderte Zurechnungsfähigkeit lediglich damit begründet werden kann, dass die Mutter unter dem Einfluss des Geburtsaktes getötet hat."

¹⁶⁸ "Liegen noch andere Gründe vor, so steht der Berücksichtigung nichts entgegen."

lidade ou da *responsabilidade diminuída*, segundo a regra geral.

51. A abstração da "*honoris causa*". Evitando menção expressa ao *motivo de honra*, que é a causa clássica do benigno tratamento penal do infanticídio, o novo Código obedeceu a várias razões. A primeira delas é que, a atender-se à *causa honoris*, devia-se atender também, logicamente, a motivos outros, não menos prementes que o da ocultação da desonra, como, por exemplo, a apertura econômica, o excesso de prole, o receio de um filho tarado. Seria uma injustiça que nestes últimos casos a infanticida tivesse de responder por homicídio comum; mas, por outro lado, a extensão dos motivos legais de atenuação redundaria, afinal de contas, num incitamento indireto à eliminação de vidas incipientes, com grave prejuízo do interesse demográfico do Estado. Outra razão é que, dentro da política do Estado moderno, estruturalmente inspirado na defesa do interesse coletivo, não é admissível que este seja superado pelo da honra objetiva individual. Não deixa, além disso, de ter algum fundamento a seguinte opinião de MAGGIORE: ¹⁶⁹ "Em geral, à parte o interesse demográfico, acreditamos que a extrema imoralidade e abjeção de quem elimina a própria prole não podem ser coonestadas por motivo algum, mesmo a honra. Há qualquer coisa mais forte do que a honra, e é o instinto da maternidade, o dever de devotamento para com o próprio filho. Quem vence tal instinto e descumprir tal dever não merece indulgência. Justamente, os antigos consideravam o infanticídio como parricídio."

Por último, é de acentuar-se que, pelo menos no Brasil, o infanticídio é, via de regra, um crime de mulheres das camadas inferiores da sociedade, entre as quais, pela sua própria frequência, a gravidez ilegítima não importa a *necessitas cogens* da ocultação da desonra. Os equívocos judi-

¹⁶⁹ Ob. cit., II, pág. 451

ciários, facilmente ensejados pelo regime do Código de 90, já não poderão, pelo sistema do Código atual, reconhecer o *motivo de honra* até em casos de cruel egoísmo ou pura malvadez. Deve notar-se, porém, que, com a omissão de referência à *causa honoris*, o Código não inibe que se leve em conta, quando realmente exista, esse antecedente psicológico. O *motivo de honra* pode contribuir, de par com a morbidez fisiológica própria do parto, para o estado de excitação e angústia que diminuem a responsabilidade da parturiente. Todas as causas, fisiológicas e psicológicas, devem ser averiguadas no seu conjunto e interdependência, de modo que não fica excluída a consideração do motivo de ocultação da desonra, nos casos em que, realmente, tenha entrado como um coeficiente do anormal impulso criminoso.¹⁷⁰ VON LISZT era mesmo de opinião que somente quando aliados o motivo de honra e a influência do estado puerperal se devia admitir o mais brando tratamento penal do infanticídio.¹⁷¹ Se é certo que não foi este o ponto de vista do nosso Código, não é menos

¹⁷⁰ CIAMPOLINI (ob. cit., pág. 242) ensina: "*Un giuditio di consapevolezza (o meno) di eventuali atti illeciti non potrà farsi che esaminando sia la donna nelle sue condizioni fisio-psichiche, sia l'ambiente in cui visse, sia le circostanze in cui essa è venuta a trovarsi per lo stato del parto; vale a dire indagando in qual modo la gravidanza si è svolta, quali le difficoltà e le complicazione manifestatesi e le possibili emorragie e il verosimile riflesso di queste sull'organismo della gravida. Il fatto di una gravidanza illegittima dà spesso il tracollo in questi casi. È tutto un insieme di pensieri angosciosi che si affolla alla mente della derelitta, già impoverita nei suoi poteri di riserva somatica, e che è quindi alla mercé di ogni idea anche paradossa che le si affaccia alla mente.*"

Foi precisamente esta consideração, de par com a relativa ao caráter condicionado da fórmula do art. 123, que nos levou a concordar com esta no seio da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA. E fica assim respondida a pergunta que, a tal respeito, nos faz LEONÍDIO RIBEIRO (ob. cit., pág. 332).

¹⁷¹ É o critério adotado pelo Código argentino. GLEISPACH propõe o seguinte conceito de infanticídio, em retificação ao sugerido por VON LISZT: "a ocisão do filho (legítimo ou ilegítimo) pela mãe, du-

certo que os peritos e juizes não devem abstrair, para formação de seu juízo, não só o *motivo de honra*, como outras causas psicológicas de igual premência, quando ocorram.

Não assiste razão a FÁVERO (ob. cit., pág. 691) quando equipara ao infanticídio *honoris causa* a hipótese do art. 134, § 2.º, isto é, a “exposição ou abandono de recém-nascido” seguido de morte da vítima. Neste último caso, inexiste o *animus necandi*. De outro modo, o Código teria incorrido em grosseira incoerência.

51-A. Psicoses “post partum”. Além dos estados psicopáticos que podem aflorar durante o parto ou das psicopatias em ato no momento do parto,¹⁷² há as psicoses que costumam

¹⁷² KRAFFT EBBING (ob. cit.) faz as seguintes observações:

“As vezes, a inconsciência mórbida produz-se em seguida a uma intensa irritação psíquica, devida às dores do parto. Uma constrição neuropática favorece o aparecimento desse estado patológico, cujas causas ocasionais podem ser constituídas por impedimentos mecânicos do parto, do fluxo muito precoce do líquido amniótico, da apresentação transversal do feto, etc. Este estado pode manifestar-se em forma de superexcitação frenética, na qual a parturiente, em desordem mental, se agita, convulsa, e maltrata o feto; ou pode apresentar-se (sob forma de uma gênese puramente orgânica, reflexa) como delírio nervoso. A duração desse excepcional estado psíquico, que, por vezes, persiste ainda após a expulsão do feto, vai de um quarto de hora até meia hora, e termina com uma prostração psíquica, e quando dela se reabilita a puérpera não tem a menor lembrança do que ocorreu.

“Foram também, muitas vezes, observados acessos de mania transitória genuína nas parturientes (3.º e 4.º períodos do parto) ou recém-parturientes, sobretudo em mulheres neuropáticas (com

“rante o parto ou sob a influência da perturbação ocasionada por este, quando ela se encontra repudiada ou abandonada e age por necessidade (no mais amplo sentido)”. (*Kindermord wäre demnach die Tötung des (ehelich oder unehelich) Kindes durch die Mutter während der Geburt oder unter dem Einfluss der durch den Geburtsvorgang hervorgerufenen Störungen, wenn sie verlassen ist und aus Not (im weitesten Sinn).*”)

mam sobrevir após o parto, chamadas *puerperais*. Trata-se, geralmente, de confusões alucinatórias agudas, de ofuscamientos da consciência, manias transitórias, amências, delírios. Modernamente, os psiquiatras afirmam que não existem psicoses puerperais específicas. Surgem elas no terreno lavrado pela tara psíquica que se agrava pelos processos metabólicos do estado puerperal ou são uma *species* do *genus* "psicoses sintomáticas", isto é, transtornos psíquicos que se apresentam no curso de enfermidades gerais internas, de infecções agudas, de intoxicações, etc., e cujas lesões não têm uma localização cerebral.¹⁷³ Tais psicoses manifestam-se, de regra, vários dias após o parto, e nada têm a ver com elas, portanto, o art. 123, deixando a ocisão do infante de ser *infanticídio* para constituir, objetivamente, o crime de *homicídio*, mas devendo a acusada ser tratada segundo a norma

¹⁷³ VALLEJO NÁGERA, *Psicoses sintomáticas*, págs. 11 e 138.

"sistema vasomotor muito débil, e extenuadas por uma gravidez penosa ou por um parto laborioso e difícil), nas quais os sobressaltos e a temperatura externa exerciam uma influência desfavorável. "Tais acessos, que, às mais das vezes, decorrem sob o quadro de uma intensa superexcitação frenética, duram por várias horas.

"Em alguns raros casos e, como adverte SCHWARTZER, sobretudo nas mulheres anêmicas, neuropáticas, extenuadas por precedentes enfermidades, por assíduos engravidamentos, por acidentes do parto em curso (especialmente pela perda de sangue), observam-se puros estados transitórios de *raptus melancholicus*, com todos os sintomas do espasmo-vascular. A vida do neonato corre, então, graves perigos, em razão da profunda inconsciência que se segue... O parto pode ainda coincidir com acessos epilépticos e histéricos e com estados delirantes. A neyrese pode remontar aos primeiros períodos da vida ou à época da última gravidez. Nesta categoria entram também os estados eclâmpticos, que podem associar-se ao delírio ou com ele alternar-se.

"Finalmente, apresentam-se ainda estados de inconsciência mórbida em forma de delírio febril, derivados de afecções puerperais, flogísticas, que se manifestam antes, durante e após o parto (peritonite, perimetrite, etc.)."

geral sobre a responsabilidade ou capacidade de direito penal (art. 22). Não tem razão MADUREIRA DE PINHO, quando, em crítica ao art. 123, estranha que, segundo este, “se o crime é praticado alguns dias após o parto, embora sob a influência do estado puerperal, deixará de ser infanticídio”. Para tal caso há a *válvula* do art. 22 (e seu parágr. único), e o mais elementar critério de boa política criminal aconselha a restrição do conceito do infanticídio, no tocante ao *limite de tempo*.

52. O sujeito passivo do infanticídio. O Código atual ampliou o conceito do infanticídio: o sujeito passivo deste já não é apenas o *recém-nascido*, mas também o feto *nascente*. Ficou, assim, dirimida a dúvida que se apresentava no regime do Código anterior, quando o crime se realizava *in ipso partu*, isto é, na fase de transição da vida uterina para a vida extra-uterina. Já não há mais identificar-se, em tal hipótese, o simples *abôrto*, — solução que, em face do Código de 90, era aconselhada pelo princípio do *in dubio pro reo*:¹⁷⁴ o crime é infanticídio. Deixou de ser condição necessária do infanticídio a *vida autônoma* do fruto da concepção. O feto vindo à luz já representa, do ponto de vista biológico, antes mesmo de totalmente desligado do corpo materno, uma *vida humana*. Sob o prisma jurídico-penal, é, assim, antecipado o início da *personalidade*. Remonta esta ao início do parto, isto é, à apresentação do feto no orifício do útero. Já

•
¹⁷⁴ Escrevíamos, ao tempo do Código revogado: “Como deve ser resolvida a hipótese em que a ocisão é praticada *in ipso partu* (na fase de transição da vida uterina para a vida extra-uterina)? Não se trata propriamente de *aborto*, porque não é provocada a expulsão do feto; e não se trata igualmente de infanticídio, porque este supõe um infante com vida autônoma... Para dirimir a controvérsia doutrinária em torno de tal caso, o atual Código italiano incluiu expressamente a hipótese sob o *nomen juris* de *infanticídio* (art. 578). Perante a nossa lei, que silencia a respeito, e dado que seria absurda na espécie a isenção de pena, tem de ser reconhecida a hipótese mais favorável ao culpado, isto é, o crime de *aborto*.”

então o feto passa a ser uma *unidade social*. Não se pode negar que o feto nascente seja um ser *vivo*, embora não possua todas as atividades vitais. A imitação do Código italiano, o nosso não quis seguir a sugestão de SEVERI, no sentido de criar-se, sob o nome de “feticídio”, uma figura criminal intermédia entre o aborto e o infanticídio, a qual seria precisamente a ocisão do ser humano nascente: equiparou este ao *nascido*, tornando mais compreensiva a fórmula do infanticídio. Justamente dizia IMPALLOMENTI, a propósito da ocisão do feto *intra partum*: “Não se trata de aborto, pois este é a “criminosa expulsão do feto e, na espécie, a expulsão é “espontânea; nem a ocisão ocorre dentro do útero, mas quando a criança está para vir à luz, *in ipso partu*. A vida intra-uterina está terminada, sem que se tenha começado a “extra-uterina; a criança acha-se num estado de transição, “mas, não obstante, é um ser humano vivendo vida não mais “uterina, e matá-la é homicídio... É um homem que se “mata no limiar da vida social.”

Antes de iniciado o parto, a ocisão do feto é aborto; iniciado o parto, o crime é infanticídio. Já não há mais distinguir entre *vida biológica* e *vida autônoma*. Esta, de condição *necessária*, passou a ser apenas condição *suficiente* do infanticídio. Há infanticídio desde que, começado o parto, o feto se podia considerar biologicamente vivo. Nem mesmo é necessário indagar se o feto era capaz de vida autônoma: basta averiguar, remontando-se ao momento anterior à expulsão, a presença de vida biológica, isto é, a existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir à luz, e das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea.

Em outros tempos, teve caráter absoluto o conceito de CASPER, de que “viver é respirar, não ter respirado é não ter vivido”. Já a Medicina Legal demonstrou que tal conceito pode, em casos excepcionais, não corresponder à realidade e à lógica. Observa CARRARA (Mário) que, se o início da respiração é, de regra, tão próximo da expulsão do feto e que

o intervalo entre uma e outra é irrelevante, há casos, entretanto, em que esse intervalo se prolonga por muitos segundos e até por mais de um minuto. É perfeitamente possível a eventualidade de uma *vida apnéica extra-uterina* (vida sem respiração), e seria um contra-senso dizer-se que, em tal situação, o pequenino ser não está vivo, somente porque ainda não respirou. O radical critério de CASPER levaria, na prática, a conclusões intoleráveis. Assim, não responderia por infanticídio, por exemplo, a mãe que expulsasse o feto dentro de uma bacia com água, ou que o matasse antes que os orifícios respiratórios fossem desobstruídos de mucosidades ou restos de membrana amniótica. É certo que a *prova da respiração* é a mais praticável e a mais segura *prova de vida*, tornando-se esta difícil quando não tenha havido introdução de ar nos pulmões; mas daí não se segue que só há vida quando há respiração.

Se é indiferente, no caso de feto nascente, averiguar a capacidade de vida autônoma, é lógico que, no caso do *infans* já expulso do útero, não há cogitar se era *vital*, do mesmo modo que tal questão é posta à margem para reconhecer-se a existência de homicídio, quando a ocisão do *infans* deixa de constituir, sob o ponto de vista cronológico, o crime de infanticídio. A *vitalidade*, isto é, a possibilidade de adaptação durável (ou presunção dela) às condições normais da vida extra-uterina é inteiramente estranha aos *essentialia* do infanticídio. Ainda que só se apresente uma aparência de vida, e a não ser que se trate de um mero resíduo de palpação análogo ao da sobrevivência de um órgão ou sistema, a supressão dela é infanticídio. Tão intangível é o minuto de vida de um recém-nascido quanto o último instante de vida do moribundo. Pelo fato de não ser *vital*, o feto não deixa de estar *vivo*, e o infanticídio existe desde que haja a ocisão de um neonato vivo, pouco importando as condições de maturidade, de desenvolvimento, de conformação, de força, numa palavra: da vitalidade que apresenta.

53. **Prova de vida extra-uterina autônoma.** Três fatos essenciais distinguem a vida extra-uterina da intra-uterina: 1.º, cessação da circulação fetoplacentária; 2.º, substituição da respiração placentária pela respiração pulmonar; 3.º, substituição da nutrição por via placentária pela nutrição através da via gastrointestinal. Todos estes fatos têm características expressões anatómicas, cuja averiguação constitui a prova da vida extra-uterina. Várias são, por consequência, as modalidades da prova de vida autônoma, denominadas *docimasias* (do grego *dokimzo*, exame). Dividem-se elas em dois grupos principais: *docimasias respiratórias* e *docimasias não respiratórias*. As primeiras, por sua vez, distinguem-se em *diretas* e *indiretas*. As *docimasias respiratórias* diretas versam sobre a demonstração da penetração ativa do ar nos pulmões ou outras cavidades do organismo (em comunicação com o exterior), conseqüente aos atos respiratórios, ou das modificações, quer volumétricas, quer de peso ou histológicas, que esses atos diretamente provocam nos órgãos em que o ar penetra ou nos que lhes são intimamente conexos. As provas respiratórias indiretas assentam na demonstração de novas atividades do feto, dependentes e derivadas do início da respiração, ou de novas relações que, em seguida à respiração, se estabelecem nos vários órgãos do feto. Finalmente, as *docimasias não respiratórias* comprovam o aparecimento de outras atividades fetais, não ligadas, direta ou indiretamente, com o início da respiração.

A mais simples e menos aleatória das *docimasias respiratórias* é a *pulmonar-hidrostatica*, também chamada *galênica*, pois foi GALENO o primeiro a constatar o fenômeno em que se baseia esse método de prova (*substantia pulmonorum per respirationem ex rubra, gravi et densa, in albam, levem et raram transfertur*). Consiste em colocar os pulmões (isolados ou unidos entre si e aos outros dois órgãos intratorácicos: coração e timo), extraídos ao pequeno cadáver, num recipiente contendo água à temperatura de 15º-20º C: se flutuam, é prova de que houve respiração, isto é, a flutuação

demonstra que os pulmões contêm ar, e o ar supõe que a respiração havia começado. Funda-se esta prova na diferença de peso específico que apresentam os pulmões distendidos pelo ar, em cotejo com os pulmões que não respiraram. Tal diferença faz com que o pulmão que respirou, quando colocado na água, fique flutuando. A docimasia pulmonar hidrostática não é, porém, uma prova absoluta, pois os pulmões podem flutuar por causas outras que não o ar respirado. É preciso o máximo cuidado para evitar equívocos. Adverte SOUSA LIMA: “O caso em que os pulmões flutuam franca-mente na água significa, regra geral, que eles pertencem a um feto que respirou amplamente e, portanto, viveu depois do nascimento; com a condição, porém, de se afastarem as causas de erro representadas pelas circunstâncias que, independentes da respiração, podem imprimir aos pulmões uma densidade menor que os faça sobrenadar: ou seja pelo próprio ar neles introduzido por outro mecanismo, ou seja por gases desenvolvidos pela putrefação, ou seja por embebição de um líquido estranho mais leve do que a água, ou seja finalmente por congelação desta.”

Quando o ensaio pulmonar hidrostático dá resultado negativo ou dúvida, costuma-se tentar a *docimasia gastrointestinal* ou de BRESLAU: colocam-se o estômago e o intestino, previamente ligados, no recipiente com água, e se sobrenadam deve-se concluir, do mesmo modo, que a criança respirou, pois que, com a respiração, é insensivelmente deglutida certa porção de ar que, entrando naqueles órgãos, os torna mais leves do que a água.

Outras muitas docimasias respiratórias podem ser experimentadas: a *radiológica*, a *métrica*, a *plêurica*, a *diafragmática*, a *óptica* de BOUCHUT, a *traqueal*, a *ótica* de ICARD, a *química* de BALTHAZARD, a *química* ou *de potassa* de ICARD, a *histológica*, a *ponderal* ou *gravativa* de PLOUCQUET, a *do volume de água deslocado* de BERNT, a *hematopulmonar* de ZALESKI, a *pneumo-hepática* de PUCCINOTTI, a *auricular* de GELLÉ, etc. A *radiológica* funda-se na diferença de permea-

bilidade dos pulmões aos raios X, segundo tenham ou não respirado. A *métrica* refere-se à forma e dimensões do tórax, que é mais arqueado e apresenta um aumento de diâmetro na criança que respirou, em cotejo com a do feto que não respirou. A *plêurica* assenta no fato fisiológico de que, nos fetos que respiraram, há na cavidade plêurica uma pressão negativa que não se observa nos fetos que não respiraram. A *diafragmática* funda-se sobre a diferença de nível a que atinge o diafragma, conforme tenha o feto respirado ou não. A prova *óptica* (exame dos pulmões a olho nu ou com o auxílio de uma lente) funda-se sobre as mudanças microscopicamente observáveis nos pulmões do recém-nascido que respirou, em comparação com os pulmões fetais. A prova *traqueal* (ou de MARTIN) consiste em ligar à traquéia, aberta com um corte transversal, um manômetro muito sensível, e, em seguida, fazer pressão sobre os pulmões: a oscilação do líquido do manômetro é ampla ou nula, conforme os pulmões tenham ar ou gás de putrefação. A prova *química* resulta da análise química dos gases contidos no pulmão. A *histológica* baseia-se no fato de que os pulmões que respiraram apresentam quase sempre, ao microscópio, mesmo no caso de decomposição gasosa adiantada, o aspecto bem conhecido de espaços alveolares uniformemente cheios de ar, — o que não acontece com os pulmões fetais. A prova *ponderal* é apoiada na diferença do peso relativo dos pulmões para o do corpo do feto antes e depois da respiração. Com a prova do “volume de água deslocado” (modificação da prova de *densidade* de DANIEL), pretende-se que seja possível, imergindo os pulmões e o coração num vaso de vidro de forma especial e cheio de água, verificar-se, pelo grau de deslocamento do líquido, se o feto tinha ou não respirado. O ensaio *hematopulmonar* funda-se na possibilidade de determinar-se pelo valor do conteúdo hemático dos pulmões se houve ou não respiração. Segundo a prova *pneumo-hepática*, a respiração pode ser constatada pela relação existente entre o peso dos pulmões e o do fígado, a qual é diferente, segundo tenha ou não o feto respirado. A docima-

sia *auricular* é fundada na observação de que a cavidade da orelha média do feto que não respirou contém uma massa gelatinosa, resíduo do tecido mucoso fetal, que, geralmente, quando se produzem os atos respiratórios, é eliminado.

Entre as docimias *não respiratórias*, podem ser citadas a *alimentar* (pesquisa microscópica, macroscópica, ou química de traços de alimentos ou outras substâncias absorvidas pelo neonato), a *salivária* (pesquisa de saliva no estômago do feto), a *renal* (averiguação de infartos úricos nos rins do feto), a *bacteriológica* (constatação do *bacterium coli* no tubo gastroentérico), a *vascular* (pesquisa de mudanças anatómicas no coração e sistema artério-venoso do neonato), a do *nervo óptico* (fundada na mielinização das fibras nervosas do nervo óptico), a *bulbar* (exame histológico do desenvolvimento e caracteres dos centros respiratórios bulbares), a *umbilical* (exame das alterações que sofre o coto do cordão umbilical até o momento de sua queda).

54. Prova do início do parto com feto vivo. Mais difícil é a prova da vida biológica, no início do parto. O indício mais acreditado é, atualmente, a constatação da *bossa sero-sanguínea* (*caput succedaneum*, *tumor do parto*, dos autores italianos). Trata-se de uma bossa de consistência mole, pastosa, bastante definida em relação às partes adjacentes, notadamente pelo carregado da sua cor vermelha. Apresenta, de regra, o tamanho de uma noz, mas nem sempre é visível à simples inspeção externa. Resulta ela do desequilíbrio de pressão entre a parte do corpo fetal, ainda contida no útero e premida pelas contrações uterinas, e a parte que se mostra no orifício uterino. A existência dessa bossa não apenas demonstra que o parto já se iniciara, como também indica a reação vital do feto, isto é, pode deduzir-se de sua presença (ou seus vestígios) que o feto estava ainda vivo no início da expulsão.

É claro que a *prova testemunhal*, eventualmente existente, é sempre subsidiária ou mesmo supletiva da perícia médica.

55. O elemento cronológico na configuração penal do infanticídio. A ocisão do *infans*, para que constitua infanticídio, deve ter sido praticada “durante o parto ou logo após”. O parto, a que se refere o texto legal, é o que começa com o *período de expulsão*, ou, mais precisamente, com o rompimento da membrana amniótica. Antes desse período, como já foi acentuado, a ocisão do feto constitui *abôrto*. Só há infanticídio quando o feto pode ser atingido sem destruição de qualquer *formação* a interpor-se entre ele e o ambiente extra-uterino. Pode-se definir o parto, segundo a lição de JASCK e PANKOW: “é o processo pelo qual o feto, com os anexos, é separado do organismo materno e entra no mundo externo”. Termina o parto com a expulsão da placenta e o corte do cordão umbilical. A expressão “logo após o parto” não deve ser entendida isoladamente, mas subordinada à frase anterior do art. 123 — “sob a influência do estado puerperal”.¹⁷⁵ Não lhe pode ser dada uma interpretação judaica, mas suficientemente ampla, de modo a abranger o variável período do choque puerperal. Referindo-se à locução do Código italiano — “*immediatamente dopo il parto*” — pondera justamente CARRARA (Mário) que ela “*è da interpretarsi piuttosto secondo lo spirito che non secondo la lettera: con il suo valore e significato psicologico piuttosto che non con quello angustamente cronologico, in relazione con la possibilità, la qual può essere assodata eventualmente per altre vie, che*

¹⁷⁵ Em caso de infanticídio, o quesito proposto ao júri deve referir-se, englobadamente, aos dois elementos — “influência do estado puerperal” e a flagrância ou quase-flagrância do parto; pois, separando-os, ensejar-se-ia ao júri a negação de qualquer deles e o crime passaria a ser o de *homicídio*, isto é, um crime mais grave do que aquêlo pelo qual foi o réu pronunciado.

permanga quello stato emotivo che valga a spiegare la determinazione al reato”.

O direito romano tinha um critério prático para identificar o parto recente: *sanguinolenti sunt recens nati*. E ainda hoje se indicam, para identificação da *quase-flagrância* do parto, critérios dessa natureza: não só a poluição do feto pelo sangue, como pelo líquido amniótico e o mecônio; presença da *vernix caseosa*, da bossa do parto, do estado do funículo umbilical. O que se faz essencial, porém, do ponto de vista jurídico-penal, é que a parturiente ainda não tenha entrado na fase de *bonança* e quietação, isto é, no período em que já se afirma, predominante e exclusivista, o instinto maternal. Trata-se de uma circunstância de fato a ser averiguada pelos peritos-médicos e mediante prova indireta.

56. Casos dúbios. Hipóteses interessantes podem ser formuladas a propósito da ocisão de feto já expulso do útero materno. **IMPALLOMENI** figura o seguinte caso: um feto imaturo vivo, mas *absolutamente* inviável por sua própria imaturidade, é expulso *espontaneamente* e, em seguida, sua morte inevitável é abreviada por ato violento da mãe. Não se trata de *infanticídio*, pois o sujeito passivo deste não é jamais o feto abortado, cuja excepcional sobrevivência não pode ser equiparada à vida extra-uterina. Também não se trata de aborto, pois a expulsão do feto se deu espontaneamente. A solução, portanto, não poderá ser outra senão a de excluir, no caso, qualquer crime. Na hipótese de ter sido provocada a expulsão, o fato constituiria crime de aborto. Suponha-se, agora, que se provoque um parto precoce, e o feto expulso, com maturidade suficiente para continuar a viver venha a morrer por manobras outras que não as empregadas para antecipar o parto. Já aqui se identifica o *infanticídio*: houve a ocisão de um feto com vida extra-uterina. A mesma solução deve ser dada no caso em que, não obstante a precocidade do parto, a expulsão tenha sido natural.

57. Infanticídio e culpa. O infanticídio não admite forma culposa: só é punível a título de dolo. Se o feto nascente ou o neonato vem a morrer por imprudência ou negligência da mãe, responderá esta por *homicídio culposo*.

58. Infanticídio e concurso de agentes. Comentando o art. 116 do Código suíço, em que se inspirou o art. 123 do nosso, *Logoz* (ob. cit., pág. 26) e *Haftner* (ob. cit., pág. 22), repetindo o entendimento de *Gautier*, quando da revisão do Projeto *Stoos*, acentuam que um *terceiro* não pode ser co-partícipe que um infanticídio, desde que o *privilegium* concedido em razão da "influência do estado puerperal" é incomunicável. Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a incomunicabilidade das *qualidades* e *circunstâncias pessoais*, seguindo o Código hevéltico (art. 26), é irrestrita ("Les relations, qualités et circonstances personnelles spéciales dont l'effet est d'augmenter, de diminuer ou d'exclure la peine, n'auront cet effet qu'à l'égard de l'auteur, instigateur ou complice qu'elles concernent"), ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) é feita uma ressalva: "Salvo quando elementares do crime." Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio. *

* Vide no Apêndice artigo sobre o assunto.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena — detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

Parág. único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II — se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

DIREITO COMPARADO — Códigos: italiano, arts. 545 a 551 e 555; francês, art. 317 (modificado pela lei de 27-3-1923); alemão, §§ 218 e 219 (modificados pela lei de 18-5-1926); espanhol, arts. 411 a 417; suíço, arts. 118 a 120; austríaco, §§ 144 a 148; polonês, arts. 231 a 234; dinamarquês, art. 242; húngaro, §§ 285 e 286; turco, arts. 192 e 193; argentino, arts. 85 a 87; peruano, arts. 159 e 164; uruguaio, arts. 325 a 328 (modificados por lei posterior, de 1936); português, art. 358; norueguês, § 245; holandês, arts. 295 a 298; colombiano, arts. 386 a 389; boliviano, arts. 516 e 517; chileno, arts. 342 a 345; mexicano, arts. 329 a 334; Inglaterra, *Criminal Law Consolidation Act*; paraguaio, arts. 349 a 354; venezuelano, arts. 432 a 436; cubano, arts. 439 a 443.

BIBLIOGRAFIA — RAITER, *Avortement criminel e dépopulation*, 1925; OETKER, *Die legislative Behandlung der Abtreibung* (O tratamento legal do aborto), in *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, vol. 21, 1914; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 1929; CUELLO CALÓN, *Cuestiones penales relativas al aborto*, 1931, e *El nuevo Código Penal Argentino*, 1928; GARCÍA PINTOS, *El respeto a la Vida*, 1935; NAPOLITANO, *L'aborto nella legge penale sovietica*, in *Scuola Positiva*, fasc. 1-2 de 1934, e *La politica criminale sovietica*, 1936; A. GIDE, *Retour de l'U. R. S. S.*, 1936; CIAMPOLINI, *Sessualità e Medicina Legale*, 1936; IRURETA GOYENA, *Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños*, 1932; HAFTER, lit. cit.; THORMANN e OVERBECK, lit. cit.; MANZINI, *Trattato*, vol. VII, 1936; M. CARRARA, lit. cit.; LEONCINI, in *Trattato di Medicina Legale* de BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, 1924; VON SÄXINGER, *Aborto procurato*, trad. de FILOMUSI GUELFY, in *Trattato di Medicina Legale* de MASCHKA, 1896; STOPPATO, *Infanticidio e procurato aborto*, 1887; CIVOLI, lit. cit.; O. RUBINO, *Mis cuadernos de medicina forense*, 1942; CRIVELLARI, *Codice Penale*, vol. 7, 1896; EUSÉBIO GÓMEZ, lit. cit.; SALTELLI-DI FALCO, ob. cit., vol. II, parte 2.^a, 1931; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, § 127; DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, 1936; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona, delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, 1934; ALIMENA (B.), *L'aborto*, in *Enciclopedia* de PESSINA, vol. 9; *Diritto Penale*, vol. II, 1912, e *Sulla violenza carnale e il diritto di aborto*, in *Scuola Positiva*, 1915, vol. 25, págs. 673 e segs.; NERIO ROJAS, lit. cit.; CARRARA, *Programma*, parte e., vol. I, §§ 1.249 e segs.; RUSSELL, *On crimes and misdemeanors*, I, 1926; LONGHI, *Le donne violentate in guerra e lo stato di necessità*, in *Scuola Positiva*, 1915, vol. 25, págs. 481 e segs.; EBERMEYER, *Abtreiung (Aborto)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1927; HOFFMANN-HABERDA, *Lehrbuch der gericht-*

tlichen Medizin, 1919; CALOGERO, *Del procurato aborto*, in *Trattato de COGLIOLO*, vol. 2, parte 2.^a; LONGO, ob. cit., vol. II; HOFFSTÄDT, *Der kriminelle Abort*, in *Zeitschrift f. die gesammte Strafrechtswissenschaft*, vol. 42; GARRAUD (René e Paul), *Traité*, 1935; PECO, *El aborto en el Código Penal*, in *Revista Penal argentina*, 6.^o, 1920, pág. 183; GARÇON, *Code Pénal annoté*, 1906; KLEINSCHMIDT, *Abtreibung*, in *Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER; BROUARDEL, *L'avortement*, 1901; FERRI, *L'Omicidio*, 1925; HOFFMANN e FERRAI, *Trattato di Medicina Legale*, 1914; BENVENUTO, *I delitti di aborto nel nuovo Codice penale*, 1931; CLEMENT, *Le droit de l'enfant à naître*, 1931; GAUTIER, lit. cit.; FULCI, *L'intenzione nei singoli reati*, 1927; MOMMSEN, lit. cit.; FALCHI, lit. cit.; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de medicina legal*, 1910; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, vol. II, 1916; LEONÍDIO RIBEIRO, lit. cit.; FÁVERO, lit. cit.; ALMEIDA JÚNIOR, *Lições de Medicina Legal*, 1948; VISCO (Antônio), *L'aborto criminoso*, 1941; CABANELLAS, *El aborto*, 1945.

COMENTARIO

59. **Histórico.** A prática do aborto é de todos os tempos, mas nem sempre foi objeto de incriminação: ficava, de regra, impune, quando não acarretasse dano à saúde ou a morte da gestante. Entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez. Até então só era punido o aborto ocasionado, ainda que involuntariamente, mediante violência. Lê-se na Bíblia (*Êxodo*, cap. 21, vers. 22), segundo a versão da *Vulgata*: "*Si rixati fuerint duo viri, et percusserint mulierem praegnantem, et abortivum quidem fecerint, st ipsa vixerit, subiacebit damno quantum maritus mulieris expectierit et arbitri judicaverint. Sin autem mors ejus fuerit subsecuta, reddet animam pro anima.*" ("Se dois homens "pelejarem, e ferirem uma mulher grávida, vindo esta a "abortar, sem que haja morte, serão multados conforme ao "que reclamar o marido e o determinarem os juizes. Se "seguir a morte da mulher, então darás vida por vida.")

Na Grécia, era corrente a provocação do aborto. LICURGO e SÓLON a proibiram, e HIPÓCRATES, no seu famoso juramento, declarava: "a nenhuma mulher darei substância abortiva";

mas ARISTÓTELES e PLATÃO foram predecessores de MALTHUS: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos. E o uso do aborto difundiu-se por todas as camadas sociais. AETIUS transmitiu-nos a profusa lista das substâncias abortivas e anticoncepcionais indicadas por ASPÁSIA, a célebre companheira e inspiradora de PÉRICLES.

Em Roma, não cuidavam do aborto as XII Tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estóica que *partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *jus in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo. Ovídio registrou o fato:

*"Nunc uterum vitiat quae vult formosa videri
Raraque in hoc aevo est quae velit esse parens."* 176

Até mesmo entre as classes mais elevadas, não era repelida a *procuratio abortus*, ao que se depreende de uma referência que JUVENAL faz a JÚLIA, filha de TITO e sobrinha de Deocleciano, de quem era concubina:

*"Quum tot abortivis fecundam Julia vulvam
Solveret, et patruo similes et effunderet offas."* 177

176 "Atualmente, esvazia o útero a mulher que quer parecer bela, e rara, em nossa época, é aquela que deseja ser mãe." Também JUVENAL (*Sátira*, VI, v. 593) censurava o difundido hábito:

*"Sed jacet aurato vix nulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,
Quae steriles facit atque homines in ventre necandos
Conducit."*

177 "Quando de seus flancos arruinados por tantos abortos Júlia expulsava fetos, que, pela semelhança, depunham contra seu tio."

Posteriormente, entretanto, a *abactio partus* foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole. Ao tempo de Septímio Severo, passou o aborto, em geral, a ser castigado com pena extraordinária, invocando-se para isso a lei contra o *veneficium*. Em reação à licença do passado, eram aplicadas penas gravíssimas. Distinguiam-se duas hipóteses, segundo fosse o culpado um terceiro ou a própria gestante, com ou sem auxílio de outrem. No primeiro caso, a pena era, para os *humiliores*, a *damnatio in metallum*, e, para os *honestiores*, a *relegatio* e a *confiscatio*; no segundo caso, impunha-se o exílio temporário. Eis os textos do Digesto: "*Divus Severus et Antoninus rescripserunt, eam quae data abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse*" (47. XI. 4); "*Qui abortionis aut amatoriam poculum dant, etsi dolo non faciant: tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum adficiuntur*" (48. 19. 38. 5); "*Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigerit, constiterit: eam in exilium praeses provinciae exiget*" (48. VIII. 8). Se intervinha fim de lucro, era aplicada a pena capital: "*Cícero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quaedam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatum.*" E Cícero acrescentava que não era isso uma injustiça, pois que essa mulher "tinha destruído a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família e um cidadão destinado ao Estado".

Foi, porém, com o cristianismo que se consolidou a re-provação social do aborto. Sob seu influxo, os imperadores ADRIANO, CONSTANTINO e TEODÓSIO reformaram o antigo direito e assimilaram o aborto criminoso ao homicídio, sendo-lhe cominada até mesmo a pena do *culeus*.

No começo da Idade Média, os teólogos disputaram em torno da incriminação do aborto. SANTO AGOSTINHO, com fundamento na doutrina de ARISTÓTELES, dizia que o aborto

só era crime quando o feto já tivesse recebido alma, o que se julgava ocorrer 40 ou 80 dias após a concepção, segundo se tratasse de varão ou de mulher. São BASÍLIO, porém, firmando-se na versão da *Vulgata*, não admitia distinção alguma: o aborto provocado era sempre criminoso. Os *Penitenciais*, em geral, consideravam a expulsão do *corpus formatum* como homicídio, mas tratavam com menos severidade o aborto do *corpus informatum*. Nos cânones de SÃO GREGÓRIO, dizia-se: "*Mulier, quae concepit et occidit filium suum in utero ante XL dies, unum annum poeniteat; si post XL dies occidit, quasi homicida debet poenitere; moriatur si nece hominis sine baptismo, III annos poeniteat.*" No tempo de ZACCHIA, era ainda este o critério de solução: "Qualquer que seja a fase da gravidez, aquele que matou o feto é culpado; se matou um feto inanimado, deve ser punido com pena extraordinária; se, ao contrário, o feto era animado, o réu merece o extremo suplício." Para o direito canônico, o que importava era a perda da alma do nascituro, que morria sem batismo. Eram, porém, reconhecidos certos motivos para o abrandamento e mesmo exclusão da pena. Assim, dizia-se que "*multum distat utrum paupercula pro difficultate nutriendi aut fornicaria pro sui sceleris celandi causa fuerit*". A *causa honoris*, no caso de mulher violentada, era discriminante do aborto, quando ainda inanimado o feto: "*Si honesta puella invicta ab adolescente adultero corrupta fuisset, ante animationem foetus potest illum excutere, ut multi volunt, ne honorem suum amittat.*"

A *Lex romana Wisigothorum* assim dispunha: "*Se formatum infantem estinxerit CCL solidos reddat, si vero informem centum solidos pro facto restituat.*" A Carolina cominava a morte pela espada a quem fizesse abortar alguma mulher e ordenava a morte por afogamento da mulher que em si mesma provocasse aborto.¹⁷⁸ Em alguns estatutos,

¹⁷⁸ "Quem, por meio de violência, ou ministrando substâncias ou beberagens, provocar uma mulher a abortar um feto vivo, se

determinava-se que fosse queimada viva a mulher quando *"praegnans, ut abortirit, sanguinem traxit, flebotomiam fecerit, vel aliquod poculum receperit"*.

Os juristas práticos repetiam, sem discrepância, os ensinamentos da Igreja. Já ao tempo de LEYSER e MENOCCHIUS, porém, não mais se distinguia entre *foetus animatus* e *foetus inanimatus*. Ensinava MENOCCHIUS: *"Ergo, inspecta juris nostri definitione, dicendum opinor poenam extraordinariam regulariter esse judicendam illi, qui abortionis causam dedit, nulla distinctione adhibita, an foetus esset vel non esset animatus."*

60. O aborto no direito positivo moderno. Na época atual generalizou-se, entre todos os povos civilizados, a incriminação do aborto provocado, seja qual for a fase da gestação, não tendo passado de efêmera e deplorável experiência, em alguns países, a legislação permissiva de tal prática. O Código soviético de 1926, art. 140, preceituava: "O aborto provocado, com o assentimento da mãe, por parte de pessoas que não têm a necessária habilitação médica, ou que, ainda quando habilitadas, provoquem o aborto em condições anti-sanitárias: privação da liberdade ou trabalhos correcionais até um ano, ou multa até cinquenta rublos. As mesmas ações, praticadas nos termos da primeira parte deste artigo, sob forma de profissão, ou sem o consentimento da mãe, ou que tenham por consequência a morte desta: privação da liberdade até cinco anos." Ficara, assim, *a contrario sensu*, reconhecido como ato lícito o aborto da consentiente, desde que praticado por pessoa habilitada e em condições higiênicas. O objeto da tutela deixava de ser

"tal crime foi praticado dolosa e perseverantemente, será decapitado como homicida; e a mulher que em si mesma provocar aborto, seja afogada, ou de outro modo punida com a morte. Se, porém, a criança cujo aborto foi provocado ainda não era viva, consulte-se o parecer dos entendidos em direito."

o feto, para ser a *saúde* da gestante. Em 1936, porém, segundo informa ANDRÉ GIDE, no seu *Retour de l'U. R. S. S.*, foi modificado o Código, abolindo-se, por uma lei que "*répond à très déplorables abus*", a *liberdade do aborto consentido*.

Também o Código uruguaio, de 1933, refletindo o doutrinário do seu autor intelectual (IRURETA GOYENA), limitava-se, no seu art. 325, a incriminar o aborto não consentido pela gestante. Tal foi o clamor suscitado por esse critério de solução, que não tardou uma lei (1936) derogatória do Código, voltando a ser incriminado não só o fato da mulher "*que causare su aborto e le consentiere*", como o fato de quem "*colabore en el aborto de una mujer con su consentimiento, por actos de participación principal o secundaria*".¹⁷⁹

¹⁷⁹ Antes mesmo da modificação do Código, o governo uruguaio baixara o seguinte decreto (15-1-35): "*Considerando que si bien el Código Penal vigente exime de pena a los autores de la interrupción consentida del embarazo, esta debe ser considerada de acuerdo con la opinión del autor del Código "como uno de los actos más repulsivos y contra-natura a que puede descender el hombre"; considerando que la interrupción voluntaria del embarazo por razones que no condicionan un riesgo de salud o de vida, constituye, como lo ha demostrado la experiencia en los países en los que ella se ha legalizado, un factor perjudicial para la integridad orgánica y funcional de la mujer; considerando que los progresos de la Medicina y en particular de la Obstetricia han reducido extraordinariamente el campo de las indicaciones de orden médico para la interrupción del embarazo, hasta el punto de ser considerada excepcional cuando interviene un tratamiento precoz, oportuno y racional; considerando que las indicaciones de orden eugénico-profiláctico para la interrupción del embarazo no están aún perfectamente fundadas y establecidas; considerando que las indicaciones de orden económico-social pueden y deben ser sustituidas por medidas de previsión y asistencia sociales, exigidas por una constitución racional y justiciera de la sociedad; considerando que la naturaleza y la índole de los Establecimientos dependientes del Ministerio de Salud Pública contradicen toda intervención que no tenga por finalidad la conservación de la Vida y de la Salud; considerando que la ausencia de una sanción penal no debe ser confundida con una tácita autorización para realizar actos que la Moral, las leyes biológicas y un concepto integral de la Vida*

61. A pretendida legitimidade do aborto. Foi o médico francês KLOTZ-FOREST quem, modernamente, iniciou a campanha contra a incriminação do aborto, procurando reabilitar o princípio romanístico de que a mulher tem o direito de dispor livremente do seu próprio corpo e, portanto, de recusar a maternidade, sendo que o feto, no período da gestação, é uma simples parte das entranhas maternas. O *feminismo* exasperado, que, nos princípios deste século, assumiu as proporções de um fenómeno de patologia social, aproveitou-se desse argumento, para formular o seu programa de *maternidade consciente*. Dizia NELLY ROUSSEL: "Nós, as mulheres emancipadas de preconceitos ancestrais, recusamos a ver no amor uma mácula e no sofrimento uma necessidade... Pretendemos dispor livremente de nossos flancos, que somente a nós pertencem, e não ser mães segundo o

demuestran contrarios a los intereses del individuo y de la sociedad; considerando que la Ciencia médica posee los medios de evitar la solución errónea que constituye para muchos problemas extra-médicos la interrupción del embarazo — El Presidente de la República resuelve:

Art. 1.º — Queda absolutamente prohibido en todos los establecimientos dependientes del Ministerio de Salud Pública la interrupción del embarazo por razones ajenas a la protección de la vida y de la salud de las mujeres que en ellos se asistan. Cuando esta circunstancia se presente los jefes de Servicios deberán dar cuenta por nota al Director del establecimiento fundamentando las razones que tengan o hayan tenido para practicar la interrupción del embarazo. Los jefes de Servicios serán personalmente responsables de las infracciones que pueda cometer el personal a sus órdenes contra el presente decreto, salvo el caso que de inmediato hayan dado conocimiento del caso a la Directoría de los establecimientos y pueden demostrar que no ha habido negligencia o falta de autoridad sobre su personal... Art. 2.º — De acuerdo con el decreto de fecha de Abril 4 de 1940 que reglamenta la profesión de partera, quédales a estas profesionales absolutamente prohibidas las maniobras que conduzcan directamente o indirectamente a la interrupción del embarazo. En tal caso incurrirán en ejercicio ilegal de Medicina, con todas las consecuencias administrativas y legales de ese hecho."

"nosso alvedrio, escolhido por nós o momento oportuno. sem "que nenhuma consideração, religiosa ou patriótica, possa "influir sobre nossa decisão, sem que ninguém se ponha a "examinar as razões que nos façam temer ou desejar a con- "cepção." Os neomalthusianos fizeram coro pela licença do aborto, em nome de uma teoria comprovadamente falsa.¹⁸⁰ Foi, assim, postulado o direito ao aborto livre, mas com evidente improcedência de fundamento. O pretendido *jus in se ipsum* não passa de um contra-senso jurídico, pois o direito

¹⁸⁰ Já foi desmentido o postulado de MALTHUS relativo ao desequilíbrio entre o incremento da população e o dos meios de subsistência. Referindo-se aos excogitados sistemas para a retificação do imaginário desequilíbrio, disserta LORIA (*Economia Política*, 1927): "Con questi sistemi essi intendono per vero a ristabilire il bilancio fra le sussistenze e la popolazione; como se questo non fosse già ristabilito e non fosse anzi addirittura alterato a vantaggio delle sussistenze! Altri... predicano nuovi processi de arte amandi, e raccomandano calorosamente la rarefazione della prole, senza imporre il moral restraint di MALTHUS, facendo insomma il matrimonio degenerare in una prostituzione monogamica. È con vivo dolore che registriamo la adesione a queste frenesi del neo malthusianismo di un economista dotto e profondo come il PIERSON, che, nel suo Trattato di Economia Politica, sembra raccomandare l'adozione di queste pratiche prudenziali. Non è necessario dire che questi sistemi sono da condannarsi irremissibilmente, perchè, oltre ad esser contrari alle leggi di natura, sono inutili al loro scopo, dal momento che l'equilibrio, che essi si propongono di raggiungere fra i viveri e le sussistenze, decimando le nascite, è ora pienamente assicurato. Altro è il rimedio da adottare contro il tremendo flagello della popolazione senza pane. È questo un fenomeno capitalista e non si può combattere se non con metodi, che all'organizzazione capitalista si referiscano. Stimoliamo l'accumulazione produttiva, acresciamo la massa di ricchezza investita nelle imprese industriali, aumentiamo la domanda di lavoro, spalanchiamo il granaio del mondo, e la popolazione eccessiva sul capitale spontaneamente, automaticamente scomparirà. Como già l'aumento delle mercedi, elevando il tenore di vita delle classi lavoratrici, ha scemato il coefficiente di natalità e con ciò eliminato l'eccesso della popolazione sulle sussistenze, così l'aumento degli impieghi produttivi provocherà l'equilibrio fra la popolazione sul capitale."

é *proportio hominis ad hominem*. Não é exato que a lei escrita o reconheça. Não há inferir esse reconhecimento do fato de que não incide em sanção alguma o indivíduo que voluntariamente se priva, por exemplo, de um braço ou de uma perna, decepando-os. O que se passa é simplesmente o seguinte: a lei não pode estar cuidando de fatos inteiramente anômalos, ou só imagináveis da parte de loucos rematados; mas, a admitir-se que a automutilação viesse a tornar-se freqüente, é fora de dúvida que o direito positivo imediatamente interferiria, para incriminá-la (como, aliás, já o faz, relativamente aos conscritos militares, que procuram inutilizar-se para o serviço das armas). Dizer-se, além disso, que o feto é simples *portio viscerum matris* não representa a verdade, quer do ponto de vista biológico, quer sob o prisma jurídico; mas, a negar-se qualquer autonomia ao produto da concepção, ter-se-ia de reconhecer que ele não é apenas *pars mulieris*, senão também *pars patris*, isto é, também um depósito da vida paterna. O direito ao aborto livre, por parte da mãe, colidiria com o inegável direito à prole por parte do pai, como, aliás, já reconhecia o direito romano.

IRURETA GOYENA, em defesa da licitude do aborto, assim argumenta: “O interesse geral e a legitimidade do aborto “são princípios inconciliáveis; mas, como o interesse geral “é uma forma flutuante e imprecisa (!?), deve o jurista “indagar, não se um ato ataca o interesse geral, mas se “ofende a justiça, e resulta evidente que o aborto, quando “é a própria mãe que o pratica em si mesma ou permite “que o pratique um terceiro, não ofende direito algum, por- “que o direito reside na mãe.” E prossegue o insigne penalista uruguaio, apegando-se a um obsoleto critério dos jurisconsultos romanos: “Se a mãe tem o direito de destruir a “própria existência ou o conjunto de seus órgãos, por que “não há de ter o direito de eliminar o feto, que é só uma “das vísceras componentes do organismo? Uma mãe pode “privar-se de um braço. Como não pode perfurar as mem- “branas que limitam o processo da concepção? Antes do par-

“to, existirá talvez a vida, mas não existe a personalidade; “e o direito é sempre o atributo de uma pessoa. Para ser su- “jeito de direito, não basta existir em sentido fisiológico: é “necessário viver em sentido jurídico, isto é, ter direitos, e “para isto se requer a vida de relação.” Incisiva é a resposta “de GARCÍA PINTOS, cujo livro *El respeto a la vida*, notável pelo seu vigor dialético, teria sido o *golpe de misericórdia* na licença para o aborto, tão infelizmente adotada, de início, pelo Código uruguaio. “Se a mãe” — redargui ele — “não “dispusesse senão de seu corpo, poder-se-ia dizer que o “di- “reito reside na mãe”; mas, no aborto, a mãe dispõe do seu “corpo e do corpo do filho. Só por um sofisma poderia dizer- “-se que um continente absorve os direitos do conteúdo. O “fato de que o filho esteja “materialmente” contido no corpo “da mãe não implica que esta possa absorvê-lo também “juri- “dicamente”. Não pode admitir-se que o binômio biológico “mãe-filho deva ser considerado como uma só pessoa, desde “que a lei e a biologia os distinguem perfeitamente, atribuín- “do-lhes direitos e funções separados e até mesmo antagô- “nicos. Ao feto são atribuídos direitos pela lei civil.”¹⁸¹ É um *subjectum juris*, podendo dizer-se que tem caráter de pessoa. Afirmar-se que a personalidade está irrestritamente subordi- nada à vida de relação importaria, logicamente, admitir-se que o recém-nascido que continua dormindo e o adulto que se acha em estado de coma não têm ou perdem a personali- dade. E ainda discorre GARCÍA PINTOS, evidenciando o velho erro de considerar-se o feto uma simples *pars ventris*: “O “feto concebido tem todos os atributos da pessoa humana, “pois é uma perfeita individualidade. Não é uma parte de “coisa alguma, mas um todo completo; não é um órgão, mas “um organismo. Para ser parte de um organismo, é preciso “concorrer para sua constituição em sentido anatômico, fi-

¹⁸¹ Tem vigência multissecular o princípio de que *nasciturus pro jam natus habetur quoties de commodis ejus agitur*.

“stológico e biológico. E esta conexão não pode existir, se
“ não existe anastomose e continuidade vascular e nervosa.
“ Ora, do organismo materno não vai até o feto, nem *vice*
“ *versa*, um só capilar sanguíneo, nem um só filete nervoso.
“ O que constitui a identidade de um organismo, além de sua
“ limitação somática, é a comunidade e a especificidade do
“ seu meio interior, que, como é sabido, consiste nos humores
“ intercelulares e no líquido sanguíneo. Por isto, um parasita
“ não pode “formar parte” do organismo parasitado. O meio
“ interior materno jamais *continua* com o fetal: são dois
“ meios absolutamente individuais e mesmo antagônicos. A
“ vida da mãe não se diferencia da do filho senão pela cir-
“ cunstância da respiração, que, na primeira, é aérea, en-
“ quanto, no segundo, é branquial. A vida se define por fun-
“ ções, e nem uma só das que existem no filho nascido falta
“ no ser encerrado no claustro materno. O filho, desde sua
“ origem, é um ser independente do organismo da mãe. O
“ óvulo pronto a ser fecundado desprende-se da mãe e é já
“ uma célula totalmente independente dela, posto que está
“ fora do seu meio interior e em caminho de um conduto ex-
“ cretor, para ser eliminado para o mundo externo, se um
“ espermatozóide, também outra célula livre, não lhe vem
“ salvar a vida, colocando-o em condições de realizar seu *de-*
“ *venir*. Há, porém, um fato muito mais importante que a
“ separação do meio interior materno e que assinala a total
“ independência e individualidade do óvulo ou gameta femi-
“ nino. É sabido que o que caracteriza a individualidade espe-
“ cífica biológica de um ser é o número de cromossomos ou
“ corpúsculos cromáticos das células, invariavelmente fixo
“ em todas as células de um organismo e em todos os orga-
“ nismos da mesma espécie. E esta lei biológica se cumpre
“ com a mesma fatal necessidade com que se cumprem as leis
“ que regem a marcha silenciosa dos astros. Pois bem: o
“ gameta feminino, ao amadurecer e ao deixar o meio interior
“ materno, deixa de pertencer ao mesmo grupo, à mesma
“ família de células que compõem o corpo materno, pois perde

“exatamente a metade de seus elementos cromáticos, para
“recompor a especificidade do ser humano, ao fundir-se com
“o gameta masculino ou espermatozóide, que também perdeu
“a especificidade das células paternas, ao despojar-se da
“metade dos seus elementos cromáticos. Sem esta diferen-
“ciação dos gametas, jamais poderia nascer um ser huma-
“no... Desde então as duas células formam um só ser
“independente, e com a mesma milagrosa potência vital com
“que um minúsculo grão de trigo encontrado numa tumba
“faraônica foi capaz de germinar, depois de um sono milená-
“rio, também a mórula germinativa encerrará em potên-
“cia tôdas as possibilidades biológicas e anímicas, desde as
“maiores deformidades morais até a virtude heróica de Joa-
“na d’Arc ou o gênio de Goethe. E a esta individualidade
“ontogênica se agrega imediatamente a individualidade te-
“leológica ou finalística, em cuja virtude o ser empenhará
“a luta que jamais poderá cessar, para manter o equilíbrio
“contra inúmeros fatores internos e externos, que conspi-
“rem contra a sua integridade individual... Em todo germe
“de vida, dizia o genial fisiólogo CLAUDE BERNARD, há uma
“idéia criadora que se desenvolve e se manifesta por uma
“organização finalística. Durante toda a vida, o ser terá
“de ficar sob o influxo dessa força vital criadora, e quando
“ela já não possa realizar-se, terá soado a hora da morte.
“É em virtude dessa força finalística que o filho é e será um
“ser independente. E a palavra “independente” tem, aqui,
“o mesmo sentido relativo que sempre se dá em biologia, isto
“é, *independência* de vida, ainda que não seja *independência*
“de elementos vitais, como o oxigênio e as matérias nutri-
“tivas. O fato de que o embrião, o feto ou a criança a pique
“de nascer está na dependência metabólica da mãe não é
“óbice para que se possa chamá-lo “ser independente”. De
“absolutamente independente, nada existe... O ser embrio-
“nário deve ser continuamente percorrido por correntes ener-
“géticas que constituem o *subtractum* dinâmico de suas
“funções. É necessário, pois, que possa prover-se de mate-

“rial nutritivo e de oxigênio, e para isso nada mais pedirá
“que um asilo, porque toda a elaboração biológica ele a fará
“por sua própria conta. Ele fará seu próprio sangue, seu
“verdadeiro meio interior, e com a mãe não terá outra re-
“lação que não seja a de uma *justaposição*, e não a de uma
“*intimidade anatômica*. O sistema circulatório fetal é ab-
“solutamente próprio e fechado. Nem uma gota de san-
“gue passa jamais da mãe para o filho: o dizer-se que a mãe
“dá o seu sangue ao filho não deixa de ser uma metáfora,
“uma bela mentira de poeta, mas não uma verdade bioló-
“gica.” E conclui o ilustre médico uruguaio: “*Si las pala-
bras han de tener algún sentido, un ser animal que tiene ca-
racterísticas propias de independencia anatómica y fisiológi-
ca, se ha de llamar individuo y si es de la especie humana, se
ha de llamar persona. Persona talvez derive de la palabra con
que se denominaba la máscara que Roma usaba en la farsa
clásica. Nos parece sin embargo más exacto, como sugestión
de idea, lo que hemos leído en algún lado: persona es igual a
“per se una”, es decir, por si mismo uno, y el hijo concebi-
do es biologicamente por si mismo uno.*”

Outro argumento em favor da impunidade do aborto é a inocuidade da pena para inibir a sua freqüência. Ora, com este raciocínio ter-se-ia de concluir, logicamente, pela abolição dos códigos penais, porque estes não conseguem eliminar, de todo, a criminalidade em geral.

Diz-se ainda que, a punir-se o aborto, se deveria também punir a esterilização e o emprego de meios anticonceptivos. Ora, o atual Código italiano, entre outros, pune a esterilização (como já se fazia, aliás, em plena Idade Média) e até mesmo a propaganda anticoncepcional, à imitação da lei francesa de 31 de julho de 1920, de que é também reflexo o art. 20 da nossa Lei das Contravenções (“Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto ou a evitar a gravidez: pena — multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 1.000,00”). Mas, mesmo em face das legislações que desconhecem tal incriminação, nenhum valor teria o argumento, porque a este se

pode vantajosamente retrucar que antes da fecundação da mulher a sociedade não tem, no rigor dos princípios, motivo para intervir, uma vez que a fecundação não é obrigatória. Enquanto que, verificada a concepção, já se apresenta o interesse social de tutelar uma vida humana em formação, uma *spes vitae*. Como diz OETKER, nenhuma incoerência existe entre a incriminação do aborto e a licitude penal do impedimento da concepção: neste caso, diversamente do que acontece naquele, não é destruído um ser vivo.¹⁸²

Afirma-se ainda que a lei punitiva do aborto constitui uma lei de exceção contra as classes mais pobres da sociedade: enquanto à mulher das classes abastadas não é penosa a maternidade, representa esta um sacrifício para a mulher proletária. Em primeiro lugar, a punição do aborto não se justifica apenas como proteção a uma *spes hominis*, mas também como proteção à vida ou saúde da própria gestante. E não há dizer-se que o processo científico do abortamento pode conjurar o perigo que este acarreta à incolumidade pessoal das mães. São categóricos e insuspeitos os testemunhos que nos vêm da Rússia. O Dr. KRASSINILKIAN, em seu livro sobre a prática do aborto no país dos soviets (*apud* CUELLO CALÓN), assim se exprime: “A interrupção da prenhez, ainda quando executada *lege artis*, evidencia-se como uma séria e grave intervenção no organismo feminino.”

Não menos alarmante é a afirmação do Dr. GERINSCHTEIN: “Quando executamos 140.000 abortos em um ano, quer isto dizer que fizemos 140.000 mulheres inválidas.” Para todos os argumentos formulados em favor da legitimidade do aborto há uma resposta desanimadora dos médicos russos, traduzindo o fracasso da tentativa soviética em tal sentido. Resumindo dados de um trabalho do Prof. MAYER, da Univer-

¹⁸² Ob. cit., pág. 284: “Ein Widerspruch zwischen dem Abtreibungsverbot und dem Unverbotensein der Konzeptions-Verhinderung, wodurch die gleiche Wirkung herbeigeführt werde, besteht nicht hier, wohl aber dort ein entstandenes Lebewesen vernichtet.”

sidade de Tubingen, sobre o Congresso de Ginecólogos, realizado, em 1933, na cidade de Kiev, GARCÍA PINTOS faz o cotejo entre os motivos de política criminal pretendidamente justificativos da liberdade do aborto e a opinião dos cientistas soviéticos. Verifica-se que à opinião segundo a qual a liberdade do aborto é uma válvula de escapamento para a miséria,¹⁸³ responde o Dr. TIKANADSE: "O maior número de mulheres abortadas se encontra entre as que auferem mais alto salário e cujos maridos ganham de 40 a 50 rublos." O mesmo ginecólogo, contrariando a crença de que o aborto livre é uma libertação para os que têm muitos filhos, informa: "63% das abortadas só tinham um filho ou nenhum." Ao refrão dos abortistas, de que ao aborto recorrem, principalmente, as raparigas solteiras, por motivo de honra e vergonha, contestam os Drs. LEWIT e MAIBTZ: "80% dos abortos são de mulheres casadas." A ingênua afirmativa de que os abortos, embora permitidos, não aumentarão, porque sempre estarão vigilantes o instinto de reprodução e o da maternidade, é desmentida pelo depoimento do Dr. SOKOL sobre o vertiginoso aumento dos abortos, depois da abertura dos "abortadouros" públicos, podendo mesmo dizer-se que surgiu entre as mulheres russas uma verdadeira "psicose do aborto". O Dr. BORSCHTSCHVSKIA declara: "A mulher que se faz abortar uma vez, facilmente se decide a outra." E o Dr. ULIANOVSKY acusa: "Produziu-se uma diminuição do instinto maternal."

Sustentam os defensores do aborto que a liberdade deste combaterá o mal do aborto clandestino, e a mulher deixará de recorrer às *comadres*, desde que possa, sem receio, valer-se das clínicas assépticas. Responde, entretanto, o Dr. KIRILOV: "Frustrou-se a esperança que tínhamos de lutar facilmente contra o aborto criminoso e clandestino; a custosa experiência que fizemos resultou inútil." No mesmo sentido, informa o Dr. TIKANADSE: "A lei (permissiva do aborto)

¹⁸³ Dizla PAUL STRAUSS que "*la misère est la grande faiseuse d'anges*".

determinou um aumento dos abortos, até mesmo dos clandestinos.”

É certo que o chamado *argumento econômico* não deixa de ser impressionante. Não se pode negar que, no seio de uma família pobre, o advento de um ou dois filhos é uma agravação de penúria e de infortúnio. E chega a ser mesmo um mal social: se um ou dois filhos podem ser sofrivelmente amanhados para a luta da vida, com os parcos recursos do casal, a superveniência de outros exclui essa possibilidade, e todos acabam por se alistar na dolorosa legião dos *sub-homens*, inaptos para a concorrência nos setores da vida social e fatalizados à perpétua miséria. A quantidade prejudica a qualidade. Mas o recurso contra esse mal não é o preconício do aborto, senão uma eficiente proteção do Estado às famílias numerosas sem recursos suficientes. A esta boa política, aliás, já atendia a Constituição brasileira de 1937, dispondo, no seu art. 124, que “às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”, e, no art. 127, última alínea, que “aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da prole”. E correspondendo aos preceitos constitucionais, foi baixado, a 19 de abril de 1941, o dec.-lei n.º 3.200, que provê, minuciosamente, a “organização e proteção da família”. A atual Constituição, no seu artigo 164, seguiu a mesma política tutelar.

Preconizar o aborto é aconselhar a prática de um ato profundamente imoral e anti-social. Com a licença para o aborto, a mulher perderia o medo de conceber filhos ilegítimos e estaria, assim, assegurado livre curso aos amores *extra matrimonium*. Justamente observa MAX HIRCH que “a ilimitada abolição da punibilidade do aborto equivale a desligar o homem de toda responsabilidade no tocante ao instinto sexual e sua satisfação, e a desmontar uma barreira cuja queda constituiria um grave dano para a humanidade, de, notadamente para a mulher”. O aborto não é apenas a destruição de uma *spes hominis*; não é apenas uma lesão

ao interesse demográfico do Estado: é, também, como ensina a ciência médica, um sério dano às funções próprias da mulher, refletindo-se sobre o seu psiquismo, sobre a sua faculdade procriadora, sobre a sua capacidade de rendimento social, e propiciando o aparecimento de enfermidades que diminuam seu cabedal de vida e abreviam a duração normal de sua existência. Segundo atestam os ginecólogos, esse perigo não deixa de existir ainda quando o aborto seja executado por especialista. O esvaziamento artificial do útero da mulher grávida é quase sempre causa de que parte do conteúdo fique retido, entrando em putrefação e ocasionando um processo infeccioso. A mulher que aborta, diz BUMM, pode ficar lesada para toda a vida. Mesmo praticado por um técnico experiente, o aborto supõe um terrível perigo para a vida da gestante, pois o médico, não obstante as mais rigorosas precauções, nunca pode excluir o risco de uma infecção.

62. A objetividade jurídica do crime de aborto. O Código classifica o aborto entre os crimes *contra a vida*, que são uma subclasse dos crimes *contra a pessoa*. É um critério acertado. Não se pode negar que o feto seja, pelo menos, uma *spes personae*. O Código Civil brasileiro, não obstante declarar que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”, põe a salvo os direitos do nascituro e destaca situações em que, como observa CLÓVIS BEVILÁQUA, o *infans conceptus* se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 357, parágrafo único, reconhecimento de filho anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1.718, capacidade do nascituro para adquirir por testamento. E comentando o art. 4.º do referido Código, disserta CLÓVIS: “KÖHLER recorre “a uma construção forçada das *personas jurídicas implícitas*” (“*stillschweigende juristische Personen*”) para explicar o “exercício dos direitos do nascituro; WINDSCHEID fala, em tal “caso, de direito sem sujeito. Parece mais lógico afirmar, “francamente, a personalidade do nascituro.”

A vida do feto é uma vida humana em formação. Já dizia TERTULIANO que "*homo est et qui est futurus*". E o excelente CARRARA assim argumentava: "Quanto a nós, cremos que se pode discutir fisiologicamente se há vida (no feto) distinta da vida materna, e deixamos que os médicos discorram sobre este particular. Para nós, basta que haja uma *vida*, digna de ser respeitada e protegida por si mesma, independentemente do que respeita à família; e isso (chame-se *vida vegetativa* ou chame-se *vida animal*) não pode ser posto em dúvida. Não é, de modo algum, incerto que o feto seja um ser vivente: impossível negá-lo quando, cada dia, a gente o vê crescer e vegetar. Que importa, pois, definir fisiologicamente tal vida? Admita-se que seja uma vida agregada, acessória a outra vida, da qual um dia se destacará para viver por conta própria. Mas que se trata de um ser *vivo*, não se pode negar; e assim, nessa vitalidade presente, acompanhada da probabilidade de uma vida futura independente e autônoma, encontra-se suficientemente a objetividade do crime de quem, perversamente, a destrói... Para nós, portanto, o feto no útero *vive*, e não nos interessa definir fisiologicamente a índole de tal vida, pois não é possível que o feto esteja ali dentro como um corpo morto."

Segundo ensina MANZINI, o feto é, pelo menos, uma *pessoa em formação*, isto é, uma expectativa de vida humana, de modo que o aborto provocado vem a ser um crime *contra a vida*, e, *in genere*, *contra a pessoa*. O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é *vida*, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera *in materiam brutam*, mas contra um homem na *ante-sala* da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem *in spem*. Entre o infanticídio (eliminação de vida extra-ute-

rina) e o aborto (eliminação de vida intra-uterina) a diferença é apenas de *grau*, ou, como dizia CARRARA, de *quantidade natural* e de *quantidade política*.

63. **Conceito do crime de aborto.** O crime de abôrto (*avortement, Abtreibung, abortion*) era assim definido por CARMIGNANI: "*foetus extra uterum maternum ante tempus a natura praestitutum violenta ac dolo malo ejectio peracta*". No mesmo sentido, TARDIEU: "expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente das circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo "de formação regular". Mais compreensiva é a definição de CARRARA: "Dolosa ocisão do feto no útero, ou a sua violenta expulsão do ventre materno, da qual resulte a morte." O Código mexicano de 1929 continha a seguinte conceituação: "*Llamase aborto en derecho penal a la extracción del producto de la concepción o a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, con objeto de interrumpir la vida del producto.*"

Nenhuma dessas definições, porém, é isenta de crítica. Ao invés da circunstância da *expulsão do feto*, que não passa de um epifenômeno e pode deixar de ocorrer, o que se apresenta como *necessário e suficiente* à configuração do aborto é a *interrupção da gravidez*. É este, aliás, o critério médico-legal, a que deve afeiçoar-se a noção jurídico-penal: "aborto é a interrupção da gravidez, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época da sua maturidade" (MORISANI). GARIMAUD assim define o aborto criminoso: "é a cessação prematura e dolosa da gravidez, ou sua interrupção intencionalmente provocada, com ou sem aparecimento dos fenômenos expulsivos". Mais concisamente, pode dizer-se: é a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina. Já na *Relazione* sobre o Código italiano de 1889, dizia ZANARDELLI, relativamente ao aborto: "A essência do crime consiste no impedir o processo fisiológico da maturação do feto." E quarenta

anos depois, Rocco (Alfredo), na sua *Exposição de motivos* sobre o atual Código italiano, repetia o conceito: "*L'aborto, in senso legale, è qualsiasi interruzione prodotta nel processo fisiologico di maturanza del feto.*" O requisito da *expulsão do feto* poderia conduzir, na prática, à perplexidade. Pode acontecer, notadamente nos primeiros períodos da gravidez, que o embrião, ao invés de ser eliminado para o exterior, é objeto de um processo de autólise e acaba por dissolver-se e ser reabsorvido. Outras vezes, pode sofrer um processo de mumificação ou maceração, permanecendo dentro do útero como um corpo estranho. E outras vezes, ainda, é sujeito a um processo de calcificação (*litopédio*). Ora, em tais casos, adotado o velho conceito de CARMIGNANI e TARDIEU, ter-se-ia de reconhecer a inexistência do crime, pois não há expulsão do produto da concepção. Por outro lado, pode ocorrer que, não obstante a provocada expulsão prematura, o feto nasça *vivo e vital*, deixando, portanto, de configurar-se o crime de aborto, cujo momento consumativo é a *morte* do feto. Ainda mais: pode acontecer que o feto já estivesse morto antes da provocação do aborto, e, assim, apesar da sua expulsão, não se apresenta o crime, mas uma *tentativa inadequada*, que escapa à punição.

O aborto, em face do Código, é crime de dano (ou *material*): é necessário, para sua consumação, que se opere, efetivamente, a ocisão do feto *intra uterum* ou a interrupção da gravidez e conseqüente morte do feto. O verbo *provocar*, empregado nos arts. 124, 125 e 126, não pode ter outro sentido senão o de *dar causa a, originar, promover*.

O Código, ao incriminar o aborto, não distingue entre *óvulo fecundado, embrião* ou *feto*: interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica), provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto. A ocisão do feto (alheio à sua imaturidade ou ao emprego dos

meios abortivos), depois de iniciado o processo do parto, é infanticídio, e não aborto criminoso (veja-se n.º 52).

Admitida a intenção de provocar o aborto, ou, seja, de suprimir o feto, não tem importância o momento em que este vem a morrer: se quando ainda no útero materno ou se quando já expulso, uma vez que a morte tenha ocorrido em consequência da própria imaturidade do feto ou dos meios abortivos empregados. Não há distinguir entre a ocisão direta do feto *intra uterum* e a morte deste *extra uterum* por deficiência de maturação. Justamente observa Rocco (*Relazione*): *"In altri tempi si volle distinguere (e taluni Codici espressamente prevedero) due ipotesi: l'una del fatto dell'uccisione del feto nel ventre materno, l'altra relativa alla prematura espulsione che produca la morte. Ma siffatta distinzione non ha influenza sulla determinazione della materialità di questi reati, giacchè... l'aborto si commette con la violenta distruzione del feto avvenuta in qualsiasi momento anteriore al compimento normale della gravidanza."*

Nada tem a ver com o aborto o emprego de meios para impedir a fecundação, ainda que o esperma já tenha ingresado no órgão genital da mulher. Do mesmo modo, é coisa inteiramente distinta do aborto a destruição dos óvulos não fecundados da mulher, ainda que com o fim de torná-la estéril.

Tal como na conceituação do infanticídio, não contempla o Código de modo especial, como minorante da pena de aborto, a *causa honoris*. Esta, entretanto, poderá ser levada em conta pelo juiz, quando da aplicação da pena, consoante a norma do art. 42.

64. Condições jurídicas do crime de aborto. Podem ser assim fixados os *essentialia* do crime de aborto: 1.º, o dolo; 2.º, o estado fisiológico da gravidez; 3.º, o emprego de meios dirigidos à provocação do aborto; 4.º, a consequente morte do feto (ou do embrião ou do óvulo fecundado). Vamos apreciá-los, cada um de per si.

65. O dolo. O aborto só é punível a título de dolo, que é, na espécie, a vontade consciente e livre de interromper a gravidez ou eliminar o produto da concepção, ou, pelo menos, a anuência ao previsto advento de tais resultados.¹⁸⁴ Não constitui crime o aborto *culposo* ou *preterintencional*. É de notar, porém, que o aborto *preterintencional*, do mesmo modo que a simples *aceleração do parto* não compreendida no dolo do agente, é previsto como *condição de maior punibilidade* no crime de *lesões corporais* (art. 129, §§ 2.º, n.º V, e 1.º, n.º IV).

Se a intenção do agente era apenas abreviar o parto (por exemplo, para que o nascituro aproveitasse uma determinada verba testamentária, condicionada a uma época prefixa), deixa de configurar-se o crime de aborto, ressalvada a punibilidade do agente por eventuais lesões ou morte da gestante. Se se trata de auto-aborto, nenhum crime haverá.

66. O estado fisiológico da gravidez. A gravidez se estende desde a fecundação até o início do parto, assinalando-se este pelo rompimento da *bolsa das águas*. É preciso que seja rigorosamente comprovada. A gravidez suposta ou putativa exclui o crime: em tal caso, o emprego de meios abortivos constitui *tentativa impossível* (art. 14), ficando o agente imune de pena, salvo, é claro, a sua responsabilidade por lesão corporal ou morte da gestante, eventualmente resultante da ação dos ditos meios.

Fácil é a prova da gravidez atual ou em curso. A tal respeito há os *sinais de probabilidade*, que, se precários na diagnose, quando considerados isoladamente, podem, reunidos, gerar a certeza; e os *sinais de segurança* (que só se apresentam depois do quarto mês da gestação). Os primeiros são, entre outros: a cessação dos mênstruos; a turgidez ou maior

¹⁸⁴ Suponha-se o seguinte caso: uma mulher, sabendo-se grávida, tenta suicidar-se, resultando o aborto. Há dolo eventual quanto a este, de modo que o crime se configura.

volume do abdômen; o estado do útero, no tocante às modificações de volume, forma e consistência; ¹⁸⁵ a alteração da cor das mucosas do órgão genital da mulher; alteração das mamas, dos bicos dos seios, da auréola mamilar.

Os *sinais de segurança*, segundo a lição clássica, são os seguintes: 1.º, a chamada *ballotage*, que se obtém impulsionando-se a parte inferior do útero, de modo que o feto, que ali se acha dentro da membrana amniótica, é conduzido levemente para cima e, em seguida, cai para o fundo; 2.º, a percepção das partes do feto, com sua conformação específica; 3.º, os movimentos ativos do feto; 4.º, a percepção do bater do coração fetal, que é mais freqüente que o da mãe. A estes meios clássicos acrescentam-se modernamente outros processos de prova, que se dividem em *físicos* e *biológicos*. Entre os *físicos*, destacam-se a *histerografia* e o exame radiológico; entre os *biológicos*, é decisiva a reação chamada de ASCHHEIM-ZONDECK. Consiste esta em injetar-se urina da mulher em uma cobaia impúbere, resultando, indicativos de gravidez, os seguintes fenômenos nos ovários do animalzinho: 1.º, rápido crescimento dos folículos pelo aumento do líquido; 2.º, superveniência de hemorragias endofoliculares, que se apresentam sob a forma de pequenos pontos hemorrágicos; 3.º, aparecimento do *corpus luteum*.

Mais difícil é a prova da gravidez pregressa, se já não se encontra, para exame microscópico, o material expulso do útero. Se o aborto é recente, pode ser reconhecido anatomicamente, mesmo prescindindo-se de eventuais lesões uterinas ou infecções, como, por exemplo, se se apresenta dilatado o orifício do útero, se o colo se mostra encolhido, se

¹⁸⁵ Cita-se, a tal propósito, o chamado *sinai de Hegar*, que consiste em um precoce amolecimento dos tecidos do istmo (porção do útero compreendida entre o colo e o corpo do útero). Além disso, o útero assume uma consistência pastosa, ao mesmo tempo que sua forma, que é globosa no 1.º trimestre da prenhez, se torna ovoidal (M. CARRARA).

o útero está aumentado e globoso, de consistência pastosa, se se constata o ponto de inserção da placenta, etc. Cumpre notar ainda que a reação de ASCHHEIM-ZONDECK pode ser positiva até cinco ou seis dias após o parto. Tratando-se de aborto nos primeiros tempos da gravidez, a diagnose só é possível quando, praticável o exame das excreções do útero ou resíduos dele extraídos mediante raspagem, se demonstre a presença de produções ovulares. Fora daí, não se pode fazer senão uma diagnose de simples probabilidade (M. CARRARA). As indagações tornam-se, às mais das vezes, insuperavelmente difíceis, quando o aborto já tenha ocorrido há algumas semanas. Não será demais transcrevermos, aqui, a lição de SOUSA LIMA, a propósito dos sinais do aborto: “Os sinais deixados pelo aborto nos órgãos genitais da mulher variam conforme a data da gravidez e a ocasião do exame, que será tanto mais profícuo quanto for efetuado mais próximo do abortamento, e quando este, por sua vez, for realizado em uma época mais adiantada da gestação. Nestas condições, e sobretudo tratando-se de mulheres ainda nulíparas, os sinais materiais do fato serão devidamente apreciáveis, e corresponderão mais ou menos aos de um parto natural. Assim, no abortamento efetuado desde o 4.º ou 5.º mês em diante, em toda a segunda metade da gestação, o exame pericial feito imediatamente, ou dentro do prazo em que se diz o aborto recente, permitirá reconhecer o aumento de volume do útero, o amolecimento do colo, a dilatação do respectivo orifício, a efluxão de lóquios, o crescimento dos seios com secreção de colostro, a pigmentação da auréola mamilar, etc. Considera-se o aborto recente até 12 ou 15 dias, no máximo. Além deste prazo, e principalmente nas mulheres multíparas, não se encontrarão mais do que os sinais comuns a qualquer gravidez anterior: a presença de lóquios, a do colostro ou do leite pela pressão dos seios, e outros menos importantes. Se o abortamento tiver lugar antes de dois meses, em que o ovo humano é menor do que o da galinha, não é possível descobrir vestígios de qualquer traumatismo

“sexual confundindo-se o corrimento sanguíneo com o da
“menstruação... O exame cadavérico da mulher que abor-
“tou criminosamente é muito mais elucidativo: podem-se
“apurar as provas do crime também no exame das vias diges-
“tivas e dos órgãos genitais internos. À parte o que pode de-
“nunciar o hábito externo com os sinais equívocos de san-
“guessugas, vesicatórios, etc., no exame atento da superfície
“interna do tubo gastrointestinal pode-se descobrir o corpo
“de delito, representado por algum dos produtos vegetais in-
“geridos, ou seus derivados. TAYLOR pode extrair óleo essen-
“cial de sabina do estômago de uma mulher que usou desta
“substância. Em todas as que têm tomado o pó de esporão de
“centeio (que é uma das drogas mais usadas para o fim de
“que se trata), tem-se encontrado facilmente, pelo ensaio mi-
“croscópico, um tecido ou conjunto formado de células hexa-
“gonais, de paredes espessas, encerrando gotinhas oleosas e
“uma matéria corante roxa que passa ao vermelho pela adi-
“ção de ácido sulfúrico; a camada cortical das células é de cor
“roxo-escura. Aquecendo-se uma partícula dessas em uma
“solução de potassa, desenvolve-se um cheiro de salmoura
“de arenque (trimetilamina). Estes dados podem ser confir-
“mados e completados por outros ensaios de análise química.
“Antes mesmo de se proceder à inspeção intra-intestinal, a
“abertura do ventre poderá revelar a existência de uma pe-
“ritonite aguda generalizada, com exsudatos purulentos. O
“exame necroscópico nestes casos deve-se aplicar particular-
“mente à verificação do estado do útero e ovários. No útero
“poder-se-ão verificar duas ordens de lesões: umas inflama-
“tórias agudas, difusas, de caráter infeccioso, nem sempre de
“origem abortiva; outras traumáticas, constituídas por per-
“furações e rupturas e lacerações. As perfurações às vezes
“únicas, isoladas, outras vezes múltiplas, têm sua sede no
“colo do útero, mas podem apresentar-se no fundo desse ór-
“gão, quando o instrumento tiver atravessado o seu conteú-
“do, e ser acompanhadas de sufusão equimótica. As lacera-
“ções ocupam, em geral, o fundo do útero em uma extensão

“variável, cumprindo distingui-las das rupturas chamadas
“espontâneas, acidente aliás raro no útero são, e só admis-
“sível diante dos embarços mecânicos opostos à saída do
“feto (que não poderão passar despercebidos a um exame
“atento), e quando tenham sido exageradas as contrações
“expulsivas desse órgão pela administração inoportuna do
“esporão de centeio. Fora desta hipótese, essa ruptura, so-
“bretudo em uma época anterior ao termo da gravidez,
“que é o caso vertente, só se poderá dar em um útero doen-
“te cuja estrutura esteja profundamente alterada pelo pro-
“cesso mórbido ou, independente disso, segundo COUTAGNE,
“só pelo fato de uma grande multiparidade, o que deve ser
“raríssimo. Para se estabelecer a etiologia traumática des-
“tas lacerações, é preciso atentar para a sua forma par-
“ticular, sua sede, direção e outros caracteres, tais como
“presença de equimoses, tudo de conformidade com a
“natureza e o manejo dos instrumentos punctórios mais
“usados na perpetração deste delito. Se a mulher tem sobre-
“vivido algum tempo, o aspecto das feridas pode modificar-se
“profundamente, e até desaparecer o seu traço inicial pela
“supuração e sobretudo pela gangrena, que é sempre suspeita
“de uma infecção traumática, quando observada no útero de
“mulheres que sucumbem aos efeitos de um aborto, sem em-
“bargo de casos em que, segundo MAYGRIER, pode-se mani-
“festar-se a gangrena limitada do útero, consecutiva a uma
“infecção puerperal, independente de traumatismo. Devem-se
“também procurar estas lesões fora do útero. Em um caso
“citado por TARDIEU, uma das artérias ilíacas internas tinha
“sido perfurada por uma longa agulha que atravessou o
“útero, e da qual resultou a morte rápida por hemorragia
“intraperitonal. Às vezes, por manobras desastrosas, têm-se
“observado perfurações da vagina, indo até a bexiga e o reto.
“Com a pesquisa dos sinais do crime, é preciso não esquecer,
“no exame dos órgãos genitais internos, as provas da exis-
“tência de uma gravidez que foi interrompida e que imprime
“à superfície interna do útero um aspecto particular, tor-

“mentoso, enegrecido, e na qual se encontram coágulos sanguíneos esparsos, decompostos. Do seu conteúdo, já eliminado, ficam algumas vezes restos significativos, tais como cotilédones placentários; e, mesmo na ausência completa desses restos, há sempre a notar o aumento geral de peso e volume do útero. O peso que é, em geral, de 40 g nas nulíparas, chega até 120 g nas múltiparas. O volume, apreciado nas suas três dimensões, é em média de 6 a 7 cm de comprimento, de 3 ½ a 4 cm de largura ao nível das trompas, e de 2 a 2 ½ cm de espessura; notando-se que nas donzelas o comprimento da porção cervical do útero é pouco mais ou menos igual ao do corpo do órgão. O deste aumenta após a prenhez e o parto, até representar 3/5 do comprimento total. Os ovários também oferecem modificações importantes, entre as quais a presença do verdadeiro *corpus luteum*,¹⁸⁶ conquanto mesmo o assim chamado se tenha deixado de verificar em mulheres paridas, ou se apresenta tão pequeno a ponto de se confundir com o falso *corpus luteum*, ordinariamente encontrado após a fluxão menstrual e independente de fecundação. BROUARDEL é de opinião que em geral há notável diferença entre os corpos amarelos menstruais e os de fecundação e prenhez, porque os primeiros duram até dois meses no máximo, ao passo que estes últimos subsistem até depois do parto; concluindo, afinal, que em absoluto a falta do *corpus luteum* não basta para excluir a gravidez, nem a sua presença para afirmá-la. Entretanto, a verificação desta circunstância é prescrita em alguns regulamentos de perícia

¹⁸⁶ Explica S. LIMA: “O *corpus luteum* é uma saliência ou protuberância, de cor amarelo-suja, formada na superfície do ovário, apresentando uma cicatriz correspondente ao ponto de emergência e ruptura da vesícula de GRAAF, e destacamento do respectivo óvulo. Quando este é fecundado, a intumescência cresce até atingir um volume igual e mesmo maior do que o próprio ovário, tomando a cor amarelo-franca, e permanecendo ordinariamente, mas não sempre, até depois do parto, deixando uma cicatriz irregular, estrelada, quase sempre vitalícia.”

"médico-legal, e para o próprio BROUARDEL constitui um elemento de semiótica, que importa recolher e aproveitar. Segundo TOURDES, a ausência de corpos amarelos recentes e a existência de um corpo amarelo antigo e volumoso, dito "*corpus luteum* da fecundação, de comprimento máximo de 24 mm, corresponde ao 5.º mês da gravidez; ele vai-se reduzindo progressivamente até 7 a 8 mm depois do parto. No parecer de BALE e KIRKES, implicará presunção de gravidez e de duração desta o corpo amarelo maior do que uma ervilha. STRASSMANN dá maior valor nestes casos ao exame histológico do tecido uterino e respectiva mucosa, cuja estrutura é mais ou menos profundamente alterada, com redução considerável das suas glândulas, especialmente nos últimos meses; ao passo que, na época menstrual, esta mucosa apresenta a estrutura normal, salvo certo grau de turgescência acompanhada de dilatação dos vasos sanguíneos. Nas diversas espécies de endometrites, notam-se as alterações próprias das mesmas."

Cumpra distinguir entre a gravidez normal e a gravidez *extra-uterina* e a gravidez *molar*. Tem-se a gravidez *extra-uterina* quando o óvulo não se desenvolve no útero. Apresenta variedades, segundo a região mais precisa em que o óvulo se desenvolve: *intersticial*, se na porção terminal do tubo que atravessa a parede uterina; *tubária*, se na trompa; *ovárica* ou *tubo-ovárica*, etc. Em tais casos o desenvolvimento fetal não se opera senão por breve tempo; ou sobrevêm complicações por abundante hemorragia, ou ruptura da trompa, etc., que produzem naturalmente a morte da mulher. Outras vezes, o feto permanece no lugar, mas vem logo a deter-se em seu desenvolvimento e sofre processos regressivos, entre os quais o da calcificação, apresentando-se a formação de um *litopédio*.

A gravidez *molar* consiste numa particular formação neoplástica, derivada principalmente das membranas fetais, sem que haja (ou sem que necessariamente haja) a presença de um embrião. A essa formação dá-se o nome de mola, a cujo

respeito disserta SOUSA LIMA: “A verdadeira mola, legítimo “produto de fecundação, é assim qualificada para distinguir “das molas falsas ou espúrias, que são sempre produções “patológicas, alheias à prenhez, representadas em geral por “concreções sanguíneas, ordinariamente provenientes de “coágulos de sangue menstrual retidos no útero e envolvidos por membranas que se destacam do seu interior; é “o que se dá nos casos de endometrite esfoliativa. A mola “verdadeira ou legítima é, porém, em qualquer das suas “variedades, o fruto de uma concepção frustra, portanto, “anômalo, informe e degenerado, e na qual o embrião é, “depois, por causas extraordinárias e fortuitas, destruído “no todo ou em parte absorvido, e dele não ficam, no primeiro caso, senão restos de seus envoltórios, anormalmente “desenvolvidos ou profundamente modificados; e, no segundo, vestígios apreciáveis e reconhecíveis de tecidos escapos “ao processo degenerativo e reabsorvente (ossinhos, retalhos de cordão umbilical, etc.). São os casos de mola carnosa, ou simplesmente de falso germe. Outras vezes, porém, “na variedade mais espetaculosa destas anormalidades gestativas, chamadas mola *vesicular* ou *hidática*, as vilosidades “do córion se apresentam fortemente hipertrofiadas e dilatadas em vesículas contendo serosidade clara, dispostas “em numerosos prolongamentos formando cachos. Nos caracteres anátomo-histológicos destas vilosidades, e quando “mesmo não se encontrem aqueles tecidos residuais, tem-se a prova evidente e irrecusável de uma produção gestativa, gorada ou abortada na sua evolução, com destruição consecutiva do embrião ou do feto, cujos restos mortais “o útero guarda como um sepulcro.”

No caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para

que se caracterize o aborto) deve ser um produto *fisiológico*, e não *patológico*. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

Igualmente, e com mais forte razão, a expulsão de uma *mola* não pode concretizar o crime de aborto. O emprego de meios abortivos em tal caso não destrói uma *vida*, pois que esta não existe. As molas verdadeiras não são *fetos*, e, quanto às molas falsas, nada têm a ver com o processo gestativo.

67. Emprego de meios dirigidos à provocação do aborto. Os meios abortivos ou chamados tais são variadíssimos. Dividem-se em 3 grupos: *químicos* (*bioquímicos*, *medicamentosos*), *físicos* e *psíquicos* (ou *biodinâmicos*). Os primeiros são também chamados *internos*, pois que se trata de substâncias químicas que, introduzidas no organismo, se destinam, supostamente, a excitar as contrações uterinas e provocar, de tal modo, a expulsão do feto. Segundo observam HOFFMANN e HABERDA (*Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*), “não há meio abortivo interno de eficácia absoluta, isto é, não existe nenhuma substância conhecida que, tomada pela boca, possa ocasionar seguramente e em todos os casos uma prematura interrupção da gravidez”. (“*Es gibt keine... absoluten inneren Abtreibungsmittel, d. h. es ist keine Substanz bekannt, welche, innerlich genommen, sicher und unter allen Umständen eine vorzeitige Unterbrechung der Schwangerschaft herbeizuführen vermöcht.*”) Não há uma só substância que tenha ação *eletiva* de provocar a peristalse uterina e interromper a gravidez. Algumas ajudam as contrações, mas não as iniciam. Outras provocam uma intoxicação mais ou menos grave, de modo que o aborto sobrevém como o fenômeno de um quadro clínico complexo. É a lição de ARRÂNIO

PEIXOTO: “Não existem substâncias abortivas. Nenhuma das “muitas conhecidas e usadas para isto tem uma ação direta e exclusiva sobre o útero, sendo capaz de esvaziá-lo “sem lesões outras do organismo materno e sem perigos “eventuais da própria vida. O aborto medicamentoso é “rolário de intoxicações gerais, quase sempre graves. As “ses ditas abortivas são doses tóxicas, de sorte que um efeito “é obtido como seqüência de outro.”

Entre as substâncias usadas para fim de aborto, podem ser citadas as seguintes:

Inorgânicas: o fósforo, o antimônio, os sais de chumbo, os compostos do sódio e do potássio, os sais de cobre e de prata, os compostos do mercúrio e do ferro, os ácidos minerais (sulfúrico, clorídrico, nítrico, crômico).

Orgânicas de origem animal: a cantárida, o extrato de hipófise ou pituitária.

Orgânicas de origem vegetal: alcalóides (pilocarpina, quinino, estricnina, beladona, acônito, digitális), o centeio espigado, vegetais contendo óleos etéreos (sabina, cedro vermelho da Virgínia, zimbro, louro, arruda, ásaro, rosmaninho, noz-moscada, salsa, arnica, poejo, cânfora, erva-cidreira), ácidos orgânicos (acético, cítrico, salicílico), venenos hemáticos (o nitrobenzol ou óleo de amêndoas amargas), amargos (genciana, centáurea, cardo bento, trifólio), purgativos (jálapa, goma-guta, ruibarbo, coloquintidas), emenagogos (aloés, apiol, iodo), anti-helmínticos (feto macho), adstringentes (lúpulo), diuréticos (cila, salsaparrilha, guáiaço), plantas aromáticas (melissa, camomila, açafraão, artemísia).

Os meios físicos podem ser *mecânicos*, *térmicos* ou *elétricos*. Os mecânicos, por sua vez, podem ser diretos ou indiretos: estes agem à distância do aparelho genital, que é indiretamente influenciado (aplicação de sanguessugas, sucção dos bicos dos peitos, sinapismos, jogos esportivos, quedas voluntárias); aqueles operam diretamente sobre o aparelho genital e subdividem-se em: 1.º, meios agindo sobre o útero através das paredes abdominais (massagens do útero, com-

pressões do abdômen, traumas contusivos do ventre, etc.); 2.º, meios aplicados na vagina (tamponamento, duchas vaginais, irritação do colo do útero); 3.º, meios aplicados na cavidade cervical (dilatação da cavidade cervical com o dedo ou instrumentos, próprios ou impróprios); 4.º, meios aplicados na cavidade uterina (punção ou deslocamento das membranas, raspagem da cavidade uterina).

Meios abortivos *térmicos* são aplicação de gelo ou compressas quentes no hipogástrio, sufumigação no baixo ventre, semicúpios ou pedilúvios quentes.

Meios abortivos *elétricos* (já desacreditados) são o especial emprego da corrente galvânica ou farádica, os banhos elétricos, a excitação elétrica dos bicos dos peitos.

Finalmente, os meios *psíquicos* ou *biodinâmicos* são a provocação de susto, o incutimento de terror, a sugestão, etc.

De todos esses meios, os mais idôneos são os mecânicos, precisamente os que encerram maior perigo para a saúde ou vida da gestante. Precários ou incertos, quando não de nenhum efeito, são os outros meios, devendo notar-se que quando o meio empregado é *absolutamente* inidôneo (rezas, decocções inócuas), não se poderá identificar, sequer, o aborto tentado, mas uma *tentativa inadequada* de aborto (art. 14).

68. Morte do feto. O momento consumativo do crime de aborto (simples) é a morte do feto. Se este é expulso vivo (caso de simples *aceleramento de parto*) e continua a viver ainda que com vida desfalcada ou exígua, o que se poderá identificar é uma simples tentativa de aborto, posto que este, como já vimos, é a interrupção da gravidez acompanhada de morte do feto (pressupondo-se que o feto não é ainda capaz, por sua imaturidade, de viver fora do claustro materno).

Para a existência do aborto, não é necessária a prova da vitalidade do feto. Conforme adverte HAFTER,¹⁸⁷ pouco

¹⁸⁷ Ob. cit., pág. 77.

importa se o feto era, ou não, vital, desde que o objeto da proteção penal é, aqui, antes de tudo, a vida do feto, a vida humana em germe (*"Ob die Frucht lebensfähig war oder nicht, macht keinen Unterschied. Strafrechtliches Schutzobjekt ist in erster Linie das Leben der Frucht, das keimende menschliche Leben"*). Averiguado o estado fisiológico da gestação em curso, isto é, provado que o feto estava vivo, e não era um produto *patológico* (como no caso de gravidez extra-uterina), não há indagar da sua vitalidade biológica ou capacidade de atingir a maturação. Do mesmo modo, é indiferente o grau de maturidade do feto: ¹⁸⁸ em qualquer fase da vida intra-uterina, a eliminação desta é aborto.

A morte do feto (dentro do útero ou subsequente à prematura expulsão) deve ser efeito da interrupção da gravidez ou do emprego dos meios para obtê-la: se a morte resulta de outra causa (independente), haverá apenas tentativa de aborto. Se o feto já estava morto, o agente *extra reatum est*: não é lesado o interesse protegido pela lei penal, e não se pode reconhecer o aborto, pouco importando que o agente erroneamente supusesse a atualidade da gestação. Dá-se em tal caso um crime *impossível* ou *putativo*, ou *tentativa inadequada*, tal como na hipótese de errônea suposição de gravidez. ¹⁸⁹ O nosso Código não seguiu o exemplo das legislações

¹⁸⁸ THORMANN e OVERBECK, ob. cit., fasc. 4.º, pág. 25: *"Der Grad der Reife (Entwicklung) der Frucht spielt hierbei keine Rolle; demgemäss ist es auch ohne Einfluss auf den Tatbestand, ob die Abtreibungshandlungen während der ersten oder während der letzten Schwangerschaftsmonate ausgeführt werden."* ("O grau de maturidade (desenvolvimento) do feto não representa, aqui, papel algum; conseqüentemente, não importa ao conteúdo de fato do crime que a ação abortiva seja praticada nos primeiros ou nos últimos meses da gravidez.")

¹⁸⁹ Discorrendo sobre o crime *putativo*, uma de cujas modalidades se identifica com uma das formas do crime *impossível*, já dissemos alhures: "... a falsa representação do agente não pode ter o mirífico efeito de transmutar em crime consumado ou tentado uma ação penalmente atípica, isto é, desprovida da *essência* de fato

inglesa e canadense, que incriminam o simples emprego de manobras abortivas, sem indagar se a mulher estava ou não grávida: *whether she be or be not with child*.

69. **Espécies de aborto criminoso.** Em face do Código, são em número de três as modalidades do aborto criminoso: o auto-aborto, o aborto consentido pela gestante e o aborto da *dissensiente*. No art. 124, 1.^a parte, é previsto o auto-aborto (*Selbstabtreibung*): "Provocar aborto em si mesma." Já na 2.^a parte do mesmo artigo, é previsto o caso em que a mulher deixa fazer-se abortar por terceiro (*Sichabtreibunglassen*): a mulher limita-se a consentir, não executa. Na primeira hipótese, é a própria mulher que provoca o aborto, seja ou não *instigada* ou *auxiliada* por outrem. No caso de instigação ou auxílio, o terceiro é co-partícipe, incorrendo na mesma pena cominada à mulher (art. 25), isto é, detenção por um a três anos. Na segunda hipótese, o aborto é materialmente executado por terceiro, de quem a mulher é co-partícipe; mas, aqui, a co-participação é erigida em crime especial, desatendida, excepcionalmente, a regra do art. 25: a pena cominada à mulher, logicamente idêntica à do auto-aborto, é menos grave do que a cominada ao executor material do aborto. O crime deste é previsto, separadamente, no art. 126 ("Provocar aborto com o consentimento da gestante"), que comina a pena de reclusão por um a quatro anos. Para que o fato se enquadre no art. 126, é preciso que o consentimento da gestante seja "válido", não se considerando tal o que é prestado por gestante *não maior de 14 anos, alienada* ou *débil mental*, ou mediante *fraude, grave ameaça* ou *violência* (parág. único do art. 126). Inválido o

a que a lei subordina a existência do crime. Não há aqui o *corpus* da infração, na conformidade do molde legal. Redundaria num evidente disparate o aplicar pena. *verbi gratia*, por crime de aborto, à mulher que, supondo-se erroneamente em estado de gravidez, ingerisse substâncias abortivas."

consentimento, é como se não tivesse sido dado, e não há cogitar-se de pena em relação à gestante. Com a expressão “alienada ou débil mental”, refere-se o Código, evidentemente, à mulher totalmente incapaz de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno (art. 22).

Fraude é todo artil tendente a induzir outrem em erro. Assim, seria viciado pela fraude o consentimento da gestante, se a esta se convencesse, astuciosamente, que o prosseguimento da gravidez lhe acarretaria a morte.

Pode acontecer que a mulher tendo consentido no próprio aborto, é enganada relativamente à natureza do meio abortivo empregado: em tal caso não deixará ela de responder pelo crime, pois a fraude a que se refere a lei é tão-somente a aplicada para captação do assentimento ao aborto.

Grave ameaça é toda aquela capaz de vencer a resistência de uma pessoa normal. *Vani timoris nulla excusatio est*. O mal ameaçado deve ser grave, sério, inevitável ou irresistível, irreparável ou dificilmente conjurável, a recair sobre a vítima ou pessoa que lhe seja especialmente cara.

O termo *violência*, no texto do parág. único do art. 126, significa o emprego de *força física* (*vis corporalis*, *vis absoluta*, *vis atrox*). Refere-se o parágrafo à violência para obtenção do consentimento: se a violência é contemporânea à execução do aborto, é claro que o crime passa a ser, ontologicamente, o de aborto não consentido (em concurso com o crime de *constrangimento ilegal*).

No art. 125, finalmente, é previsto o aborto de *dissidente*: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.” É o caso mais grave, e por isto mesmo mais grave é a pena cominada: reclusão, de três a dez anos. Não é necessária a negativa expressa da gestante: basta que os meios abortivos tenham sido empregados à sua revelia, ou mesmo ignorando ela achar-se grávida.

Cumprе notar que, em qualquer caso de aborto provocado por terceiro, se o agente é médico ou parteira, ficará sujeito, em complemento à pena privativa de liberdade, à

pena acessória a que se referem o art. 69, n.º IV, e seu parág. único, n.º IV (“incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público”).

70. Aborto qualificado. Do aborto qualificado cuida o art. 127: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores “são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante “sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, “por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

Entende-se, aqui, que o evento “lesão corporal de natureza grave” (art. 129, §§ 1.º e 2.º) ou “morte” não tenha sido querido, nem mesmo eventualmente, pelo agente. Trata-se de uma hipótese de *crime preterintencional* ou *qualificado pelo resultado*: um crime-base doloso ligado a um resultado mais grave excedente da intenção criminosa, mas imputável ao agente a título de culpa. Se há dolo, ainda que eventual, por parte do agente, haverá concurso de crimes: o de aborto e o de lesão corporal grave ou homicídio, conforme o caso.

O aborto qualificado somente diz com as modalidades criminais previstas nos arts. 125 e 126. O aumento especial da pena não é aplicável à mulher (no caso de sobrevivência desta à lesão sofrida), ainda quando consentiente. No caso de lesões ou morte da mulher, tratando-se de auto-aborto, o instigador ou auxiliar, se houver, será punível, não como tal, mas a título de lesões corporais culposas ou homicídio culposo. No caso de lesões ocasionadas à gestante, mas sem efetiva interrupção da gravidez, haverá *tentativa qualificada* de aborto, aplicando-se as penas do art. 127, diminuídas de um a dois terços (art. 12, parág. único). As lesões a que alude o art. 127 são apenas aquelas que não resultam *necessariamente* ou não sejam inerentes a qualquer aborto com meios *não excessivos* ou, de qualquer modo, aptos a ocasionar lesões não necessárias. É a justa opinião de MANZINI: “Qualquer “aborto, mesmo quando provocado com meios admitidos

“pela ciência médico-cirúrgica e empregados com perícia, importa a lesão do útero e um estado patológico, mais ou menos grave e duradouro. É natural que tais lesões, que se consubstanciam no fato criminoso, não podem dar lugar a uma circunstância agravante, que pressupõe sempre um *quid extraordinario*. A agravante é, portanto, constituída somente pelas lesões extraordinárias.” A decidir-se de outro modo, o aborto seria sempre *qualificado*. Entre as lesões extraordinárias (que podem ser gerais ou locais), devem ser incluídas as *infecções* (endometrites, septicemia), os *abscessos* ou *gangrena do útero*, a *perimetrossalpingite*, a *peritonite*, etc.

A morte da gestante é *qualificativa* do aborto sempre que seja *previsível*, ainda que em mínimo grau, como consequência do aborto ou dos meios empregados. É preciso uma relação psíquica, pelo menos de culpa *levíssima*, entre o agente e o *resultado mais grave* (veja n.º 10, bem como o comentário sobre o art. 129, § 3.º). A morte pode ser imediata (fatos de inibição, hemorragia, embolia gasosa) ou mediata (infecção puerperal, envenenamento, etc.). A agravação especial da pena terá lugar ainda quando a morte do feto só se verifique em consequência da morte da gestante.

71. Tentativa de aborto. Do ponto de vista político, postula-se a impunibilidade da tentativa de aborto, quando realizada pela própria gestante ou com o seu consentimento. CARRARA, aderindo a BERLIER, foi dos que defenderam, convencidamente, esse critério de solução, dizendo que mais conveniente é a impunibilidade de um mal frustrado do que uma ação penal que não poderá ser intentada sem escandalosa publicidade e grave perturbação da paz no seio das famílias. E argumentava: “*Le ragioni stesse che indussero tutti i savi legislatori a non concedere a un Pubblico Ministero bigotto o indiscreto, la libera accusa dell'adulterio, militano per negargli la potestà di gettare il turbamento in una famiglia tranquilla, perchè è venuto a sapere da qualche fantesca maligna che la signorina illecitamente fecondata, in un gior-*

*no di timore sorbì, ma senza affetto nessuno, una medicina per abortire... L'assoluzione più probabile deluderà in ultimo risultato i sitibondi di pene: ma lo scandalo serà avvenuto: e la pace e il decoro di una famiglia saranno irreparabilmente sacrificati."*¹⁹⁰ Na França, a lei de 27 de março de 1932 (modificativa do art. 317 do Código de 1810) não pune a tentativa de auto-aborto: "*Sera punie... la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués, ou administrés à cet effet, si l'avortement s'en est suivi.*" O Código argentino, depois de incriminar o auto-aborto e o aborto consentido, declara expressamente (art. 88) que "*la tentativa de la mujer no es punible*". Também o Código mexicano (art. 1.002) só pune o aborto consumado. O Código português (art. 358, § 2.º) não pune a gestante, senão "segundo-se efetivamente o aborto".

O nosso Código, entretanto, não determina na espécie isenção de pena. O relevo dos múltiplos interesses tutelados com a incriminação do aborto (entre os quais o da própria saúde da gestante) não pode ser superado por critérios de oportunidade. Deixar impune a tentativa de aborto equivale a tolerar um ato que, além de imoral, cria uma possibilidade de dano a indeclináveis interesses sociais.

72. Aborto necessário. No art. 128, n.º I, o Código reconhece, explicitamente, a licitude do *aborto necessário*, isto é, "praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante". Já nos tempos medievais, médicos e juristas consentiam em que devesse ficar à margem da repressão penal o aborto necessário. Assim opinava ZACCHIA: "*Inter coeteras autem rationes quae persuadere possunt licere aliquando abortum provocare, illa certa magna facienda est, cum praegnantem aliquibus foeminis ita laetalis est, nisi abortiant, eas una cum foeto perire sit necesse, videtur non*

¹⁹⁰ *Programma*, parte especial, vol. I, §§ 1.263 a 1.270.

solum licere, sed aequam esse ad matrem salvandam abortum provocare.” Do mesmo parecer era CARERIUS, ao tratar do aborto, sob o ponto de vista penal: “*Non punitur si iudicio medicorum aliter non potest mater salvare... Pro salute mulieris excusatur.*”

A Igreja, entretanto, opõe-se a esse critério de decisão, entendendo que, de preferência, devia poupar-se o nascituro. Com a morte deste, sem batismo, iria crescer a legião errante do limbo, excluída do reino de Deus. Um médico francês, MARCHAND, procurou obviar esse mal, aconselhando que, antes de proceder-se ao aborto, se fizesse chegar até o feto algumas gotas de água benta, suficientes para o batismo, ou se procedesse ao batismo sobre o ventre da gestante... Outro argumento em que se fundava a Igreja era um aforismo de SÃO PAULO: *non sunt facienda mala ut eveniant bona* (não é necessário fazer um mal para que resulte um bem). Ora, semelhante ponto de vista levaria, na sua lógica, a cancelar os conceitos jurídicos do *estado de necessidade* e da *legítima defesa*, e apresenta-se, portanto, aberrante das leis e princípios sociais. Na atualidade, com a encíclica *Casti Connubii*, de Pio XI, a própria Igreja passou a tolerar o que se chama “aborto indireto”. Retrucando a uma azeda crítica formulada ao Código, neste particular, por ilustre arcebispo, assim nos pronunciámos:

“A questão do aborto terapêutico foi resolvida pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica. Trata-se de um caso especialmente destacado de “estado de necessidade”. A riscar-se o art. 128 do Código Penal, ter-se-iam de riscar, também, os arts. 19, n.º I, 20 e 146, § 3.º, I. Ainda que não tivesse sido explicitamente declarada a licitude penal do aborto terapêutico, nenhum juiz deixaria de incluí-lo na casuística do *necessitas caret legem*.”

Muito antes da Reforma, quando a religião católica era a religião do Estado e não sofria contrastes, já o direito secular não vacilava em admitir a impunidade do aborto tera-

pêutico. A palavra de SANTO TOMÁS DE AQUINO, de que *innocentes nullo pacto occidere licet*, não teve repercussão na lei social, que é editada para o plano terreno, e não para a *Civitas Dei*. Do ponto de vista humano-social, é despropósito sacrificar a gestante e o feto, quando aquela pode ser salva com sacrifício deste. Semelhante absurdo não passou despercebido ao padre AGOSTINHO GEMELLI, o maior sábio que a Igreja possui na atualidade, e no Congresso Obstétrico reunido em Milão, no ano de 1931, explicou ele, interpretando a encíclica *Casti Connubii*, que era permitido o *abôrto indireto*, isto é, conseqüente à ministração de meios terapêuticos, sem intenção positiva de eliminar o feto, ainda que este venha a morrer ou ser expulso prematuramente. Ora, esse apelo ao *aborto indireto* é apenas uma acomodação com o céu, um expediente arditamente excogitado para conciliar escrúpulos religiosos com a imperativa necessidade prática. Tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de produzi-lo.

Direito penal nada tem a ver com religião, a não ser para garantir a liberdade de cultos. Que o obstetra, se católico, faça chegar ao feto, como aconselhava MARCHAND, gotas de água benta e o batize, vá; mas terá faltado ao seu mais elementar dever se, podendo poupar a vida preciosa de uma mãe de família, com o sacrifício de um ser ainda não totalmente formado, deixar que ambos pereçam. É certo que o progresso da ciência vai diminuindo, cada vez mais, os casos em que se impõe o aborto terapêutico; mas isto apenas significa que tal recurso só será permitido nos casos extremos, irredutíveis por qualquer outro recurso."

Tem-se discutido se o aborto necessário é um caso de *estado de necessidade* ou de *legítima defesa*. Por esta última solução inclinava-se MARCHAND, impugnando o reconhecimento do estado de necessidade, pela prevalência do valor social do nascituro sobre o da mãe: "A mãe quase já terminou sua vida e deu, sem dúvida, o que estava ao alcance "de seus meios; o ser que nasce representa, ao contrário, o

“futuro e a esperança sociais.” Ora, sobre ser discutível este ponto de vista de maior valia social do nascituro, o conceito do estado de necessidade, na sua evolução, desprendeuse do critério de preferência pelo mal menor. Por outro lado, não se pode falar em legítima defesa onde não há uma agressão injusta. Atualmente, os códigos em geral autorizam o aborto necessário, quer como um caso especial de estado de necessidade, quer como um corolário da regra geral sobre essa descriminante. Expressamente o permitem, entre outros, os Códigos suíço, peruano, mexicano e argentino. O Código mexicano contém um dispositivo detalhado: “*No se aplicará sanción: cuando no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esta fuera posible y no sea peligrosa la demora. Tampoco se sancionará el parto prematuro artificial: cuando sin tener por objeto interrumpir la vida del producto se pratique en los casos en que no hubiere contraindicación que perjudique a la madre o al producto.*” Na Inglaterra,¹⁸¹ só é incriminado o aborto praticado *unlawfully*, entendendo-se que fica isento de pena o executado para salvar a vida da gestante. No Canadá, não é crime o aborto que, do ponto de vista terapêutico, seja praticado *in good faith*. Na França, a jurisprudência é unívoca no mesmo sentido. Na Itália, não se duvida que o aborto necessário se enquadre na fórmula geral do estado de necessidade.

O aborto necessário pode ser assim definido: é a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante. O aborto necessário pode ser *terapêutico* (curativo) ou *profilático* (preventivo). Durante a gravidez, apresenta-se, às vezes, em razão do estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente, séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante. Em tal situação, o médico assistente é o

¹⁸¹ RUSSELL, *On crimes and misdemeanors*, vol. I, 1926.

árbitro a quem cabe decidir sobre a continuidade ou não do processo da prenhez. A lei como que abdica nele, em relação ao feto, o *jus necis et vitae*. A êle incumbe averiguar se a incompatibilidade entre a moléstia em ato e o estado de gravidez é de molde a acarretar a morte (não apenas dano à saúde) da gestante: no caso afirmativo, é-lhe permitido interromper a gravidez, com o sacrifício do feto. Também se apresenta a necessidade do aborto quando existem vícios pélvicos ou outros obstáculos no conduto vaginal, que impossibilitem o parto sem grave perigo da vida da mãe. Se o feto já se acha em condição de maturidade tal que permita a sua vida extra-uterina, o médico deve procurar salvar, ao mesmo tempo, a mãe e o filho, praticando a operação cesariana ou a sinfisiotomia. É a fórmula de KÖNIG: “a mãe ao mesmo tempo que o filho”. Caso o estado da gestante não tolere a intervenção, ou esta não seja praticável sem demora, só então deve ser executada a embriotomia ou perfuração do feto. Eis, a respeito, o ensinamento de OETKER: ¹⁹² “Se a intervenção cirúrgica não é exequível porque faltem os necessários aparelhos, não podendo o médico obtê-los, nem vencer o obstáculo daí decorrente, como quando a gestante é “tratada por um médico rural e não seja aconselhável o “transporte a uma hospital por causa do perigo da demora “ou haja oposição da gestante ou seus parentes, etc., ou porque o resultado será certamente pior, dadas as condições “da gestante, deve ser afastada a sua prática e cuidar-se somente da perfuração do feto.” (*“Ist diese Operation nicht ausführbar, weil es an dem dazu nötigen Apparat fehlt, der Arzt ihr nicht gewachsen ist und diese Hindernisse sich nicht beiseitigen lassen — die Schwangere steht in der Behandlung eines Landesarztes und Transport in eine Klinik ist nicht ausgänglich wegen Gefahr im Verzug oder weil die Schwangere, ihre Angehörigen sich dem widersetzen usw. — oder wäre nach dem Zustand der Schwangeren schlimmer*

¹⁹² Ob. cit., págs. 264 e segs.

Ausgang nahebei gewiss, so bleibt diese Eventualität beiseite und es ist nur mit der Perforation zu rechnen.”)

Somente em casos graves, como é claro, e sempre que não haja risco de piores consequências para a mulher, torna-se aconselhável o aborto terapêutico ou profilático. Entre esses casos graves, comumente indicados nos tratados de obstetrícia e medicina legal, são de notar-se os seguintes: cardiopatias (quando haja descompensação), edema agudo do pulmão, vômitos incoercíveis, mal de BASEDOW, diabetes, tuberculose, eclampsia hipertensiva, retinite albuminúrica gravídica, anemia perniciosa, leucemia, hemorragias copiosas e rebeldes, polinefrite, má conformação da bacia ou estreitamentos pélvicos consideráveis, ectopia placentar com inserção cervical, retroversão do útero gravídico, obstrução da bacia por tumores que não possam ser deslocados, puncionados ou extraídos. Cumpre observar, porém, que a ciência médica, cada vez mais, diminui as hipóteses de indicações terapêuticas do aborto. Assim, nas cardiopatas, segundo demonstra GARCÍA PINTOS, a necessidade do aborto é hoje muito discutível. Mais de 90% delas suportam a gravidez e o parto. Também o aborto profilático é, amiúde, desnecessário, aleatório, quando não contraproducente ou prejudicial. É preciso que seja manifesta e urgente a necessidade, não sendo de abstrair-se, quando possível, a consulta a uma junta médica. Faz-se mister, como diz SELLEIM, jogar com as cartas abertas.

A licitude do aborto necessário não depende de consentimento da gestante ou pessoas de sua família. A gestante, muitas vezes, não poderia prestá-lo, por estar inconsciente, e, outras vezes, poderia querer sacrificar-se em holocausto ao filho. O marido e os parentes, de seu lado, poderiam ser inspirados por interesses inferiores, preferindo a morte da mãe ou a do filho, conforme o caso, por motivos de sucessão hereditária. Além disso, poderia ser desperdiçado, com a obtenção do consentimento, um tempo precioso. A permissão de intervenção arbitrária do médico, na espécie, se não

estivesse implícita no art. 128, estaria reconhecida no artigo 146, § 3.º, que declara não constituir *constrangimento ilegal* “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento “do paciente ou de seu representante legal, se justificada por “iminente perigo de vida”.

73. Aborto de estupro. Outra modalidade de aborto legal é da mulher engravidada em razão de estupro. Costuma-se chamá-lo *aborto sentimental*: nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Segundo BINDING, seria profundamente iníqua “a terrível exigência do direito, de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra”. O problema da legitimidade do aborto, na espécie, foi objeto de vivo e extenso debate por ocasião da primeira Grande Guerra (1914-1918), dada a multiplicidade das mulheres violentadas pelos invasores. OETKER, RADBRUCH e LANG, entre outros, impugnaram a autorização legal: a origem criminosa de uma vida não pode legitimar, do ponto de vista ético, seu aniquilamento, cabendo ao Estado cuidar dos filhos cuja criação não pode ser imposta à mulher; e, além disso, haveria o perigo dos abusos ensejados pela impunidade, pois nem sempre é fácil a prova da violência alegada, de modo que toda gravidez indesejada seria atribuída à violência. A opinião prevalente, porém, foi no sentido de não incriminação. O Código argentino foi dos primeiros a consagrar o princípio: “*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible... si el embarazo proviene de una violación*” (art. 86, 2.º). O nosso Código seguiu-lhe o exemplo, dispondo, no art. 128, n.º II, que não é punível “o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal”. Na prática, para evitar abusos, o médico só deve agir mediante prova concludente do alegado estupro, salvo se o fato é notó-

rio ou se já existe sentença judicial condenatória do estuprador. Entretanto, se o conhecimento de alguma circunstância foi *razoavelmente* suficiente para justificar a credulidade do médico, nenhuma culpa terá este, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação. Somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente.

Nos casos de violência *ficta* ou *presumida* (art. 224), a própria gravidez, via de regra, constitui a prova evidente do estupro.

Para sua própria segurança, o médico deverá obter o consentimento da gestante ou de seu representante legal, por escrito ou perante testemunhas idôneas. Se existe, em andamento, processo criminal contra o estuprador, seria mesmo de bom aviso que fossem consultados o juiz e o representante do Ministério Público, cuja aprovação não deveria ser recusada, desde que houvesse indícios suficientes para a prisão preventiva do acusado.

74. Aborto eugenésico. O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado *aborto eugenésico*, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido “quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal”.

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de *eugenia*. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a incisiva lição de von FRANQUÉ: “Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que me-

“reça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ter descendentes inteiramente sãos e de alta espiritualidade... A grande maioria dos tuberculosos geram filhos perfeita-mente sãos e até mesmo robustos.” (*“Es gibt keine Erkrankung der Mutter oder des Vaters, bei der die Wissenschaft allgemein oder gar im Einzelfalle mit Sicherheit die Geburt einer minderwertigen, der Aufopferung ohne weiteres würdigen Frucht voraussagen kann... Geisteskranke, sofern sie überhaupt fortpflanzungsfähig sind, ganz gesunde und geistig hochstehende Nachkommen haben... Die übergrosse Mehrzahl aller Tuberkulösen bringt ganz gesunde und oft recht kräftige Kinder zur Welt.”*) A propósito, impugnando a lei germânica que adotou a assexualização como medida eugênica e penal, dizíamos em 1936: “O nacional-socialismo de HITLER, que está subvertendo até os mais fundos alicerces a gloriosa cultura alemã, começou, nesse falso terreno de objetivos eugenésicos, por autorizar legalmente a esterilização voluntária dos enfermos psíquicos e mentais. A lei é de 14 de julho de 1933. Aceitando como verdades provadas e definitivas as prematuras conclusões dos eugenetas, proclama, como fatal e decisiva, a influência hereditária na gênese das moléstias da inteligência e do sentimento. Faz-se, assim, *tabula rasa* de toda uma muralha de objeções e argumentos estatísticos em sentido inverso. Rejeita-se a verdade mesma que entra pelos olhos dos próprios leigos em tão debatido assunto. Abstrai-se a lição da experiência, a ensinar-nos que indivíduos profundamente tarados podem gerar filhos providos da mais alta inteligência e até mesmo de genialidade, superiormente dotados em todos os aspectos do psiquismo. Esquece-se que o *super-homem* de NIETZSCHE (de NIETZSCHE que, depois de haver traçado diretrizes ao pensamento contemporâneo, foi morrer louco, ferido de paralisia geral, num cubículo de hospício), esquece-se que o *super-homem*, do famoso filósofo da *energia vital*, mais facilmente germinará num tronco de anormais psíquicos do que numa família de

indivíduos de tipo normal ou na acanhada estufa onde vegeta o *homo medius*. Esquece-se que ao lado dos psicopatas parasitários e inúteis, formando no triste rebanho dos *sub-homens*, há, em compensação, aqueles outros dos quais se pode dizer que são o “sal da terra”, peregrinos semeadores de beleza, requintados artistas da idéia e da linguagem, pioneiros das grandes conquistas científicas, vanguardeiros da Civilização, rasgadores de clareiras e novos horizontes ao espírito humano. Não se atende a que a teoria menos incerta em matéria de hereditariedade é o *mendelismo*, completado pela teoria cromossômica de MORGAN, a afirmar o caráter *recessivo* da herança patológica, isto é, o fato de que o *morbis*, latente e imperscrutável no plasma germinal, é quase sempre carregado pelos tipos mistos ou heterozigotos e vai surdir, inopinadamente, depois de várias intercaladas gerações indenes. Despreza-se, assim, o raciocínio de que se não pode sacrificar toda uma série de gerações pela simples suspeita de que possa advir, eventualmente, no seio delas, uma percentagem de tarados. Não se leva em conta que as ingênuas teorias de KRAFFT EBBING sobre a hereditariedade cada vez mais se desacreditam, e já ninguém pode sustentar, com sinceridade, a tese de que a causa única das enfermidades mentais reside na herança. Repudiam-se as mais insuspeitas constatações científicas, a exilarem da solução do problema os postulados tranqüilos. Olvida-se o eloqüente fato averiguado por SCHEIDEL (em contraposição aos dados fornecidos por FETSCHER) de que, entre os dez filhos de um esquizofrênico, apenas um padecia de esquizofrenia, e os nove restantes eram normais e até psiquicamente superiores ao tipo vulgar. Esquece-se que a transmissão hereditária das oligofrenias não está demonstrada senão em alguns casos endógenos de idiotismo ou de imbecilidade profunda, mas em que a esterilização seria desnecessária porque a quase totalidade desses indivíduos não chega à maturidade sexual, ou vive reclusa em asilos ou manicômios. Esquece-se que, se está comprovada a transmissão hereditária da epilepsia, está igualmente averiguada a ten-

dência para a regeneração dos caracteres epilépticos no transcurso das gerações. Olvida-se que, se é certo que a psicose maniaco-depressiva ou loucura circular pode transmitir-se hereditariamente, não é menos certo que entre suas fases se intercalam períodos de remissão que duram muitos anos ou toda a vida, e que muitos loucos circulares, além de socialmente adaptados, são, pelo fato mesmo de sua enfermidade, indivíduos de excepcional inteligência. Esquece-se que a conclusão imparcial a que se pode chegar após um detido exame do estado atual da ciência, no tocante à hereditariedade das anomalias psíquicas, é que, como assevera VALLEJO, o imperfeito conhecimento do papel da herança, aliado à dificuldade do diagnóstico clínico, não justifica, de modo algum, a esterilização dos portadores de enfermidades ou deficiências do psiquismo. Esquece-se que as celebradas investigações de RÜDIN fracassaram na tentativa de demonstrar, no homem, a transmissibilidade hereditária segundo as proporções mendelianas. Deslembra-se que, mesmo aceita a teoria mendeliana como a única plausível ou aproximada da realidade, é bem de ver que, dado o caráter recessivo da herança patológica mental, resulta uma ilusão o pretender-se a extirpação de todos os "genes" ou "fatores" mórbidos, pois muitos estão latentes em progenitores sãos, e haveria que esterilizar mais de metade da humanidade atual, sob o peso das taras ancestrais incubadas, e isto mesmo sem que se se ficasse assegurado contra o reaparecimento de taras idênticas, posto que por algum motivo teriam aparecido anteriormente. Olvida-se que a natureza é ciosa de sua perfeição e que a herança patológica, como adverte KLEIST, tende por si mesma a corrigir-se, espontaneamente, por uma espécie de *regeneração* ou *auto-depuração*. Esquece-se que no doente hereditário, ao que ensina HENTIG, podem coexistir "caracteres compensadores de valor social". Recusa-se a observação científica de que as anomalias do espírito e do senso moral se apresentam em igual número na descendência dos matrimônios lavrados pela tara e na dos matrimônios sadios. Abstraem-se as investiga-

ções estatísticas de DIEM e de KOLLI, demonstrativas de que os estigmas de degeneração se observam em quantidade idêntica nos psicopatas e nos são de espírito. Põe-se à margem a desconcertante constatação de VON JAUREG, de que certas moléstias nervosas se encontram mais freqüentemente nos ascendentes de pessoas sãs do que nos de enfermos mentais. Esquece-se que a insuficiência mental ou a anomalia psíquica não reside apenas nos fatores genotípicos, mas também nos fatores exógenos ou sociais, e contra estes últimos não há a opor senão reformas do ambiente social ou processos de reeducação.”

CAPÍTULO II

DAS LESÕES CORPORAIS

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena — detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1.º Se resulta:

I — incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II — perigo de vida;

III — debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV — aceleração de parto;

Pena — reclusão, de um a cinco anos.

§ 2.º Se resulta:

I — incapacidade permanente para o trabalho;

II — enfermidade incurável;

III — perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV — deformidade permanente;

V — aborto;

Pena — reclusão, de dois a oito anos.

Lesão corporal seguida de morte

§ 3.º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

**Diminuição
de pena**

§ 4.º *Se o agente comete o crime impedido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.*

**Substituição
da pena**

§ 5.º *O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos a dois mil cruzeiros:*

I — se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;

II — se as lesões são recíprocas.

**Lesão
corporal
culposa**

§ 6.º *Se a lesão é culposa:*

Pena — detenção, de dois meses a um ano.

**Aumento
de pena**

§ 7.º *No caso de lesão culposa, aumenta-se a pena de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses do art. 121, § 4.º*

DIREITO COMPARADO — Códigos: italiano, arts. 582 a 587 e 589; alemão, §§ 223 a 233; francês (modificado sucessivamente por leis de 28-4-1832, 13-5-1863, 19-4-1898 e 17-7-1908), arts. 309 a 313, 316 e 320; suíço, arts. 122 a 125; dinamarquês, arts. 245, 246, 248 e 249; português, arts. 359 a 362, 364 a 367 e 369; holandês, arts. 300 a 306, 308 e 309; norueguês, §§ 228 a 232, 237 e 238; peruano, arts. 165 a 168; polonês, arts. 235 a 237 e 230, § 2.º; argentino, arts. 89 a 94 e 81, letra b; uruguaio, arts. 316 a 332; húngaro, §§ 301 a 313; soviético, arts. 142 a 146; boliviano, arts. 521 a 524, 526 a 528, 533, 535 e 539 a 541; espanhol, arts. 418 a 428, 582 e 583; turco, arts. 177 a 179; colombiano, arts. 645 a 652, 662 a 664, 620 e 621; mexicano, arts. 288 a 301; venezuelano, arts. 415 a 422; paraguaio, art. 341.

BIBLIOGRAFIA — MANZINI, *Trattato*, vol. VIII; SALTELLI-DI FALCO, ob. cit., vol. II, parte 2.ª; JANNITTI PIROMMALO, ob. cit., vol. III; IRURETA GOYENA, *Lesiones personales*, in *Obras completas*, vol. IV, 1929; A. MOLINARIO, *El delito de lesiones*, 1938; EUSÉBIO GÓMEZ, ob. e vol. cit.; CARRARA (Franc.), *Programma*, p. e., vol. I, e *Opuscoli*,

vols. I e III; PESSINA, lit. cit.; ALTAVILLA, lit. cit.; CIVOLI, lit. cit.; LISZT-SCHMIDT, ob. cit.; FRANK (Reinhard), ob. cit.; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, 1907; VON BAR, lit. cit.; MOMMSEN, ob. cit.; FERRINI, *Diritto Penale Romano*, in *Enciclopedia* de PESSINA, vol. I, 1905; FALCHI, *Diritto Penale Romano*, vol. II, 1932; ALIMENA (B.), lit. cit.; VITOCOLONNA, ob. cit.; PANNAIN, *Lesione personale*, in *Nuovo Digesto Italiano*; BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, ob. cit.; CARRARA (M.), ob. cit.; HOFFMANN-FERRAI, ob. cit.; PELLEGRINI, ob. cit.; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, 1930; SEUFFERT, *Versuchsstraf und Erfolgshaftung bei vorsätzlichen Straftaten*, in *Bulletin de l'Union Inter. de Droit Pénal*, vol. IX, págs. 108 e segs., e *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, 1902; FLORIAN, *Trattato*, parte geral, 1934; DE MARSICO, *Diritto Penale*, 1935; *Cascienza e volontà nella nozione del dolo*, 1930; DEL VECCHIO, ob. cit.; CECCHI, ob. cit.; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930; ANTENOR COSTA, *Conceito médico-legal da deformidade*, 1916; ALCÂNTARA MACHADO, *A deformidade nas lesões corporais*, 1901; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal*, 1910; SOUSA LIMA, ob. cit.; GALDINO SIQUEIRA, ob. cit., vol. II; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, I, 1895; VIDAL-MAGNOL, ob. cit.; CHAVEAU ET HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 1862; MASSARI, lit. cit.; GARRAUD, lit. cit.; ROUX, *Droit Pénal et Procédure Pénale*, 1920; HAUS, *Droit Pénal Belge*, 1879; ROSSI (P.), *Traité de Droit Pénal*, 1872; KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855; CAVALLO, *La responsabilità obbiettiva nel diritto penale*, 1937; PAOLI, *Principii*, 1929; GAUTIER, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, II, pág. 233; FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, 1925; SÃO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, 1894; SABBATINI, *Istituzioni di diritto penale*, 1933; VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, 1933; NUCCI, *Preterintenzione e previsione dell'evento*, in *Scuola Positiva*, 1934, II, pág. 22; M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1923; SANTORO, *Teorie delle circostanze del reato*, 1933; OSMÁ LOUREIRO, ob. cit.; ARI FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa*, 1941; CRIVELLARI, ob. e vol. cits.; STOPPATO, lit. cit.; ANTOLISEI, lit. cit.; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, 1924; DELOGU, ob. cit.; RADBRUCH, in *Vergl. des deutschen u. ausländischen Strafrechts*, vol. II, 1908; BATTAGLINI, *La questione della responsabilità obbiettiva nel diritto penale*, in *Rivista Penale*, 1936; BIAMONTE, *Revisione critica del concetto di pericolo di vita*, 1909; IMPALLOMENI, lit. cit.; COSTA E SILVA, ob. cit.; HAFTER, ob. cit.; THORMANN e OVERBECK, ob. cit.; SOLER, ob. cit.; J. P. RAMOS, *Curso de derecho penal*, 1929; MAGGIORE, ob. cit., vol. II; NUDELMAN (Santiago), *El delito de lesiones*, 1953; ASSIS RIBEIRO (C. J.), *Lesões corporais no crime e no cível*, 1944.

COMENTARIO

75. Histórico. A lesão corporal (*Körperverletzung*, *blessure*, *lesione personale*), como crime *sui generis*, foi estranha ao direito romano, que a compreendia no conceito amplíssimo da injúria: "*Injuria autem fieri Labeo ait. aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. Omnemque injuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere. In corpus fit, cum quis pulsatur.*" As XII Tábuas e a *Lex Cornelia de injuriis* referiam-se à *membra ruptio* e à *ossis fractio aut collisio*, cominadas a pena de Talião para a primeira e muitas variadamente prefixadas para a segunda. Entre as injúrias reais figuravam a *pulsatio* (*sine dolore caedere*) e a *verberatio* (*cum dolore caedere*), bem como a provocada perturbação mental.¹ A jurisprudência distinguia entre as *injuriae atroces* e as *injuriae leves*, incluindo entre as primeiras as ofensas físicas.² O direito pretoriano aboliu o talião para o *membrum ruptum* e substituiu as multas tarifadas pela *actio injuriarum aestimatoria* do direito civil. A princípio, não se distinguia entre a lesão dolosa e a culposa. A tentativa não era punível, salvo quando consistia em ameaça, que era também uma modalidade da injúria. ("*Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae, et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit: utili injuriarum actione tenetur.*")

Na Idade Média, os práticos italianos limitavam-se a repetir os critérios romanísticos. Já o mesmo, entretanto, não aconteceu com o direito bárbaro, no qual, aliás, veio depois

¹ D., XLVII, 10, 1.15, princ.: "*Item apud Labeonem queritum, si quis mentem alicujus medicamento, aliove quo alienaverit, an injuriarum actio locum haberet? et ait, injuriarum adversus eum agi posse.*"

² Inst., 4.4.9: "*Atrox injuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit, vel justibus caesus... Nonnunquam et locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percusserit.*"

inspirar-se o direito intermédio na Itália. As leis bárbaras cogitavam particularmente das ofensas físicas, dividindo-as em *Schläge* (correspondentes à *pulsatio* e *verberatio* do direito romano), *Blutwunden* (ferimentos) e *Verstümmlungen* ou *Lähmungen* (mutilações). Não foi senão lentamente que se elaborou no direito científico, de modo nítido, o conceito da *violatio corporis* ou *lesa sanitas* como entidade criminal autônoma, podendo dizer-se que só foi definitivamente destacada como tal depois dos Códigos austríaco de 1803 e francês de 1810.

76. Generalidades. O crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. *Lesão corporal* compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde, e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma *violência* exercida sobre a pessoa. Como dizem PUGLIA e SERRATRICE (*apud* MOLINARIO), o crime de lesão corporal é “o resultado de todos os fatos ou processos violentos, materiais, morais ou de qualquer natureza, capazes de produzir, direta ou indiretamente, alguma alteração na perfeita, regular e fisiológica integridade, funcionamento, estrutura e vitalidade dos tecidos e órgãos, sem chegar a ocasionar a morte, e sempre que o agente não tinha intenção de matar”. A violência lesiva da integridade *anatômica* é necessariamente

física ou mecânica, importando, via de regra, uma solução de continuidade nos tecidos e derramamento de sangue. No tocante, porém, à perturbação da saúde, pode ela derivar de uma violência moral. A provocação de um susto, por exemplo, sem qualquer ação física sobre a vítima, pode ser causa de lesão (conturbação psíquica, choque nervoso).

O novo Código, diversamente do anterior, não faz referência à dor, como mínimo conteúdo de fato da lesão corporal. De índole inteiramente subjetiva, a dor só por falível presunção pode ser reconhecida como efeito da violência. Exclusivamente por si mesma, isto é, quando desacompanhada de qualquer descontinuidade da pele ou da inteireza anatômica, a dor deixou, assim, de entrar no conceito da lesão corporal (veja-se, em apoio de tal critério, LEONÍDIO RIBEIRO, ob. cit., págs. 87 e segs.). Quando a violência não é demonstrável por vestígios sensíveis, poderá constituir *vias de fato* (art. 21 da Lei das Contravenções Penais) ou modalidade de *injúria real* (§ 2.º do art. 140 do Código), conforme o caso, mas não o *crimen laesae sanitatis*.

O objeto da tutela penal, na espécie, é o bem jurídico da integridade física ou fisiopsíquica da pessoa. Protegendo a incolumidade pessoal, a lei penal atende, de par com o interesse individual, a um indeclinável interesse social, qual seja o da normal eficiência e aptidão de cada um dos indivíduos, que constituem elementos de sinergia da prosperidade geral da sociedade e do Estado. E por isto mesmo que está em jogo um interesse social, é de todo irrelevante, para excluir o crime de lesão corporal, o consentimento do ofendido. Nem se argumente com a ausência de sanção penal contra o indivíduo que voluntariamente pratica uma lesão em si mesmo. O que se passa é simplesmente o seguinte: a lei não pode cogitar do que *rarissime accidit*, isto é, de fatos inteiramente anômalos ou só imagináveis da parte de loucos rematados; mas, a admitir-se que a autolesão viesse a tornar-se frequente, é claro que o direito positivo imediatamente interviria, para incriminá-la, como, aliás, já o faz no caso particular e não invulgar dos conscritos militares que procuram inutilizar-

-se para o serviço das armas. ³ Não há também invocar os casos especiais em que a lesão do *consensiente* fica imune de pena, como, por exemplo, na *intervenção cirúrgica*, com o fim de cura ⁴ ou mesmo de *estética* (que é um interesse social tutelado pela própria lei penal, tanto assim que entre as lesões *gravíssimas* figura a que produz *deformidade*); na *extração de sangue para transfusão* (fim humanitário); na *violência esportiva*, ⁵ na *circuncisão* (fim higiênico); na *perfuração das orelhas* para uso de brincos. ⁶ Em tais casos, porém, não é o *consentimento* do *subjectum juris* que *exclui o crime*, mas, sim, a ausência de dolo (*voluntas sceleris*) que *isenta de pena*: o agente não procede com *animus delinquendi*, mas por um fim socialmente útil ou aprovado pela moral prática, quando não regulado pelo próprio poder público. Desde que estas condições não ocorram, o fato é punível, pouco importando o *duorum in idem placitum consensus*. Assim, não é isenta de pena (a título de *lesão corporal*, em concurso com *favorecimento pessoal* ou *fraude processual*) a operação de *plástica*

³ O dec.-lei n.º 1.187, de 4-4-39, cominava prisão com trabalho, agravada quando o fato é cometido em tempo de guerra, àqueles "que voluntariamente criarem, para si, defeito físico temporário ou permanente, que os inabilite para o serviço militar". E o novo Cód. Penal Militar, no seu art. 160, dispõe: "Criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar: pena — detenção, de 6 meses a 2 anos."

⁴ É de notar-se que, quando se apresenta "imminente perigo de vida", a intervenção cirúrgica arbitrária (sem consentimento do paciente) não constitui, sequer, o crime de *constrangimento ilegal* (art. 146, § 3.º, n.º I).

⁵ Já o direito romano decidia que "*si quis percutiat... dum certat, injuriarum non tenetur*" (D., XLVII, 10,1.3, § 3), e isto porque "*gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia videtur damnum datum*" (D., IX, 2,1.7, § 4). É claro que não ficam imunes de pena as lesões, dolosas ou culposas, *não necessárias* ou produzidas além dos limites fixados pelas regras do jogo.

⁶ Não fazemos referência ao *corte de cabelo* ou *da barba*, pois que, mesmo quando praticado arbitrária ou violentamente, não deve ser considerado *lesão corporal*, mas *vias de fato* ou *injúria real*.

para tornar irreconhecível um criminoso foragido. Igualmente punível será a lesão ocasionada numa perigosa experiência *in anima nobili*.

A lesão corporal é crime *instantâneo*: consuma-se com a ação ou omissão produtiva do dano, pouco importando que este perdure além da atividade causal.⁷ A prolongada duração ou permanência do dano não protraí o *summatum opus*: pode influir na *qualificação* do crime, mas não na sua existência.

A multiplicidade das lesões infligidas, *num só processo de atividade* (ainda que com diversos meios) e *contra a mesma pessoa*, não importa *concurso de crimes*: o fato, na sua totalidade, constitui um crime único. A unidade de crime só deixará de ser reconhecida quando haja uma interrupção tal da atividade criminosa, que o ato sucessivo se apresente como resultante de nova determinação é constituindo um *novo fato*. Por outro lado, aplicar-se-á a regra do concurso material quando, embora com uma só ação ou omissão, sejam voluntariamente atingidas várias pessoas (art. 51, § 1.º, *in fine*).

Do ponto de vista do elemento subjetivo, a lesão corporal divide-se em *dolosa* e *culposa*. A lesão dolosa subdivide-se, para diverso tratamento penal, segundo a menor ou maior extensão do dano objetivo, em *simples* ou *leve* e *qualificada*. Esta última, por sua vez, subdivide-se em "grave", "gravíssima" e "seguida de morte".

77. Lesão corporal dolosa. É a lesão infligida *vulnerandi* ou *laedendi animo*, isto é; com a vontade consciente e livre de ocasionar um dano à integridade física ou saúde

⁷ Instantâneo não é apenas o crime no qual a objetividade jurídica da ação ou da omissão se produz e se exaure, em todos os seus efeitos, no momento em que se concretizam os elementos ou condições de sua punibilidade: é também instantâneo o crime quando o efeito antijurídico se protraí no tempo independentemente de uma ulterior ou *permanente* atividade criminosa (decisão da Corte de Cassação italiana, *apud* MANZINI).

de outrem. Não basta a *voluntariedade* da ação ou omissão, desacompanhada da vontade positiva de ofender ou, pelo menos, da aceitação do risco do previsto evento lesivo. Assim, se uma pessoa, para abrir passagem entre a multidão, procura afastar com a mão outra pessoa, e esta, perdendo o equilíbrio, vem a cair e ferir-se, o que se tem a reconhecer é uma lesão corporal *culposa*. De outro lado, pressuposto o *animus laedendi*, basta que a ação ou omissão seja causa indireta da lesão, para que esta se considere dolosa. Exemplo: um indivíduo atira uma pedra contra o seu adversário, e este, ao desviar-se, resvala e cai, ferindo-se na queda. O agressor em tal caso, responderá por lesão corporal dolosa.

Os *essentialia* da lesão corporal dolosa podem ser assim fixados: a) um dano à integridade corporal ou saúde de outrem; b) a relação de causalidade entre a conduta do agente e esse evento lesivo; c) o *animus laedendi*. No que concerne ao elemento subjetivo é que se distingue entre a lesão corporal dolosa e a tentativa *cruenta* de homicídio; nesta, o agente procede com a intenção de matar, ao passo que, naquela, apenas com a intenção de ferir ou causar um dano à saúde.

78. Tentativa de lesão corporal. É reconhecível e punível a tentativa de lesão corporal. Argumenta-se, em sentido contrário, que, frustrado o gesto dirigido à lesão, não se sabe qual a espécie de lesão visada pelo agente, isto é, se *grave*, *gravíssima* ou *leve*, e, assim, não se pode reconhecer a tentativa, que pressupõe uma ação voluntária e conscientemente orientada para um fim determinado. A objeção não procede. Se as circunstâncias evidenciam o *animus vulnerandi*, mas deixam em dúvida se o agente pretendia uma lesão simples ou qualificada, a imputação deve inclinar-se pela solução mais favorável, segundo o princípio de que *in dubio pro reo* (GALDINO SIQUEIRA). Há casos, porém, em que pode ser manifesta a *gravidade* da lesão tentada. Ninguém deixaria de reconhecer uma tentativa de lesão *gravíssima* no fato, por exem-

plo, de quem atira vitríolo na direção do rosto do seu inimigo, que, desviando-se tempestivamente, consegue escapar ileso.

Cumpra distinguir entre tentativa de lesão corporal e o crime de "criação de perigo direto e iminente à saúde de outrem" (art. 132): naquela, há *dolo de dano*; neste, há apenas *dolo de perigo*, ou seja, o agente sabe que põe em perigo a saúde de outrem, mas não quer, nem mesmo eventualmente, que ocorra o evento lesivo (exemplos: o dono do circo, para provocar sensação, inescrupulosamente, faz com que o equilibrista, contra seu hábito, se exhiba sem a rede de proteção; um médico submete alguém a uma ousada experiência científica).

Igualmente, diferem da tentativa de lesão as *vias de fato*, que se caracterizam por violência exercida sem dano corporal e sem *animus vulnerandi*, podendo ser *ultrajantes* (*bofetada leve, stercora projicere*, etc.), e, assim, constituir *injúria real* (art. 40, § 2.º), ou *não ultrajantes* (simples empurrão, puxão de cabelos, etc.), constituindo simples contravenção (art. 21 da Lei de Contravenções).

Finalmente, não há confundir a tentativa de *violatio corporis* com a *ameaça real* (ex.: apontar contra outrem uma arma de fogo), pois nesta há somente o intuito de *intimidar*, ou perturbar a tranqüilidade pessoal do sujeito passivo.

78-A. Lesão simples ou leve. É a lesão no seu tipo fundamental. O seu conceito obtém-se por exclusão: é a lesão que, compreendida na fórmula genérica do art. 129, não acarreta nenhum dos resultados previstos nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do mesmo artigo. A pena aplicável é a de detenção por três meses a um ano, isto é, a pena ordinária da lesão corporal dolosa.

79. Lesões qualificadas pelo resultado. São previstas nos §§ 1.º a 3.º do art. 129. O crime de lesão corporal apresenta-se, aqui, com pena diversa da ordinária, mas não há mudança de *nomen juris*. Os resultados enumerados nos referidos parágrafos funcionam como *agravantes especiais* ou *condições de maior punibilidade*, e não como *elementos*

constitutivos de crime distinto. Para imputar-se a lesão corporal qualificada pelo resultado, não é necessário que este tenha sido querido pelo agente. Em algumas hipóteses (lesão seguida de morte, lesão com perigo de vida, lesão que produz aborto), é mesmo pressuposta a ausência de vontade dirigida ao resultado qualificativo. Fora desses casos (em que a compreensão do resultado no dolo do agente transforma o fato em crime mais grave), basta que o agente tenha querido ofender a integridade física ou a saúde de outrem, pouco importando que tivesse visado, ou não, a um resultado diverso do que efetivamente ocorreu, mesmo porque *vulnera non dantur ad mensuram*. Como justamente observa GARRAUD, “o agente que pratica voluntariamente atos, cuja natureza conhece, deve ser responsável pelos resultados que “esses atos produziram e pode ser punido na proporção de “tais resultados”. Quem comete uma violência contra outrem sabe ou deve saber as conseqüências graves que podem ocorrer.

Não se segue daí, porém, que esteja consagrada na espécie uma pura responsabilidade objetiva. Se o resultado *qualificativo* da lesão é mais grave do que o querido deriva de *caso fortuito*, interrompe-se o processo causal originário da ação ou omissão (art. 11, parág. único), e ao agente, por isso mesmo, somente pode ser imputado o crime de lesão simples.

Como já vimos, as lesões qualificativas pelo resultado dividem-se em “graves”, “gravíssimas” e “seguidas de morte”. Vamos identificar e analisar cada uma dessas modalidades.

80. Lesões graves. Encontram-se estas alinhadas no § 1.º do art. 129. A primeira delas é a de que resulta *incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias*. Por *ocupações habituais* não se devem entender somente aquelas de natureza lucrativa. Trata-se de um conceito *funcional*, e não *econômico*. A lei tem em vista a atividade habitual do indivíduo *in concreto*, pouco importando que seja economicamente improdutiva. De outro modo, ter-se-ia de

chegar à absurda conclusão de que uma criança não pode ser sujeito passivo dessa modalidade de lesão grave. A *incapacidade* pode ser física ou psíquica. Deve ser *real*, não devendo confundir-se com o que MANZINI chama *relutância voluntária*, determinada pela vergonha de deixar ver os sinais da lesão sofrida ou outras preocupações semelhantes. Só deixa de existir a incapacidade quando o ofendido retorna ao *statu quo ante*, isto é, quando readquire a possibilidade de atender a *todas* as suas ocupações, e não somente a alguma ou algumas delas.

Não há relação necessária entre a capacidade para o exercício da atividade habitual e a cura completa do ferimento: este pode não estar ainda cicatrizado e, no entanto, permitir que o indivíduo volte às suas ocupações, sem prejuízo da cura definitiva. Inversamente, pode a ferida estar cicatrizada e persistir o estado de debilidade que impossibilite o serviço ativo habitual. Está implícito que a *ocupação habitual* deve ser *licita*. Assim, os criminosos profissionais em geral não são contemplados na agravante em questão: obstar-lhes a atividade, ao invés de ser um mal, redundaria num benefício social.

É prefixado no texto legal o tempo mínimo que deve durar a transitória *incapacidade*, para que se reconheça a agravante em questão: *mais de 30 dias*. Neste prazo deve ser computado o dia do começo (art. 9.º), e basta o decurso de um minuto que seja, após o trigésimo dia, para que se tenha de reconhecer a gravidade da lesão, se persiste a incapacidade dela resultante. Esta persistência tem de ser averiguada mediante exame médico complementar (art. 168 do Código de Processo Penal).

Acima-se de arbitrário e empírico esse critério de avaliação de *gravidade* da lesão, que pode ser, por sua natureza, de notável periculosidade e, no entanto, estar curada ao fim de poucos dias, como, por exemplo, nos casos de hemorragia aguda, comoções cerebrais ou viscerais, *shocks*, asfixias, certos envenenamentos. Por outro lado, uma lesão que, em si mesma, é leve pode, por circunstâncias meramente aciden-

tais, acarretar por mais de 30 dias a inaptidão para os serviços habituais. O novo Código, porém, procurou evitar essas excepcionais incongruências. Referindo-se às lesões que chamamos *graves* e ao critério cronológico em questão, explica a *Exposição de motivos*: "... como uma lesão pode apresentar gravíssimo perigo (dado o ponto atingido) e, no entanto, ficar curada antes de um mês, entendeu o projeto de incluir nessa mesma classe, sem referência a condição de *tempo* ou a qualquer outra, a lesão que produz "*perigo de vida*."

Quanto às circunstâncias acidentais que poderão fazer perdurar a incapacidade funcional decorrente de uma lesão inicialmente sem maior gravidade, é bem de ver que, se elas constituem mero *caso fortuito*, o *quid pluris* do evento não pode ser imputado ao agente, nem mesmo como a sua causa física (parág. único do art. 11).

Segue-se entre as lesões graves, na ordem em que as enumera o Código, a que produz *perigo de vida*. *Perigo de vida* é a probabilidade concreta e presente do resultado letal. Trata-se de um conceito objetivo-subjetivo: é necessária uma realidade objetiva, na qual se fundamente um *juízo de probabilidade*. No curso do processo patológico conseqüente à lesão, deve haver um momento, por mais fugidio, em que, pelo estado do paciente, resulte provável a sua morte. É a lição de BIAMONTE: o perigo de vida existe desde que "*nel decorso processo patologico, generato dalla lesione, vi è un momento, più o meno lungo, in cui le condizioni del paziente e l'insieme dei particolari del caso fanno ritenere all'uomo di scienza probabile l'esito letale*". Não basta uma probabilidade mediata ou condicionada a possíveis complicações. O perigo deve ser atual, sério, efetivo, e não remoto ou meramente presumido. De outro modo, todo ferimento importaria a agravante de que se trata, pois sempre traz consigo a álea de um infecção ou complicação séria, e, portanto, representa um perigo *potencial* de vida. O perigo de vida deve ser reconhecido por sintomas objetivamente demonstráveis, referindo-se às funções mais importantes da vida orgânica. Em me-

dicina legal, comumente, dá-se principal relevo ao modo de comportar-se do coração, aferido pelos caracteres do pulso, que atesta o perigo quando se torna freqüentíssimo, débil, filiforme, dícroto (com pulsação dupla por cada sístole), arritmico. Também sintomático é o modo da respiração, isto é, quando esta se faz superficial, dispnéica de intensidade, polipnéica por freqüência, desigual, particularmente com as conhecidas modalidades do “ritmo de CHEYN-STOCKES” (a *típica*, com uma fase sempre crescente de inspiração, outra descendente de expiração e uma pausa, repetindo-se o fenómeno; a *ondulatória*, em que, ao invés da apnéia, há pequenas ondulações, e a *mista*, que é a alternatividade das duas anteriores), eventualmente associadas a sinais de edema pulmonar. Outra sintomatologia relevante é a que concerne às funções nervosas: perda ou obnubilação da consciência, a redução ou desaparecimento de certos reflexos, a exasperação de outros, etc.

Certos ferimentos há que são, *ex se*, perigosíssimos, como, por exemplo, os que afetam o peritônio ou as meninges. Referindo-se a eles, dizia CARRARA que devem ser considerados, em si mesmos, sem mais indagação, como produtivos de perigo de vida. Não prevaleceu, porém, tal opinião. Mesmo nessas eventualidades, para que se reconheça a agravante, é necessário que resultem fenómenos (peritonite, meningite) efetivamente sintomáticos do perigo de vida. Cabe à perícia médico-legal atestar o perigo de vida, quer quando ainda *atual*, quer quando já *passado* (mediante indagação retrospectiva). O juiz, entretanto, não está irremissivelmente adstrito ao laudo pericial, podendo decidir, por livre convicção, em face das provas em conjunto (arts. 182 e 157 do Código de Proc. Penal).

Cumprе notar que a probabilidade da morte da vítima não deve estar compreendida no dolo do agente, pois, do contrário, o que se terá de reconhecer é uma *tentativa de homicídio*.

Entre as lesões graves é também classificada a que acarreta *debilidade permanente de membro, sentido ou função*.

O Código de 90 não previa este *eventus damni* como qualificativo da lesão corporal: para que se reconhecesse a gravidade desta, era necessário que ocorresse “*mutilação, amputação ou privação* permanente de uso de um órgão ou membro”. Este critério restritivo levava a soluções intoleráveis. Assim, no caso de órgão *duplo* ou *geminado*, a perda de um só dos seus elementos componentes não constituía lesão grave por si mesma, pois, se enfraquece ou *debilita* o órgão, não o destrói ou inutiliza por completo. Seguindo o exemplo do Código italiano, que já inspirara os Projetos SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO (o primeiro injustificavelmente equiparava o enfraquecimento à inutilização do órgão ou membro), o novo Código corrigiu a falha.

Debilidade é a redução da capacidade funcional, decorrente, de modo residual, de um processo mórbido. Deve ser *permanente*, notando-se, porém, que *permanente* não significa o mesmo que *perpétua*. Segundo a definição de BRINHA, “debilidade permanente é o estado consecutivo a uma “lesão traumática, que *duradouramente* limita o uso, a energia e a plenitude de uma função, sem comprometer o bem-estar geral do organismo”.

Membro se diz especialmente de qualquer dos apêndices do tronco, destinados ao exercício das funções de relação. Os membros são em número de quatro: dois inferiores ou *abdominais*, que servem para a *sustentação* e a *deambulação*, e dois superiores ou *torácicos*, que servem para o *tateio* e a *prêssão*. Cada membro superior divide-se em *braço*, *antebraço* e *mão*; cada membro inferior se reparte em *coxa*, *perna* e *pé*.

Sentido significa qualquer das faculdades por meio das quais percebemos o mundo exterior. São em número de cinco, correspondendo cada qual a um órgão especial: vista, audição, gosto, olfato e tato (sentido muscular).

Função é a atuação específica exercida por qualquer órgão. As principais funções são em número de sete: *digestiva*, *respiratória*, *circulatória*, *secretora*, *reprodutora*, *sensitiva* e *locomotora*. Podem ser reunidas em dois grandes

grupos: *funções da vida vegetativa e funções da vida de relação*. Quem diz *função* diz *órgão*, e *vice versa*. O dispositivo legal é um tanto redundante, ao falar em *sentido* e, a seguir, em *função*; pois cada *sentido* representa uma *função*. Tecnicamente, bastaria que se referisse à *função*, de modo genérico; mas não se deve esquecer que, tratando-se de lei penal, a explicitude da redação é preferível à sua rigorosa precisão técnica.

Os *membros* são *complexos*, isto é, funcionam pela ação combinada de seus componentes. De seu lado, alguns *órgãos* são *duplos* ou *geminados*, como o da vista, o da audição, os rins, os pulmões, os testículos, etc., ou também *complexos* como, por exemplo, o órgão da mastigação. A ablação ou inutilização de um dos *elementos componentes* constitui a agravante em questão, se apenas acarreta a diminuição funcional do membro ou órgão; mas, se implica a privação total de uso do membro ou órgão, a lesão passa a ser *gravíssima* (§ 2.º, n.º III, do art. 129). Assim, se se corta a mão a alguém, ou se lhe é arrancado um dos maxilares (componentes do órgão da mastigação), a lesão é *gravíssima*; mas já o mesmo não acontece se é inutilizado um só dedo da mão ou do pé, ou um só dos rins: nestes casos apenas se apresenta uma *debilidade* de membro ou função. É claro que, se a parte do órgão inutilizada era a única que restava, a lesão será classificada como *gravíssima*.

Discute-se se o arrancamento de um só dente representa lesão grave, por debilitação do órgão da mastigação. É uma *quaestio facti*, a ser resolvida de caso em caso. A uma pessoa com escasso número de dentes, a perda de mais um pode ser grandemente prejudicial, importando, sem dúvida alguma, a gravidade da lesão. Por outro lado, se se trata de dentes já irremediavelmente estragados ou assediados pela piorreia, não se pode reconhecer a agravante especial, ainda que vários sejam os dentes arrancados.

Deve notar-se que o possível tratamento ortopédico ou *reeducativo* do membro ou órgão *debilitado* não exclui o reconhecimento da gravidade da lesão.

Por último, figura entre as lesões graves a que provoca *aceleração de parto*. Embora inspirado no Código italiano, ao prever tal resultado como agravante especial da lesão, o nosso Código evitou a redação pleonástica com que aquele formulou o seu dispositivo: “*se la persona offesa è una donna incinta e dal fatto deriva l’acceleramento del parto*”. Não escaparia ao Sr. DE LA PALISSE que a aceleração de parto somente pode ocorrer se a vítima é uma mulher grávida... É necessário, para a existência da agravante, que o agente tenha a *scientia praegnationis* ou, pelo menos, que seja inescusável a sua insciência em tal sentido. Se ignorava a prenhez da ofendida e não lhe era possível percebê-la, dá-se um *erro de fato invencível*, que exclui a pena agravada.

Aceleração de parto é a expulsão precoce do produto da concepção, mas em tal estado de maturidade, que pode continuar a viver fora do útero materno. Compreende tanto o caso em que o parto advém antes do tempo normal (mas necessariamente depois do tempo mínimo para a possibilidade da vida extra-uterina), quanto o caso em que ocorre no tempo normal, mas por trauma físico ou psíquico. Presupõe-se que o feto esteja vivo, nasça vivo e continue a viver, dado o seu grau de maturação. Se o feto morre no útero ou fora dele, em consequência da lesão, o fato passa a ser *aborto*, e a lesão se qualificará como gravíssima (§ 2.º, n.º V, do art. 129).

Compete aos peritos-médicos constatar se a expulsão precoce foi realmente devida à precedente lesão corporal. Também a prova testemunhal pode ser útil, na indagação dos episódios pregressos. Indícios veementes desse nexo causal são, entre outros, a seqüência, imediata à lesão, do escoamento do líquido amniótico e aparecimento das dores. No caso de dúvida, porém, deve excluir-se a relação de causalidade.

81. Lesões gravíssimas. São as enumeradas no § 2.º do art. 129. Em primeiro lugar, apresenta-se a lesão de que resulta *incapacidade permanente para o trabalho*. A *incapa-*

cidade deve persistir de tal forma, que se não possa, nem mesmo aproximadamente, calcular a época de sua cessação. Não é preciso, porém, que dure por toda a vida. Já, aqui, não se refere a lei à *ocupação habitual* do ofendido, mas ao trabalho *in genere*. O ofendido deve ficar privado da possibilidade, física ou psíquica, de aplicar-se a qualquer atividade lucrativa. O vocábulo *trabalho* é empregado em sentido restrito, isto é, como livre movimento ou emprego do corpo para um fim econômico.

Em seguida, é prevista como lesão gravíssima a que produz *enfermidade incurável*. *Enfermidade* é o processo patológico em curso. A *incurabilidade* deve ser certa ou muito provável, segundo a experiência científica ou *id quod plerumque accidit*. Exemplos: cardiopatias conseqüentes a traumas, pleurite crônica decorrente de lesão da pleura, hérnia com prolapso permanente do intestino. É necessário que se trate de enfermidade em ato, e não de simples *reliquat* de um processo mórbido, que não constitua doença em si mesmo.

Gravíssima é também a lesão que acarreta *perda ou inutilização de membro, sentido ou função*. Já não se trata de simples *debilitação*, mas de perda ou definitiva inutilização de membro, sentido ou função. Sobre o que seja membro, sentido ou função, veja-se n.º 80. Não se apresenta a agravante se o membro é inutilizado parcialmente, sob o ponto de vista funcional, ou se persiste, embora diminuído, o sentido ou função. O texto legal fala em *perda ou inutilização*. A *perda* resulta da ablação do membro ou órgão (correspondente ao sentido ou função). Pode ocorrer por *mutilação* (no momento físico da ação criminosa) ou por *amputação* (em ulterior intervenção cirúrgica, como condição necessária à preservação da vida do ofendido). No caso de *inutilização*, o membro ou órgão não é destacado do corpo, mas fica inapto à sua função, como, *in exemplis*, por anquilose ou paralisia.

Indaga-se se a ruptura ou destruição do hímen (quando não praticada para fim libidinoso) constitui a agravante em questão. A opinião dominante é no sentido de que o hímen não é propriamente um órgão, não exercendo função algu-

ma, senão a de *testis virginitatis*, isto é, uma função de valor social, e não biológico. Se nenhum é o seu papel na economia orgânica, não pode estar compreendido na fórmula da agravante.

É igualmente considerada gravíssima a lesão de que resulta *deformidade permanente*. Que é *deformidade*? Se nos limitássemos a fixar o sentido léxico do vocábulo (*desvio, deturpação, vício de forma*), estaríamos longe de traduzir o que seja *deformidade* sob o ponto de vista jurídico-penal. A deformidade a que se refere o inciso IV do § 2.º do art. 129 não é qualquer deturpação ou vício de forma. Não se trata de um conceito puramente objetivo, mas, a um só tempo, objetivo e subjetivo.

Como condição de fato de maior gravidade da lesão, a deformidade deve ser, antes de tudo, *permanente*. Esse caráter é expressamente reclamado no texto legal. Permanente é a deformidade indelével, irreparável, excludente da possibilidade de uma *restitutio in integrum*. A irreparabilidade deve ser entendida no sentido de que a deformidade não seja retificável em si mesma. *Reparar* é preparar de novo, é renovar, reintegrar, consertar, senão melhorar; não é dissimular, fingir, remediar (AFRÂNIO PEIXOTO). Não deixa de ser *deformidade permanente* a que permite dissimulação (substituição de olho natural por olho de vidro, ocultação de cicatriz pela barba). Ninguém está obrigado a usar *postiços* ou disfarces para favorecer a sorte do seu ofensor. O ofendido pode mesmo negar-se a um tratamento de plástica (nem sempre livre de perigos), sem que por isso o ofensor deixe de responder por lesão gravíssima. *Permanência* não quer dizer *perpetuidade*, mas não deve ser reconhecida a agravante quando o ferimento, embora inicialmente deformante, possa vir, em futuro não remoto, a resultar em ligeira cicatriz.

Se da apreciação objetiva passamos à subjetiva, cumpre fixar, desde logo, o seguinte: a deformidade deve ser tal que cause uma impressão, se não de repugnância ou de mal-estar, pelo menos de desgosto, de desagrado. É a cicatriz que acarreta chocante assimetria, é a desfiguração notável. O Código

italiano refere-se, como agravante especial da lesão, não somente à *deformazione del viso* (deformação do rosto), mas também ao *sfregio permanente nel viso* (gilvaz permanente no rosto), isto é, qualquer alteração sensível, embora não macroscópica, da harmonia ou beleza do rosto. Perante o nosso Código, porém, o simples gilvaz não importa, por si mesmo, necessariamente, a graveza da lesão. A propósito, é de recordar-se, aqui, um caso ocorrido, há tempos, na metrópole brasileira: certa mulher, de grande beleza, foi vítima de um *passional*, que lhe desfechou um tiro, indo o projétil perfurar-lhe a face, encravando-se num dos maxilares, sem maior dano; e, passado algum tempo, a cicatriz na face apresentava-se como um “covinha”, que ainda mais graça dava ao lindo rosto de sua portadora. Seria draconiano reconhecer-se em tal caso a existência de deformidade. Deformar não é apenas *assinalar*.

Tal como o Código anterior, o atual não exige, no tocante à deformidade, que esta seja, necessariamente, no rosto. Foi assim, enfeitado o exemplo do Código italiano, que ainda permanece fiel ao direito estatutário.⁸ Desde que seja *aparente*, *visível*, perceptível *ictu oculi*, não importa à identificação da deformidade a parte do corpo em que seja localizada.⁹ É de inteiro acerto o conceito de AFRÂNIO PEIXOTO: “... a defor-

⁸ Os estatutos das cidades italianas só se referiam à deformidade na face. Assim, o estatuto de Trento: “*Si quis vulneravit allium super facie, condemnetur in libris 50; si vero non sit remansura cicatriz in minus, arbitrio judicantis.*” Do mesmo modo, o estatuto de Florença: “*Si sequatur vituperatio faciei, per apparentem cicatricem, condemnetur in libris 1000.*”

⁹ Assim discorre ANTENOR COSTA (ob. cit., pág. 21): “Para que uma lesão corporal confira o caráter de deformidade, é necessário que o dano estético resultante seja facilmente visível. Assim, quando esse dano interessar apenas a superfície do corpo (o das cicatrizes viciosas, por exemplo), é condição essencial que se localize em regiões habitualmente descobertas, e não em zonas ocultas pelas vestes. Quando, porém, a dismorfia interessa, não a superfície cutânea, mas a forma geral do corpo, de um membro ou

“idade é um dano à forma habitual, é um dano estético, “que interessa principalmente à figura humana em sua expressão mais característica — o rosto, — mas que se refere “igualmente ao tronco e aos membros, quando a lesão modificou profundamente a atitude ou forma habitual da “pessoa humana. Tão deforme é o indivíduo que perde o “nariz ou uma orelha, como aquele que em consequência da “lesão adquiriu um desvio da coluna vertebral que o torna “giboso, ou o que por causa semelhante, atingido numa “perna, se tornou coxo.” No mesmo sentido, ANTENOR COSTA: “... o elemento *deformidade* deve ser tomado... em um sentido geral (nos limites da concepção médico-legal, bem entendido), compreendendo não só a desarmonia da estética “fisionômica, como toda e qualquer alteração da forma natural do corpo. Em tal conceito devem ser abrangidas não “só as alterações morfológicas em estado de repouso, como “as que resultam do estado de movimento do corpo; não só “se torna deforme quem adquiriu um defeito físico de relevância no rosto, como quem, em virtude de um traumatismo, coxear francamente de uma perna.” Por isso mesmo que é um dano estético, bem se compreende que não se pode, na identificação da deformidade, deixar de distinguir, em muitos casos, se o sujeito passivo é homem ou mulher, se é um moço ou um ancião. Discordamos radicalmente de AFRÂNIO PEREIRA quando, enjeitando esse ponto de vista, declara: “A idade, o sexo, a condição social, não importam absolutamente no apreciar a deformidade. É cerebrina — embora “seja da maior parte de juristas e médicos-legistas — a “noção que tal lesão deforme numa pessoa, possa não o ser “em outra. Uma mulher jovem e bonita fica mais deforme, “dizem eles todos, com uma cicatriz viciosa no rosto, que “um homem velho e sem atrativos. Mais prejudicada, sim, “mais deforme, não, se as lesões forem semelhantes e situa-

“segmento de membro, pode haver deformidade por lesões situadas “mesmo nas regiões encobertas pelas roupas. Tal é o caso de uma “perna torta, por exemplo.”

“das no mesmo lugar. Convém lembrar, para não discutir inutilmente, que o direito criminal, pela pena, protege o interesse geral, comum, que têm, indistintamente, todos os homens — não importa que sexo, que idade, que condição, — a serem respeitados em sua integridade física e funcional, em seu corpo, em sua forma, em sua vida.”

Que se defenda tal critério de um ponto de vista *anatômico*, isto é, estreitamente objetivo, *transeat*; mas reclamá-lo em nome do direito penal, é de todo inadmissível. O direito penal não pode incrustar-se num conceito apriorístico, alheando-se à feição particular de cada caso ocorrente. Valeria isso pela intolerável iniquidade de tratar igualmente coisas desiguais. É irrefutável a lição de HOFFMANN e FERRAI: *“Poichè si tratta di un giudizio di menomazione e di turbamento delle qualità estetiche, ben si comprende come diverso possa essere l'apprezzamento secondo che la traccia permanente della lesione risiede in un uomo, oppure in una donna, su di un giovane o su di un vecchio.”*

Ninguém pode duvidar que devam ser diversamente apreciadas uma cicatriz no rosto de uma bela mulher e outra na carantonha de um Quasímodo; uma funda marca num torneado pescoço feminino e outra no perigalho de um septuagenário; um sinuoso gilvaz no braço roliço de uma jovem e outro no braço cabeludo de um cavouqueiro. É evidente que se não pode meter em pé de igualdade a estética de um homem e a de uma mulher. Recorda IRURETA GOYENA o seguinte provérbio espanhol, que é exagerado, mas não de todo falso: *el hombre y el oso, cuanto más feo más hermoso*. A mesma cicatriz, que é, no rosto de uma mulher, uma desagradável quebra de harmonia ou uma deformidade flagrante, pode, se no rosto de um homem, até valorizá-lo, imprimindo-lhe um cunho de masculinidade, ou de *ar marcial*... São inseparáveis, no conceito de deformidade, a condição de truncamento material da forma e a do dano ao *valor social* do paciente, sob o ponto de vista estético.

Finalmente, é lesão gravíssima a que ocasiona *aborto*. O conceito de *aborto* é o mesmo já expendido em relação ao conteúdo de fato do crime que tem esse nome. É escusado observar que o evento “aborto”, para a existência da agravante especial, não deve ter sido, de qualquer forma, querido pelo agente, pois, do contrário, terá este de responder por dois crimes em concurso (o da lesão e o de aborto) ou por *aborto qualificado* (se a lesão, *per se*, for grave). Há que distinguir entre a hipótese do inciso V do § 2.º do art. 129 e a do art. 127, 1.ª parte, pois há uma inversão de situações: na primeira, a lesão é querida e o aborto, não; na segunda, o aborto é que é o resultado visado, enquanto a lesão não é querida, nem mesmo eventualmente. Se o agente ignorava a gravidez da ofendida e não tinha razão alguma para conhecê-la, a solução deve ser idêntica à que já formulamos no caso de lesão de que resulte aceleração de parto: o agente, tendo incidido em *insuperável* erro de fato, não deve responder por lesão qualificada pelo resultado “aborto”.

32. Lesão corporal seguida de morte. Entre as lesões corporais *qualificadas pelo resultado*, como já vimos, o Código inclui, no § 3.º do art. 129, a que é seguida de resultado letal, cujo advento tenha sido alheio ao dolo do agente: “Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: pena — reclusão, de quatro a 12 anos.”

Alguns Códigos estrangeiros contemplam esta hipótese no setor relativo ao “homicídio”, dando, assim, prevalência ao aspecto objetivo, isto é, considerando, principalmente, o evento “morte”; outros, porém, tendo em atenção, de preferência, o aspecto subjetivo, isto é, a ausência do *animus necandi*, prevêm o fato no capítulo das lesões corporais. Este último critério, que é adotado, por exemplo, nos Códigos alemão (§ 226), português (art. 361, parág. único), peruano (arts. 165 e 166) e suíço (art. 122, n.º 2), foi o preferido pelo legislador pátrio de 40. Embora previsto especialmente e com pena autônoma, o fato conserva o *nomen juris* de lesão

corporal. O resultado “morte”, não querido pelo agente, nem mesmo eventualmente, representa apenas uma *agravante especial* ou uma *condição de maior punibilidade* do crime de lesão corporal.

Trata-se de um caso típico do que os autores alemães denominam *crime qualificado pelo resultado* (*durch Erfolg qualifiziert Delikt*). Os autores italianos, seguindo uma velha tradição, atualmente oficializada por explícita rubrica do Código Rocco, falam, aqui, em *homicídio preterintencional*.¹⁰ Também esta é a nomenclatura que, entre nós, se empregava, no regime do Código de 90. Ainda que não especialmente previsto por este, o fato em questão foi sempre chamado *homicídio preterintencional* e tratado, segundo a jurisprudência prevalente, *ad instar* do homicídio doloso, apenas reconhecida em favor do agente a atenuante da falta de “pleno conhecimento do mal e direta intenção de praticá-lo” (art. 42, § 1.º, do Código anterior). Recusando este critério de decisão, assim nos pronunciamos: “A jurisprudência tem procurado abrandar o rigor da equiparação entre o homicídio preterintencional e o doloso, entendendo que se deve aplicar no primeiro caso a atenuante do § 1.º do art. 42... Ainda assim, porém, não se evita um excesso de penalidade. Mesmo nos casos em que o evento “morte” esteja fora da pre-

¹⁰ Na doutrina italiana, chama-se *crime preterintencional* todo aquele em que o resultado ultrapassa a intenção, mas não deixa de ser *homogêneo* com o visado pelo agente. Distingue-se entre crime preterintencional e crime qualificado pelo resultado: no primeiro, há um evento único, mas excedente, quantitativamente, do fim colimado pelo agente; enquanto que, no segundo, há dois eventos, heterogêneos ou qualitativamente diversos, dos quais só um é visado pelo agente (ex.: estupro seguido de morte da ofendida). A noção restritiva da *preterintencionalidade* é, no entanto, rejeitada por alguns autores, entre outros, FINZI (*Il delitto preterintenzionale*) e DELITALA (*Il fatto nella teoria generale del reato*): não há inconveniente algum em ampliar-se o conceito de crime preterintencional, de modo a abranger não só o caso de um evento único, exclusivo, como o do segundo evento involuntário, de espécie diversa do primeiro.

vidência comum, e posto que se não possa reconhecer o *casus*, pois a identificação deste, segundo o art. 27, § 6.º, está subordinada à condição de *prática de ato lícito*, ter-se-á de aplicar a pena de homicídio doloso! Tão intolerável se apresenta tal solução, que não vacilamos em sugerir o seguinte critério: *fragmentar-se* o fato, reconhecendo-se no *an-ecedente* uma lesão corporal dolosa e no *subseqüente* um *homicídio culposo*, se a soma das respectivas penas não ultrapassar a que seria aplicável, *in concreto*, a título de homicídio doloso.”

O novo Código demarcou nitidamente a hipótese, de modo a extremá-la do homicídio doloso, e evitou a rubrica “homicídio preterintencional”, que, mesmo abstraído o critério de inclusão do fato no capítulo das “lesões corporais”, seria imprópria a essa diferenciação, pois, dada a equivalência entre o dolo eventual e o dolo direto (art. 15, n.º I), o homicídio não deixa de ser *doloso* ainda quando o evento “morte” ocorra além da *intenção* (entendida esta como vontade positiva e formalmente dirigida a um fim determinado), uma vez que o agente *assumiu o risco de produzi-lo*, isto é, desde que o agente, embora não tendo como *fim* específico tal resultado, consentiu no seu eventual advento.

Controvertida é a questão de saber se na espécie, como em geral, nos crimes qualificados pelo resultado, é necessária, para a imputação do fato integral, uma relação psíquica ou subjetiva entre o agente e o evento mais grave, ou se basta o simples nexos de causalidade física entre a ação ou omissão e o *majus delictum*. Estaríamos, com esta última solução, em face de um caso anômalo de *responsabilidade sem culpa*. Para maior elucidação do tema (que aqui se impõe preponderantemente), vamos, antes de fixar a sua solução perante o vigente Código brasileiro, estudá-lo nos trâmites da sua evolução histórico-doutrinária e através do direito moderno comparado. Conforme observa SEUFFERT, a responsabilidade objetiva ou sem culpa é um traço de primitivismo. É um resquício da chamada *fase objetiva* do direito penal, em que só se cuidava do lado material ou visível do crime. Entre os

povos da remota antiguidade, não se indagava, para imposição de castigo, se o causador de um mal era *culpado*. A retribuição do mal pelo mal justificava-se por um raciocínio sumário: "Tu me fizeste um mal; logo, deves também sofrer um mal." Não se distinguia entre o fato voluntário e o fato involuntário. A idéia de *culpabilidade*, como requisito indeclinável da reação penal, é uma conquista de avançada civilização.

No mais antigo direito romano, por exemplo, só se tinha em atenção o fato exterior, o fato apreciado *ab externo*. Não foi senão depois da Lei das XII Tábuas que se começou a cuidar do elemento subjetivo ou *factum internum*. A evolução jurídica em tal sentido culminou com o princípio, consagrado pelo imperador ADRIANO, de que *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Passou-se a punir somente aquilo que correspondia à *voluntas*. Assim, não havia *homicídio*, sob o ponto de vista penal, sem o *animus necandi* ou a *voluntas ad necem*. O próprio homicídio culposo, punido *extra ordinem* depois de ADRIANO, já não era objeto de pena alguma no direito justinianeu. Excluía-se a condenação a título de homicídio no caso de *preterintenção* ou *preterdolo* quanto ao evento letal. MARCIANO (D., XLVIII, 8, l. I, § 3) reporta, a este propósito, um rescrito do DIVUS HADRIANUS: "... *eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse... Si gladium strixerit, et in eo percussit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit, aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.*" Embora reconhecida (tratando-se de homicídio) a responsabilidade preterdolosa, era aplicada *extra ordinem* uma pena levíssima ou idêntica à do homicídio culposo (*relegatio in quinquennium*). Tratando-se de soldados, a pena era simplesmente disciplinar: "*Qui si probaverit non occidendi animo hominem a se percussum esse, remissa homicidii poena, secundum disciplinam militarem sententiam proferet.*" (C., IX, 16, I.)

Também no antigo direito germânico, o elemento essencial do crime é o dano objetivo. Somente com as *leis populares* (*Volksrechten*) é que se esboçou a distinção entre os fatos voluntários e os involuntários. A lei visigótica foi a que mais se afirmou no sentido de tal diferenciação, inspirando-se no direito romano: "*crimen videri non potest, quod non est ex voluntate commissum*". Mas essa própria lei, cuja sensibilidade distinguia perfeitamente, para diverso tratamento, entre o homicídio culposo e o homicídio voluntário, não fazia diferença entre este e o homicídio no caso de preterdolo, punindo igualmente ambos: "*Si dum quis calce vel pugno aut quacumque percussione injuriam conatur inferre, homicidii extiterit occasio, pro homicidio puniatur.*"

O direito eclesiástico, fundamentalmente *voluntarístico*, somente reconhecia a punibilidade do fato ilícito quando produto da vontade consciente e livre, embora em alguns casos admitisse a responsabilidade por simples *culpa* (*negligentia, imperitia, inexcusável ignorantia*). Foram, entretanto, os canonistas que formularam o famigerado brocardo — *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*. BERNARDUS PAPIENSIS é apontado como precursor de tal princípio. Ensinava ele: "*Circa illud, quod fit casu, distingue, an ille qui casu accidit instabat licito operi et adhibuit illam diligentiam, quam debuit, an non; primo casu non imputatur sibi, sed casu et fato et fortunae...; alioquin si vel non instabat operi licito vel non adhibuit illam diligentiam quam debuit, sibi debet imputari.*"

Repetido pela maioria dos jurisconsultos práticos, esse critério de solução, que, segundo DECIANUS, a Igreja introduziu "*propter horrorem facti et rigorem disciplinae ecclesiasticae*", tornou-se corrente, fundando-se nele a teoria do crime *praeter intentionem*.¹¹ Se de um crime doloso resulta

¹¹ Para designar o crime em que o evento excedia o fim do agente, os praticos empregavam variada terminologia. FINZI (cuja exposição estamos seguindo) colige as seguintes expressões: "*Praeter intentionem*", "*praeter intentionem et voluntatem*", "*praeter opinio-*

um evento mais grave do que o visado pelo agente, devia este responder, incondicionalmente, pelo *quid pluris*. Era este imputado ainda que tivesse provindo de caso fortuito. Explicava GANDINUS: "*Si aliquis commisit homicidium casu, aut dabat operam rei illicitae, aut non... Si vero dabat operam rei illicitae, sive adhibuit diligentiam sive non, semper ei imputantur.*" O *maius delictum* (em contraposição ao antecedente doloso, chamado *minus delictum, principale delictum* ou *primum delictum*) era levado à conta do agente a título de *dolo* quando o *minus delictum* "*tendebat ad illum finem delicti secuti*". Assim, respondia por homicídio doloso aquele que exercia violência contra alguém, causando-lhe a morte, desde que o instrumento empregado, fosse "*ad occidendum aptum, ut ensis vel hasta*". Se não havia essa relação de afinidade, segundo "*id quod plerumque accidit*", entre o antecedente doloso e o evento mais grave, era este imputado a título de *culpa*. A rigidez de tal critério, porém, veio a ser atenuada, firmando-se o princípio de que a imputação do evento mais grave estava necessariamente condicionada à *probabilidade* do seu advento, apreciada segundo a experiência comum. Doutrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO que o evento mais grave *non praecogitatus* só era imputável no caso em que fosse consequência natural e comum do fato doloso anterior: "*si per se sequitur ex tali actu, et ut in pluribus*"; e nenhuma responsabilidade devia ser reconhecida pelo evento maior se este ocorresse "*per accidens, et ut in paucioribus*", pois, em tal caso, "*eventus sequens non addit ad bonitatem, vel ad malitiam actus*". No mesmo sentido opinavam COVARRUVIAS, COEPOLA, DE ACCOLTIS, CARERIUS, RAFAEL DE CUMA, FARINACIUS

nem", "*praeter propositum*", "*praeter voluntatem*", "*praeter voluntatem et propositum*", "*extra intentionem*", "*extra propositum*", "*extra intentionem et propositum*", "*extra voluntatem et propositum*", "*ultra cogitatum*", "*ultra intentionem*", "*ultra propositum*", "*ultra aut praeter intentionem*", "*ultra, praeter vel extra cogitatum*". Algumas vezes, eram usadas perifrases: "*ubi, committens delictum, minus voluit delinquere et plus deliquit*", "*delictum unius qualitate volens committens, et aliud committens*".

CARPSOVIO. DE CUMA dizia que o *vulnerator* só deve ser punido por homicídio “quando verisimiliter ex ictu potuit et debuit sequi homicidium”, pois, do contrário, responderá apenas de *vulnere*. DE ACCOLTIS formulava a seguinte hipótese típica de homicídio *praeter voluntatem et intentionem*: um indivíduo, agredido por outro a soco, cai por terra e quebra a cabeça contra uma pedra, vindo a morrer; e resolvia o caso, dizendo que o agressor não deve responder de *occiso*, pois que “non est praeordinatum verisimiliter, ut ex eo debeat sequi id quod evenit”. A pena aplicável ao homicídio preterintencional (quando o evento “morte” tivesse podido ser ou devesse ter sido *praecogitatus*) devia, segundo alguns juristas, ser a mesma cominada ao homicídio voluntário, e, segundo outros, a correspondente ao homicídio culposo ou uma pena mitigada, na conformidade, aliás, do direito justinianeu. JULIUS CLARUS equiparava o preterdolo à culpa: “dicitur etiam culposum homicidium quando quis citra animum occidendi alium percussit, ex qua tamen percussione ille mortuus est, cujus rei ut plurimum solet summi conjectura eo genere armorum, vel instrumenti, cum quo illata fuit percussio”. Esboçada por SANTO TOMÁS DE AQUINO, alcançou grande êxito a doutrina do *dolo indireto*, que justificava a punição do homicídio preterintencional como homicídio voluntário: quem quer um fato, do qual deriva, como sua própria e imediata consequência, um determinado evento, quer indiretamente este.¹² Na sua *Summa Theologica*, dizia o famoso doutor da Igreja: “... considerandum est, quod aliquid dicitur voluntarium directe, vel indirecte; directe quidem id, in quod voluntas fertur: indirecte autem illud quod voluntas potuit prohibere, sed non prohibet.” E COVARRUVIAS dissertava: “Directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi: et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens, fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate

¹² Alguns autores falavam, na espécie, em *dolo implicito* ou *tácito*.

et per se, non per accidens, homicidium sequitur." A sombra do dolo indireto, porém, continuou a ser imputado o evento mais grave ainda quando sobrevindo fortuitamente. Em célebre monografia, editada pela primeira vez em 1756, GLÄNZER cuidou de restringir a noção do *dolus indirectus* (ou *intentio indirecta*). Ensinava ele, justificando a imputação do evento legal *praeter voluntatem*: "*Requisita ad homicidium ex intentione indirecta commissum necessaria sunt: 1, homicidium ex facto quodam vel non facto nostro sponte admissum per se esse sequutum; 2, agentem animum nocendi habuisse; 3, directe eum non intendisse mortem; 4, ex facto vel non facto suo homicidium aequae facile sequi potuisse ac id, quod directe intendit, eumque hoc scivisse.*" Desde então, o conceito do dolo indireto firmou-se no sentido de que era necessário o conhecimento ou previsão da probabilidade do evento não querido ou, pelo menos, a fácil previsibilidade dêste. CARMIGNANI, já no século XIX, assim discorria: "Diz-se direta a intenção quando a vontade tende a um fim necessário; indireta, quando tendente a um fim meramente possível. A indireta, por sua vez, se distingue em positiva e negativa: a primeira, quando é prevista a possibilidade do efeito; a segunda, quando, podendo calcular-se a possibilidade do efeito, se deixa de prevê-lo." CARRARA e PESSINA, entretanto, defenderam a restrição do dolo indireto ao caso único em que haja previsão do evento não querido, e alhearam dessa espécie de dolo a noção da preterintencionalidade. Identificando a *intenção indireta positiva* com o *dolo indeterminado*, dizia CARRARA: "... da forma do dolo indeterminado se destaca uma terceira figura de homicídio, que é exclusiva criação da equidade prática: o homicídio preterintencional. Pertence este à família dos homicídios dolosos, porque promana da intenção de ofender fisicamente a pessoa; mas, no que respeita à sua gravidade, ocupa uma posição de meio termo entre os dolosos e os culposos. O homicídio preterintencional pressupõe, por necessidade absoluta, a intenção de ofender fisicamente a pessoa daquele a quem se mata, e isto é que o separa

“da família dos homicídios meramente culposos, para conservá-lo entre os homicídios dolosos; mas pressupõe igualmente que a morte, além de não ter sido querida, não foi, sequer, prevista, embora se pudesse prever.” PESSINA, que também conceituava o dolo indireto como *previsão sem vontade*, dissertava: “O homicídio preterintencional não é voluntário e torna-se circunstância agravante do delito menor, de lesão corporal ou vias de fato, em virtude da sentença — *danti operam rei illicitae imputantur omnia quae contra voluntatem ejus eveniunt.*” Mas enquanto CARRARA sustentava que, se o evento não podia ser previsto, entrava na órbita do caso fortuito, limitando-se a imputação ao precedente doloso, pois “*giammai il versare in cosa illecita può produrre l'effetto di rendere responsabile nè in ragione di dolo, nè in ragione di colpa, di un evento che non solo non fu preveduto, ma che neppure era prevedibile*”, PESSINA, acentuando que “a consequência do fato doloso pode constituir “ou uma culpa ou um *casus*, segundo fosse, ou não, facilmente previsível pelo autor do delito menor”, entendia que “a consequência puramente casual deve agravar o delito “com menor intensidade do que a consequência culposa.”

Na Alemanha, FEUERBACH, repelindo por imprópria a locução “dolo indireto”, via no crime preterintencional um “entrosamento de dolo e culpa”. “O delinqüente” — dizia ele — “está em dolo relativamente à lesão jurídica que quis praticar, e está em culpa no tocante à lesão jurídica que ocorreu além de sua intenção: está em dolo porque quis imediatamente uma certa lesão jurídica, e está em culpa porque, com esse doloso propósito, empreendeu uma ação “que determinou, segundo as leis naturais e princípios de “probabilidade, uma outra lesão jurídica mais grave.” Para indicar o elemento subjetivo do crime preterintencional, FEUERBACH adotou uma fórmula que até hoje se repete: *culpa dolo determinata (durch Dolus bestimmte culpa)*. CARRARA usava a expressão “*colpa informata a dolo*”, e PESSINA preferia falar em “*colpa mista a dolo*”. Cada vez mais desprestigiada, a doutrina do dolo indireto acabou por ser completamente

banida da ciência jurídico-penal moderna: só existe dolo quando a vontade se dirige positivamente ao resultado previsto (dolo direto) ou não recua ante a probabilidade do seu advento (dolo eventual); fora daí, está-se no terreno da culpa ou do caso fortuito. Chega a causar pasmo que o insigne FLORIAN, a exemplo da rotineira literatura penal francesa, ainda continue a falar, no seu *Trattato* de 1934, em dolo indireto, para incluí-lo no conceito da preterintencionalidade.

Vejamos, agora, como foi o problema resolvido no direito penal codificado.

Começemos pelos códigos do século XIX.

O Código francês de 1810 não cuidava da preterintenção, quer na parte geral, quer na parte especial; mas as leis de 28 de abril de 1832 e 13 de maio de 1863 introduziram, no capítulo relativo a "*blessures et coups volontaires*", um dispositivo concernente ao *ferimento seguido de morte*, cominando-lhe pena sensivelmente menos grave que a do homicídio voluntário. Dizia a *Exposição de motivos* da lei de 1832: "*Les blessures faites sans l'intention de donner la mort, mais qui cependant l'ont occasionnée, sont punies comme le meurtre volontaire ou assassinat: cette sévérité, qui résulte moins d'un texte précis de loi que de la jurisprudence, a jeté plusieurs fois le jury dans une cruelle alternative. Celui que n'a pas voulu donner la mort, quoique coupable des blessures qui l'ont occasionnée, ne peut-être assimilé à celui qui a frappé, avec ou sans préméditation, mais avec la volonté du meurtre.*" Na interpretação do texto legal, a doutrina francesa é unívoca em reconhecer no homicídio preterintencional, sob o nome de *dolo indireto*, um concurso de dolo e culpa.

O Código das Duas Sicílias (1819), no caso de morte preterintencional, mandava diminuir de um a dois graus a pena correspondente ao homicídio doloso, salvo quando o agente tivesse podido prever o *maius delictum* ou tivesse empregado armas mortíferas.

O Código português (1852) equipara, para o tratamento penal, o homicídio *extra intentionem* à lesão corporal grave.

O Código toscano (1852) previa o homicídio preterintencional, diferenciando a pena (menos grave que a cominada ao homicídio voluntário), segundo o evento letal fosse consequência *provável* ou simplesmente *possível* do fato do agente.

O Código sardo (1859) distinguia entre a homicídio preterintencional e “*ferimento susseguito da morte*” (em que o evento letal é consequência mediata da lesão), mitigando a pena, em cotejo com a do homicídio doloso, salvo se o evento “morte” era de *fácil previsibilidade*. Segundo seus intérpretes, a imputação devia limitar-se ao antecedente doloso, quando imprevisível ou casual o resultado letal.

O Código dinamarquês de 1886 dispunha, no tocante ao homicídio além da intenção, que o evento letal fosse imputado ao agente no caso único em que este devesse tê-lo previsto como consequência natural e verossímil da sua ação.

O Código de São Marino (1865) declara, de modo geral, que o *excesso de fim* não autoriza diminuição de pena, se *fácilmente* previsível; caso contrário, é imputado a título de culpa, em concurso com o antecedente doloso ou não imputável de modo algum, se era, de todo, imprevisível.

O Código austríaco (1852), que adotou expressamente a teoria do dolo indireto (ou presumido), considera homicídio simples (*Totschlag*) o homicídio preterintencional, desde que o resultado letal seja consequência ordinária ou verossímil da ação praticada *vulnerandi animo*.

O Código alemão (1870) contempla a lesão corporal qualificada pelo resultado “morte” (§ 226), cominando-lhe pena inferior à do homicídio voluntário e superior à do homicídio culposo.

O Código italiano de 1889 também previa o homicídio preterintencional como um grau intermédio entre o homicídio doloso e o culposo, no tocante à pena, não se tendo afastado desse critério o Código Rocco.

Firmados no direito positivo de seus respectivos países, os autores germânicos e italianos, em sua grande maioria, opinam que o evento “morte”, na espécie, é imputado independentemente de *culpabilidade* ou, o que vem a ser o mesmo,

a culpabilidade quanto ao resultado letal é presumida *juris et de jure*. Trata-se — afirmam eles — de um caso de responsabilidade puramente objetiva (*Erfolgshaftung*, segundo a expressão alemã). Mesmo de *jure condito*, porém, tal opinião é combatida por escritores de nota, ou, como diz MAYER, “por um grupo diminuto, mas seletivo” (“*von einem kleinen, aber gewählten Kreis*”). Na Alemanha, BERNER, por exemplo, sustentava que as consequências de uma ação, quando imprevisíveis pelo homem de senso comum, não mantêm relação alguma com a vontade, e cessa, portanto, com referência a elas, qualquer culpabilidade. Constituem um mero *casus*, uma *infelicitas fati*. No mesmo sentido se pronunciam HÄLSCHNER, SCHÜTZE, BINDING, WACH, MEZGER. *De lege ferenda*, é unívoca a repulsa à *Erfolgshaftung*. SEUFFERT dizia que, em direito penal, o evento só é imputável quando causado com ciência e vontade ou por grosseira imprevidência.¹³ Foi este o ponto de vista que, defendido pelo mesmo SEUFFERT, prevaleceu na assembléia geral da “União Internacional de Direito Penal”, reunida em São Petersburgo (Leningrado), em 1902: “*Personne n'est punissable à raison des conséquences de ses actes que dans la mesure de celles qu'il a prévues ou pu prévoir.*”¹⁴ BELING denomina a responsabilidade objetiva, em direito penal, um “vestígio de barbaria”.¹⁵ Na Áustria, LÖFFLER estigmatizou a *Erfolgshaftung* como um “baldão ignominioso de nossa época”.

¹³ *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, pág. 50: “*Der Erfolg im Strafrecht nur Beachtung finden, wenn er willentlich, wissentlich oder fahrlässig verursacht wurde.*”

¹⁴ *Bulletin de l'Union Inter. de Droit Pénal*, vol. XI.

¹⁵ Também LISZT-SCHMIDT são veementes na sua opinião: “*Dass dieser Überrest der alten Erfolgshaftung weder dem heutigen Rechtsbewusstsein noch den Grundsätzen einer vernünftigen Kriminalpolitik entspricht, sollte kein Zweifel unterliegen.*” (“Não subsiste dúvida que esse resquício da velha responsabilidade pelo resultado não corresponde à consciência jurídica moderna, nem aos princípios de uma sensata política criminal.”)

Na Itália, ALIMENA (B.), contestando argumentos de IMPALLOMENI, assim discorria, na interpretação do próprio *jus conditum*: “Para que um fato qualquer se diga voluntário... não basta que seja previsível, ou facilmente previsível: é necessário que seja previsto, ainda que com uma daquelas formas ambíguas, vacilantes e crepusculares de previsão... Uma coisa é dizer que, em razão do *saepius accidit*, o facilmente ou muito facilmente previsível equivale ao previsto, e outra é dizer que o previsível ou facilmente previsível tenha sido, em todos os casos, previsto e, portanto, querido.” Sustentando que no homicídio preterintencional o evento “morte” só era imputável a título de culpa, dizia ainda o professor da Universidade de Modena: “Se a morte, ocasionada pelo ferimento, não é imputável à culpa, como poderá, acaso, ser imputada? Declara IMPALLOMENI: pune-se o homicídio preterintencional menos que o homicídio voluntário, precisamente porque o réu quis menos do que o ocorrido e revelou menor temibilidade. É isto verdade, mas não é tudo, pois que, com tal argumento, IMPALLOMENI justifica apenas o aspecto do homicídio preterintencional que menos precisa de justificação. Mas se o agente quer somente a lesão corporal, como e por que lhe deve ser imputado também a morte não querida?... Evidentemente, se não se quer punir apelando para uma frase ou para uma tradição, é necessário imputar-se a morte referindo-se à culpa... Se o homicídio preterintencional é constituído por uma culpa, que se origina do dolo, é natural que ele já não mais se apresente quando, segundo a ordem natural dos acontecimentos, a morte seja imprevisível. Se, em tal caso, quiséssemos identificar um homicídio além da intenção, estaríamos imputando, sem mais, nem menos, o caso fortuito, só porque este derivou do dolo, retrocedendo-se, assim, ao vetusto aforismo: *eum qui dat operam rei illicitae teneri de eo quod praeter ejus intentionem et cogitationem contingit*.”

Não menos incisiva é a lição de VITOCOLONNA, sobre a preterintencionalidade em geral: “Demonstrada a imprevi-

“sibildade ou não fácil previsibilidade do evento mais grave, “a responsabilidade se restringe ao simples antecedente do-loso... É absurdo sustentar que a voluntária violação da “lei, representada pelo crime doloso, basta para constituir “em culpa o agente, em relação ao evento mais grave... “É uma lembrança de funestas aberrações do espírito humano a máxima: *qui in re illicita versatur tenetur etiam “pro casu.*”

Longo opinava em idêntico sentido: “*Quindi è che, se la preterintenzionalità è forma colposa di omicidio, non è a dubbitarsi che, data la impossibilità di prevedere la morte, non si risponda se non di semplici lesioni personali. L'antica massima — eum qui dat operam rei illicitae teneri de eo quod praeter ejus intentionem et cogitationem contingit, forse potrebbe avere adeguata applicazione, di regola, in materia di responsabilità civile, dove la colpa dei quasi-delitti talvolta è presunta; non già in materia penale, dove la imputabilità va dimostrata nella necessità di simultaneo concorso dell' elemento soggettivo e dell'elemento oggettivo del reato.*”

Tal foi o movimento doutrinário em oposição à sobrevivência do *versari in re illicita* (sobrevivência devida menos ao direito positivo que ao influxo de uma exegese anacrônica), que os códigos penais mais recentes acharam de bom aviso editar uma norma expressa no sentido da irrestrita abolição da responsabilidade objetiva. Uns a estabelecem de modo geral, outros em casos particulares. *Não há pena sem culpa*, — é o *mot d'ordre* do direito penal contemporâneo.

O Código norueguês, de 1902, foi o primeiro que consagrou expressamente o princípio, dispondo no seu § 43: “Quando a lei estabelece uma pena agravada para o caso “em que um crime acarrete consequências involuntárias, o “aumento de pena somente se aplica se o agente previra “ou podia prever a possibilidade de tais consequências, ou “não cuidou de evitá-las com os meios de que dispunha, “logo que teve conhecimento do perigo.”

O Código peruano (1924) preceitua, a propósito do crime de *lesiones* (art. 165, § 2.º, 2.ª al.): “*La pena será de*

penitenciaria, si la víctima hubiere muerto a consecuencia de la lesión y si el delincuente pudo prever este resultado."

O vigente Código dinamarquês (1930) estatui, na parte geral (art. 20): "Se uma pena ou agravação de uma pena "é condicionada pelo fato de que uma infração voluntária "tenha acarretado uma certa consequência involuntária, a "dita pena não será aplicada senão quando tal consequên- "cia é imputável à culpa do agente ou quando não haja, "na medida dos seus meios, procurado afastá-la, depois de "haver percebido o perigo."

O Código polonês (1932) igualmente contém a seguinte regra geral: "As consequências do ato que importem uma pena agravada não são tomadas em conta senão quando o agente as previu ou devia prevê-las."

O Código suíço (1937), no setor das *lesões corporais*, contém o seguinte preceito (art. 124, 2): "*La peine sera la réclusion si la victime est morte des suites de la lésion et si le délinquant avait pu le prévoir.*" No seio de uma das Comissões revisoras do Projeto Stroos, GAUTIER, criticando o critério até então dominante, assim se exprimiua: "As antigas "legislações, cujo tipo é o Código francês, empregam como "critério único o resultado. O delinqüente é responsável e "punido não pelo que tencionou fazer, mas pelo resultado "que sua ação produziu. Assim deve ser, segundo essas le- "gislações, ainda quando o resultado não podia ser previsto. "Isto vale por punir o mero caso fortuito, — o que o Código "austriaco consagra com o seu *dolo indireto* e a jurispru- "dência alemã chama *die Erfolshaftung*." ¹⁶

Na Alemanha, o Projeto de 1927, § 21, já repudiava a *responsabilidade objetiva*: "A pena agravada em razão de

¹⁶ *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, vol. II, pág. 233. Na *Message* do Conselho Federal suíço sobre o Projeto de 1918, dizia-se: "*En ce qui concerne les lésions corporelles, le projet exclut la notion traditionnelle de la responsabilité basée sur le résultat atteint. En d'autres termes, le délinquant n'est punissable que pour la lésion qu'il a voulu causer ou du moins qu'il aurait pu prévoir; les conséquences purement fortuites n'entrent pas en ligne de compte.*"

"determinada consequência do fato somente será aplicada "ao agente, se este houver dado causa, pelo menos culposa-mente, a essa consequência." (*"Die an eine besondere Folge der Tat geknüpfte höhere Strafe trifft den Täter nur, wenn er die Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat."*) Este dispositivo foi aceito, *ipsis litteris*, pela atual Comissão nacional-socialista encarregada do futuro Código alemão.

Na Áustria, o repúdio à *Erfolgshaftung* iniciou-se com o Projeto de 1912 (§ 7.º): *"Die erhöhten Strafen, die das Gesetz an den Eintritt bestimmter Folgen einer Strafbaren Handlung knüpft, dürfen nur dann verhängt werden, wenn der Täter die Folgen fahrlässig herbeigeführt."* ("As penas "agravadas, que a lei subordina ao advento de determinadas "consequências de uma ação punível, somente devem ser "aplicadas se o agente causou culposamente tais consequências.")

O Código italiano de 1930, entretanto, não acolheu o critério de expressa declaração do *nulla poena sine culpa*. Vem daí que a maioria dos seus comentadores entende que precisamente o crime preterintencional representa uma persistência da responsabilidade objetiva, a que o dito Código, despejadamente, chega a consagrar uma explícita rubrica. MANZINI e MAGGIORE pretendem que, no crime *ultra intentionem*, o *majus delictum* não é imputado a título de responsabilidade objetiva, mas em aplicação do *principio da causalidade*. Ora, a responsabilidade subordinada ao simples nexo de causalidade física não é outra coisa que a responsabilidade objetiva. MAGGIORE vai ao extremo de doutrinar que o crime preterintencional não é mais do que um crime doloso em que intervém um elemento *fortuito* (!). É a nostalgia da Idade Média.

Não faltam, porém, autores que negam tenha o Código italiano conservado a velharia da *pena sem culpa*. Podemos citar, entre outros, GIULIO BATTAGLINI, GENNARO MARCIANO, GIACOMO DELITALA e VINCENZO CAVALLO. MARCIANO,¹⁷ depois

¹⁷ Ob. cit., págs. 40 e segs.

de afirmar que “no homicídio preterintencional existe, substancialmente, um misto de dolo e de culpa”, formula uma hipótese de “*misto di dolo e di caso*” e assim se pronuncia: “... o caso fortuito, ainda que se esteja incidindo *in re illicita*, não pode ser objeto de responsabilidade... Quando “do ferimento resulta a morte por circunstâncias preexistentes e desconhecidas, ou supervenientes, imprevistas e imprevisíveis, o evento letal não pode ser levado à conta do “agente, que deverá responder exclusivamente pelo fato “doloso inicial.” BATTAGLINI assim opina:¹⁸ “*Nella preterintenzione si ha una azione con unico evento. Ma questo è risultanza di dolo e di colpa. L'agente ha, sì, voluto soltanto un evento minore: però era prevedibile che la sua azione sorpassasse la mira a cui era rivolta, e tale prevedibilità non ha valso a trattenerlo*”. Referindo-se aos crimes qualificados pelo resultado, em face do texto do art. 42, 2.^a alínea, do Código italiano (“*La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione o omissione*”), explica: “... questi casi reintrano in una disciplina di maggior rigore che non sia quella del comune delitto colposo: è appunto la disciplina del secondo copoverso dell'art. 42, per cui risponde anche per colpa estremamente lieve. Ma non oltre la colpa.” Em outro passo, diz o professor bolonhês: “... na segunda alínea do art. 42, “não se trata senão de um grau de vontade menor do que “se exige na figura do crime que se denomina culposo. “Neste não entra toda a culpa, pois é excluída a mínima. “Um fato ilícito de caráter tão grave, como é o crime, não “pode ser constituído pela omissão de cautelas que exorbitam “da capacidade do homem médio. Em certos casos, porém, “o legislador pode julgar suficiente uma culpa extremamente “ligeira, mesmo em matéria penal. É a essas figuras excepcionais de voluntariedade mínima em relação à causa, que “se refere precisamente o advérbio *altrimenti* (do texto da

¹⁸ Ob. cit., pág. 149.

"alínea do art. 42)." VINCENZO CAVALLO,¹⁹ ao demonstrar a inexistência da responsabilidade objetiva no Código Rocco, entende que, para a imputação do evento "morte", no homicídio preterintencional, é necessário que tenha sido, pelo menos, *representável* ao espírito do agente.²⁰

DELITALA igualmente rejeita a interferência do *casus* no conceito dos crimes em que o resultado ultrapassa a vontade do agente: "*Il reato preterintenzionale non è infatti a nostro avviso che un reato misto di dolo e di colpa.*"²¹

Entre nós, conforme observa COSTA E SILVA,²² os projetos de reforma da lei penal se mostraram "cegamente alheios" ao tema em questão. O Projeto SÁ PEREIRA, na sua primeira fase, continha o seguinte inverossímil dispositivo (art. 202): "Aquele que causou a morte, que não queria, *nem podia* *prever* como consequência dos seus atos, tendentes apenas "a produzir lesão corporal, descontar-se-á por um terço a "pena do homicídio." Era, como disse COSTA E SILVA, "a responsabilidade pelo caso fortuito em sua maior rudez e repugnância". O Projeto revisto pela Subcomissão legislativa (SÁ PEREIRA, EVARISTO DE MORAIS, BULHÕES PEDREIRA), que veio a ser apresentado à Câmara dos Deputados em 1933, já dispunha diversamente, sob a rubrica *homicídio preterintencional*: "Aquele que, com atos tendentes a produzir lesão corporal, causar a morte, descontar-se-á de um terço até metade, a pena de homicídio." O Projeto ALCÂNTARA MACHADO seguia o Código italiano: ditava uma regra geral sobre a preterintencionalidade, para distingui-la do dolo e da culpa, mas só a contemplava nos crimes de *homicídio* e *lesões* (art. 300, § 3.º, I, e art. 309, § 1.º). Rezava o art. 11 desse Projeto (na sua última edição): "Diz-se o crime... II —

¹⁹ *La responsabilità obbiettiva nel diritto penale*, pág. 573.

²⁰ O autor distingue entre *representabilidade* e *previsibilidade*: a primeira refere-se ao que *poderá* verificar-se; a segunda, ao que *deverá* verificar-se.

²¹ *Il fatto nella teoria generale*, etc., pág. 98.

²² Ob. cit., vol. I, pág. 145.

preterintencional, quando o resultado previsto e querido pelo agente é menos grave do que o produzido.”

A Comissão Revisora suprimiu este dispositivo, pois formular uma norma genérica sobre a *preterintenção*, ao lado das fórmulas do dolo e da culpa, faz supor, erroneamente, que se trata de uma espécie autônoma de culpabilidade.

Como já notamos, o novo Código, resultante da revisão do Projeto ALCÂNTARA, evita mesmo falar em *preterintencionalidade*, que se tornou inadequada, em razão da amplitude do conceito do dolo adotado no art. 15, n.º I. A expressão própria seria *preterdolo*, e é a que aconselhamos, toda a vez que se trate de *crime qualificado pelo resultado*.

Por mais de uma vez, temos acentuado que nos crimes preterdolosos, em face do novo Código, fica excluída a imputação do *maius delictum* quando este não se apresenta como culposos. Reexaminemos a questão, no caso do § 3.º do art. 129, a que corresponde a rubrica lateral “lesão corporal seguida de morte”. A pena aí cominada (maior que a do homicídio culposos e da lesão corporal gravíssima, mas sensivelmente inferior à do homicídio doloso) deve ser aplicada ainda no caso em que o evento “morte” tenha sido *imprevisível* ou tenha sobrevindo *fortuitamente*?

A resposta não pode deixar de ser, categoricamente, negativa.

O Código — di-lo a *Exposição de motivos* — não conhece outras formas de culpabilidade além do dolo e da culpa: “Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada.” Foi abolida a anomalia da culpa presumida *juris et de jure*, que o antigo Código estabelecia no caso de “inobservância de alguma disposição regulamentar”. O *exercitium rei illicitae* deixou de ser fundamento à arcaica responsabilidade objetiva ou sem culpa, isto é, não foi reproduzido o § 6.º do art. 27 do Código de 90. A impunibilidade do caso fortuito já não está condicionada ao “exercício ou prática de ato *licito*”. A interferência do caso fortuito, incumbindo-se este, por sua conta exclusiva, da produção do resultado, interrompe a própria relação de causalidade

entre este e a conduta do agente, que só responderá pelos fatos anteriores (parág. único do art. 11). Nem se diga que os *crimes qualificados pelo resultado* estejam compreendidos na ressalva do parág. único do art. 15 ("Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente"). O de que aí se cogita, depois da delimitação das *duas únicas formas de culpabilidade* (dolo e culpa), é de esclarecer que nem todo crime se pune a *título de culpa*, sendo necessário, para tal fim, que a lei especial expressamente o declare. Ora, se o Código manda punir mais severamente a lesão corporal quando seguida de morte, desde que este evento não estava compreendido no dolo do agente (que o não quis, nem assumiu o risco de produzi-lo), tem-se de concluir, *a fortiori*, que o resultado letal só é imputável *quando derivado de culpa*. Se inexistir culpa, não há cuidar-se do *majus delictum*, mas apenas do *minus delictum*, isto é, só, e tão-só, da antecedente lesão corporal dolosa, pois, do contrário, ter-se-ia de imputar o evento "morte", contra o incisivo texto legal, não obstante a ausência de dolo e de culpa. O mais que se pode admitir é que, na espécie, como em geral nos crimes qualificados pelo resultado, a culpa, em relação a êste, é presumida *juris tantum*. Haverá apenas uma *suspicio culpa*, que importa a inversão do *onus probandi*: o Ministério Público não estará obrigado a produzir prova para demonstrar a culpa quanto ao *evento mais grave*; mas, se o carácter fortuito deste for evidenciado pelo réu, somente lhe pode ser imputado o antecedente doloso. Não é de confundir-se um critério de solução prática, no sentido de evitar na espécie a dificuldade de uma *pesquisa probatória*, com o conceito ontológico de uma entidade criminal.

Convenha-se ainda que, para imputação do evento "morte" não querido, baste, excepcionalmente, como diz BATTAGLINI, a culpa levíssima, embora o nosso Código não encerre dispositivo semelhante ao do art. 42 do Código italiano, que, além dos casos de dolo e culpa, faz referência a "*i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico del-*

l'agente"; mas o que não é possível, em face da letra e da sistemática do Código brasileiro, é aplicar uma pena pelo resultado oriundo de caso fortuito, isto é, pelo *id quod nullo humano ingenio praevideri potest*. Vá que em direito civil, em casos especiais, se consagre a responsabilidade objetiva pelo caso fortuito; mas, em matéria penal, o *casus* não pode jamais ser considerado, *juridicamente*, consequência da ação ou omissão de um homem. Redunda num despropósito o afirmar-se que a *dolosidade* do *minus delictum* ou crime-base (*Grunddelikt*, como dizem os alemães) seja suficiente para constituir, sem admissão de prova em contrário, a culpa do agente em relação ao evento mais grave. Repita-se: o *versari in re illicita* pode fazer presumir a culpa *usque dum probetur contrarium*, mas não *juris et de jure*.

Na hipótese do § 3.º do art. 129, há um concurso de dolo e culpa: dolo no antecedente (lesão corporal) e culpa no subsequente (evento "morte"). Trata-se de um crime complexo, *in partibus* doloso e *in partibus* culposo. A diferença que existe entre tal hipótese e o homicídio culposo está apenas em que, neste, o evento "morte" resulta de um fato penalmente indiferente ou, quando muito, *contravencional*,²³ enquanto, naquele, o resultado letal deriva de um *crime* voluntário contra a pessoa, ou seja, de uma *lesão corporal dolosa*. E a razão da maior punibilidade da "lesão corporal seguida de morte", em cotejo com o homicídio culposo, está precisamente no *quid pluris* representado pela *criminosidade* da causa de que resulta o evento "morte". Não há, aqui, apenas uma solução de ordem política, mas também de incontestável justiça.

É negada, principalmente, entre os autores italianos, a possibilidade de concurso simultâneo de dolo e culpa. Não

²³ Como diz MILLER (*On Criminal Law*, 1934), nos crimes preterdolosos, o antecedente "*must be malum in se, and not merely malum prohibitum*".

Se o antecedente é uma simples *contravenção*, o evento "morte" será imputável a título de homicídio culposos.

se pode admitir — argumenta-se — a coexistência de dois estados de consciência contraditórios, quais sejam a *resolução* e a *ausência de resolução*. A esta objeção responde-se, vantajosamente, que é irrefutável, tratando-se de uma ação com dois ou mais efeitos, que um destes pode ser doloso, isto é, querido pelo agente, e os outros não. Para não irmos longe, basta dizer que o nosso Código, a exemplo, aliás, do Código italiano, admite explicitamente a possibilidade de dolo e culpa. Referimo-nos ao caso da *aberratio ictus* com resultado de natureza diversa da do pretendido pelo agente. Diz o art. 54: “Fora dos casos do artigo antecedente (*aberratio* “com homogeneidade entre o resultado pretendido e o ocorrido), 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 *culposo*; “se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra “do § 1.º do art. 51.” Aludindo a este dispositivo, a *Exposição de motivos* cita o exemplo formulado por MAGGIORE, do indivíduo que, querendo quebrar a janela alheia com uma pedrada, fere um transeunte. Suponha-se o caso de duplicidade de resultado, importando a existência de um *concurso formal de crimes*. Aí estarão, nitidamente, conjugados o dolo e a culpa, embora se trate de uma só ação: dolo no tocante ao dano, e culpa em relação à lesão corporal. Redarguindo a IMPALLOMENI, que sustentava a inscindibilidade da ação em dolosa e culposa, ponderava justamente ALIMENA que a possibilidade de um evento mais grave culposos a resultar de uma ação dolosa é lição da experiência quotidiana, e a tal respeito só se pode suscitar dúvida “*per il troppo ragionare*”. No mesmo sentido VANNINI: “... è logico definire l'omicidio preterintenzionale come un omicidio colposo qualificato dal particolare contenuto doloso del comportamento del reo. Ed è forse questo assurdo? Non lo crediamo. Molti omicidi sono colposi che pur derivano da causa dolosa.” Consoantes no mesmo ponto de vista são a doutrina e a jurisprudência francesas, que falam em “*faute jointe au dol*”.

Em relação à morte resultante de lesão corporal, podem ser formuladas as seguintes hipóteses: a) o resultado letal foi previsto e querido pelo agente, como seu próprio escopo; b) o resultado letal foi previsto pelo agente, que, embora não o tivesse como escopo, assumiu o risco de produzi-lo; c) o resultado letal foi previsto pelo agente, mas este *esperou* que não ocorresse ou repeliu a possibilidade do seu advento; d) o resultado letal não foi previsto pelo agente, mas este poderia tê-lo previsto; finalmente, e) o resultado não foi previsto, nem podia ter sido previsto pelo agente, constituindo, em relação a este, um mero caso fortuito. Nas hipóteses *sub a e b*, há homicídio doloso; nas hipóteses *sub c e d*, há “lesão corporal seguida de morte”; na última hipótese, o agente só responderá por lesão corporal simples ou por outro modo qualificada. Recordemos a lição de IRURETA GOYENA: ²⁴ “*En todos aquellos casos en que la muerte no haga podido ser prevista, no hay ni siquiera homicidio ultraintencional: el hecho debe reprimirse, a mi juicio, puramente como delito de lesiones.*” Suponha-se que um indivíduo, em luta corporal com outro, lhe produza uma ligeira arranhadura na mão, e que o ofendido, em seguida, lidando com uma cultura de micróbios, infeccione o ferimento e venha a morrer. A infecção mortal constitui, em relação ao agressor, um mero *casus*, de modo que ele só responderá por *lesão corporal leve*. Outro exemplo: Tício desfere uma bengalada no braço de Mévio, que, ao dirigir-se a uma farmácia, para medicar-se, é atropelado e morto por um automóvel. Em que pese a VANNINI (que formula a mesma hipótese e conclui tratar-se de homicídio preterintencional), o fato punível não vai além, no caso figurado, da *violatio corporis*. Ainda outro exemplo: A esborda B, *vulnerandi animo*, e B, fugindo, é esmagado por uma pedra que cai: A só responde de *vulnere*.

Para chegar-se a tais conclusões, em todas essas hipóteses, nem é mesmo preciso acentuar que da parte do agente só houve o *animus laedendi* e que inexistia qualquer nexo de

²⁴ Ob. cit., pág. 74.

causalidade psíquica em relação ao evento “morte”: prejudicialmente, não pode este ser imputado ao *vulnerator*, pois foi produzido por uma causa *independente*, ainda que de modo relativo, da ação inicial, devendo, portanto, aplicar-se o disposto no parág. único do art. 11, isto é, declarar-se a inexistência da própria relação de causalidade física entre a conduta do agente e o resultado letal.

Podemos assim fixar os *elementos* da “lesão corporal seguida de morte”:

- a) uma lesão corporal voluntária;
- b) o resultado “morte”, não querido pelo agente, nem mesmo eventualmente;
- c) a previsibilidade desse resultado.

Quanto ao elemento *sub a*:

O crime-base deve ser uma lesão corporal *dolosa*, pois, se *culposa*, o fato só será imputável como homicídio culposo. Se o antecedente doloso consiste num simples gesto de ameaça (art. 147) ou em meras *vias de fato* (Lei de Contravenções, art. 21), o evento “morte”, igualmente, só pode ser imputado a título de homicídio culposo, devendo entender-se, aliás, que somente a esse título deve ser punido o fato, em razão da regra de que *major absorbet minorem*. É a solução a ser dada nos seguintes casos: a) um indivíduo vai dar um *encontrão* em outro, e este, escorregando, cai com tanta infelicidade que quebra o osso frontal contra uma aresta de cantaria, vindo a morrer; b) intimidado pela ameaça de uma bengala alçada, um indivíduo recua e resvala, indo romper a cabeça, na queda, contra uma pedra, resultando-lhe a morte; c) o indivíduo ameaçado com a bengala é um cardíaco, e cai morto em consequência da emoção que lhe causou a ameaça.

Com maioria de razão, haverá simples homicídio culposo no caso do indivíduo, por exemplo, que, na via pública, para obter caminho, procura afastar com a mão outro transeunte, vindo este a perder o equilíbrio, caindo e batendo com a base do crânio no meio-fio da calçada, do que lhe sobrevém a morte.

Quanto ao segundo elemento:

Do ponto de vista subjetivo, não há diferença entre a “lesão seguida de morte” e a lesão corporal *in genere*, isto é, o elemento subjetivo é o mesmo: vontade (consciente e livre) de ofender a integridade física ou a saúde de outrem, sem intenção de matar. Deve ficar *evidenciada* pelas circunstâncias a ausência da *voluntas ad necem*. A apreciação deve ser feita, valendo-se o juiz, *ex contrariis*, dos critérios que revelam a intenção de matar, ou a aceitação do risco do evento “morte”.

Em primeiro lugar, deve ter-se em atenção o meio empregado. Já os práticos ensinavam que o agente devia ser condenado somente pelo ferimento, de que haja resultado a morte, quando fez uso de um meio tal “*ex quo verisimiliter non debuit sequi mors*”. O Código argentino refere-se expressamente a essa circunstância: “*cuando el medio empleado no debia razonablemente ocasionar la muerte*”. Assim, via de regra, o soco, o pontapé, a mordedura, a cabeçada, a bengalada,²⁵ etc.

Outros indícios podem ser tomados em conta: a índole do acusado, suas precedentes manifestações de ânimo, o motivo determinante, o número e direção voluntária dos golpes, etc. PELLEGRINI, no seu *Trattato di Medicina Legale* (vol. II, págs. 724 e segs.) faz um detalhado estudo a respeito do assunto. De grande relevo indiciário são também as *concausas* (preexistentes, concomitantes ou supervenientes): quanto maior a preponderância destas sobre a conduta do agente na produção do evento letal, mais evidente se tornará a ausência do *animus necandi*. Assim, no caso de uma ligeira canivetada na perna de um *hemofílico* ou de um *diabético* (ignorando o agente tal circunstância), ou de um soco que rompe um aneurisma despercebido do agente, resul-

²⁵ Já dizia MARSILLI, referindo-se aos que agredem *animo et intentione bastonandi* e ocasionam a morte do agredido: “*Isti interfectores de occiso non tenentur, sed aliter mitius puniantur, cum ultra propositum delinquerint.*”

tando a morte do agredido, o fato deve ser considerado, *prima facie*, como "lesão corporal seguida de morte". Não se deve esquecer, porém, que, se por outras circunstâncias, for averiguada a intenção de matar, as *concausas* são, de todo, irrelevantes.

O juiz, em suma, deve orientar-se sempre no sentido de apurar, em face das circunstâncias apreciadas em conjunto, se se trata ou não daqueles casos em que, não obstante o emprêgo de violência, o evento "morte" *accidit insolenter ac raro*, ou, como dizia SANTO TOMÁS DE AQUINO, "*per accidens, et ut in paucioribus*". Eis a lição de IMPALLOMENI (*Istit. di Diritto Penale*, pág. 253): "Insistimos, pois, no dizer, para "evitar sutilezas curiais e moralísticas, que, ao distinguir-se "um delito preterintencional de um delito intencional, a via "mestra é a de considerar a relação em que a conduta do "agente está para com o resultado ocorrido: se este é a "consequência, não só natural, como ordinária da ação do- "losa, é força concluir que foi querido; se não é consequên- "cia ordinária, isto é, de tal modo que, segundo a experiên- "cia comum, não se deva inferir que tenha sido prevista "pelo agente, só então é lícito concluir que o delito é prete- "rintencional." É ainda de IMPALLOMENI a seguinte obser- vação: "O acusado não pode provar *excesso de fim* senão "mediante a demonstração de que, tendo-se em vista seu "modo de agir, meios empregados e o que é consequência "ordinária da sua ação, o resultado tenha sido um efeito "extraordinariamente mais grave do que aquele que teria "podido prever-se, segundo a experiência geral. Um juiz que "contempla a realidade das coisas, e que não queira entre- "gar-se a quiméricas e absurdas indagações sobre a inten- "ção, não pode regular-se diversamente."

Finalmente, quanto ao elemento da *previsibilidade* do evento "morte", não é necessário que se trate de *fácil previsibilidade*, que, aliás, pode ser até prova indiciária da *voluntas occidendi*. Basta que a superveniência do efeito letal não tenha sido incalculável ou não se apresente como puro caso fortuito.

É de notar-se que a *imprevisão*, excludente do dolo, é equiparada à *previsão do resultado como improvável ou impossível*, ou com a *esperança* de que o resultado não sobrevenha.

Desde que o evento letal não é querido, fica excluída a possibilidade de *tentativa* de “lesão seguida de morte”. A tentativa pressupõe uma vontade conscientemente dirigida a um evento determinado. Falar-se em tentativa de crime *praeter voluntatem* — já dizia CARRARA — é um contra-senso lógico e jurídico.

No *concurso delinquentium*, é claro que todos os partícipes respondem pelo título “lesão corporal seguida de morte”. Se, entretanto, o *excesso de fim* foi doloso por parte do executor material, os demais responderão, como este, por homicídio doloso, mas devendo ser reconhecida em seu favor a causa de especial diminuição de pena prevista no parágrafo único do art. 48.

83. Lesão corporal “privilegiada”. Dispõe o § 4.º do art. 129: “Se o agente comete o crime impelido por motivo “de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de “violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação “da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um “terço.” Sobre as cláusulas “motivo de relevante valor social ou moral” e “violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”, veja-se o que dissemos em comentário ao § 1.º do art. 121, que prevê o *homicidium privilegiatum*.

84. Substituição de pena. Quando as lesões sejam leves ou simples, pode o juiz, segundo declara o § 5.º do art. 129, substituir a pena de detenção pela de multa, de 200\$ a 2:000\$: a) se ocorre qualquer das hipóteses de lesão *privilegiada* (§ 4.º do art. 129); b) se as lesões são recíprocas. Neste último caso, não foi o legislador ao ponto de consagrar o princípio de que *paria cum paria compensantur* (cuja aplicação facultativa, entretanto, é consentida em matéria de

injúrias recíprocas — art. 140, § 1.º, II); mas admitiu uma espécie de mútua compensação parcial: o juiz pode considerar que cada um dos agentes já se acha punido em parte pela própria lesão recebida, e limitar-se à imposição de multa.

85. Lesão corporal culposa. No § 6.º do art. 129, o Código prevê a lesão culposa, a que é cominada a pena de detenção por dois meses a um ano, e no § 7.º determina especial aumento de pena no mesmo caso em que é também especialmente aumentada a pena do homicídio culposo, isto é, quando ocorre qualquer das hipóteses do art. 121, § 4.º (“... se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.”)

O novo Código, como já fazia o anterior, não distingue, tratando-se de lesão corporal culposa, entre a menor ou maior *quantidade* do dano objetivo: seja grave, gravíssima ou leve a lesão, a pena aplicável é a mesma.

Tudo quanto dissemos sobre o *homicídio culposo* tem aplicação, *mutatis mutandis*, à *lesão corporal culposa*, que difere daquele apenas *quantitativamente*.

CAPÍTULO III

DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE

86. Generalidades. Não existe crime, *a parte objecti*, sem que haja, além de uma *ação* (voluntário movimento corpóreo) ou *omissão* (voluntária abstenção de movimento corpóreo), ¹ um *resultado*, isto é, uma alteração do mundo externo, afetando as condições de existência ou segurança

¹ Alguns autores (MANZINI, DE MARSICO, BELLAVISTA) entendem que há uma classe de crimes que não são nem comissivos, nem omissivos: os chamados *crimes de mera suspeita*. Cita-se, como caso-padrão, a posse injustificada e suspeita de instrumentos destinados à prática de furto (fato que a nossa lei penal considera simples *contravenção*: art. 25 da Lei das Contravenções Penais). Argumenta MANZINI, a propósito de tal caso, que a *posse* não é uma *ação*, nem uma *omissão*, mas um *evento* ou um *estado*. Tal argumento, porém, ressent-se de superficialismo, e com ele não se pode formular um conceito de dogmática jurídico-penal, no sentido de uma nova divisão geral de crimes. Convenha-se que a posse material de um objeto não é uma *ação* ou *omissão*, mas é bem de ver que ela resulta de uma *ação*: a *ação* de *apreender* o objeto. No exemplo invocado, portanto, não se pode negar que haja uma *ação*, imprescindível, aliás, para que se apresente, na espécie, a ilicitude penal, pois, como diz PERGOLA (*Il reato*, pág. 287), não basta que o indivíduo seja encontrado na posse dos instrumentos suspeitos: “... *occorre che la persona si fosse messa in possesso degli oggetti, giacchè, se Tizio si trovasse in possesso di quegli oggetti perchè altri avevano posto indosso a sua insaputa, Tizio non sarebbe punibile.*” Replica MANZINI (*Trattato*, I, pág. 562) que a causa produtiva do evento “posse” não tem importância constitutiva da infração, e só eventualmente poderá funcionar como *discriminante*. É evidente o artifício do raciocínio. O alheamento do insciente possuidor à causa da posse não é *descri-*

de um bem ou interesse penalmente tutelado. Tem-se pretendido distinguir entre *crimes de resultado* (*Erfolgsdelikte*) e *crimes de simples ação* (*Reinetätigkeitsdelikte*), mas tal distinção deve ser enjeitada.² A toda ação penalmente relevante corresponde um efeito objetivo, seja ou não perceptível pelos sentidos. Todo crime produz uma situação de fato, seja de *dano* (dano real, concreto, efetivo), seja de *perigo* (possibilidade de dano, dano potencial).

É inegável que o perigo também representa, em si mesmo, um *resultado* ou *evento*, isto é, uma alteração (juridicamente relevante) do mundo externo.³ Segundo a impecável definição de Rocco, "perigo é a modificação do mundo exterior

² LISZT-SCHMIDT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927, pág. 155): "Aus den Gesagten ergibt sich, dass zu jedem Verbrechen ein Erfolg erforderlich ist. Es ist also unrichtig, innerhalb des kriminellen Unrechts zwischen "Erfolgsdelikten" und reinen, einen Erfolg nicht voraussetzenden "Tätigkeitsdelikten" zu unterscheiden." ("Do que fica dito, conclui-se que para todo crime é necessário um "resultado. Errôneo, portanto, será distinguir, em matéria de ilícito "penal, entre crimes de resultado e crimes de mera atividade ou "sem o pressuposto de um resultado.")

³ Rocco (*L'oggetto del reato*, 1932, pág. 35): "O perigo, do "mesmo modo que o dano, tem uma causa, e causa não pode ser "senão a matéria, como força e energia. Perigo é, então, a possibilidade de um dano, desde que é produto (resultado, efeito) de uma "força física ou mecânica. Este resultado ou efeito ou produto de

minante, mas óbice à própria imputação física do evento, por isso mesmo que o resultado (evento de dano ou evento de perigo), de que depende a existência da infração, só é imputável a quem lhe deu causa. A relação de causalidade objetiva entre o agente e o resultado é indeclinável elemento de fato de toda infração penal. Assim, no caso em apreço, para que se configure a infração, é indispensável que o acusado tenha realizado, por ato próprio, a *apreensão* dos instrumentos. Ora, a posse é a continuidade do efeito da *apreensão*: sem esta, como é óbvio, não haveria aquela, de modo que uma e outra formam uma unidade inscindível na configuração da infração. E confirma-se, portanto, a regra de que não há crime (ou contravenção) sem ação (ou omissão).

“(resultado) voluntariamente causada ou não impedida
“(ação ou omissão), contendo a potencialidade (idoneidade,
“(capacidade) de produzir a perda ou a diminuição de um
“(bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse (dano))”.

Diz o ministro CAMPOS, na *Exposição de motivos* sobre o projeto definitivo do novo Código Penal: “O projeto acolhe
“o conceito de que *não há crime sem resultado*. Não existe
“crime sem que ocorra, pelo menos, um *perigo de dano*,
“e sendo o perigo um “trecho da realidade” (um estado de
“fato que contém as condições de superveniência de um
“efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objeti-
“vamente, como resultado, pouco importando que, em tal
“caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologica-
“mente, com a ação ou omissão.”⁴

⁴ Eis a lição de M. E. MAYER (*Strafrecht, allgemeiner Teil*, 1823, pág. 119): “*Da nämlich bei manchen Delikten Willensbetätigung und Erfolg zeitlich nicht merkbar verschieden sind, entsteht der Schein, als ob ein Erfolg nicht vorhanden sei. Die zeitliche Einheit darf aber niemals über die logische Zweifelt täuschen; die logische Analyse ergibt, dass Delikt aus Willensbetätigung und Erfolg besteht, auch wenn beide zeitlich zusammenfallen.*” (“Como em muitos crimes a conduta voluntária e o resultado não diferem perceptivamente no tempo, faz isso supor a inexistência do resultado. A unidade cronológica, porém, não pode iludir-nos a respeito da unidade lógica. A análise lógica demonstra que o crime consiste em conduta voluntária e resultado, ainda quando uma e outro coincidem no tempo.”)

A este raciocínio não atende VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, II, 1930, pág. 132), segundo o qual falha o resultado “*bei den reinen Handlungen — (oder schlichten Tätigkeiten) und bei den reinen Unterlassungen — (Omissiv) Delikten*” (isto é, “nos crimes de simples ação ou mera atividade e nos crimes omissivos puros”), pois que “*bei ersten ist eine Tätigkeit, bei letzteren eine Unterlassung als solche*

“uma força física ou mecânica não pode ser senão uma modificação
“do mundo exterior. Perigo é, portanto, a modificação do mundo
“externo, contendo em si mesma a possibilidade de um dano (con-
“dição, situação, estado de perigo).”

Exposto a perigo, o bem ou interesse jurídico não é *substancialmente* lesado, mas sofre uma turbacão no seu estado de segurança; é colocado, embora transitoriamente, numa situação de precariedade, de incerteza, de instabilidade.

Muito se discute, em doutrina, acerca do conceito de perigo. Há uma *quaestio praejudicialis*: o perigo é uma pura representação do espírito ou é, ao contrário, uma real dade fenomênica?

A teoria subjetiva (JANKA, VON BURI, FINGER) sustenta que o perigo não é senão uma *idéia*, um *ens imaginationis*, nada tendo de objetivo: é uma hipótese, não um fato; uma abstracção subjetiva, não uma entidade concreta. Na realidade dos fenômenos, não há lugar para o perigo objetivo, isto é, para a *possibilidade* ou *probabilidade* do fenômeno: ou este acontece, e era desde o princípio possível, embora fosse julgado impossível; ou não acontece, e então era *ab initio* impossível, ainda que fosse julgado possível. Há sempre, desde o surgir da condição inicial, a certeza absoluta de que o fenômeno terá ou não de verificar-se. Não há fenômenos possíveis ou prováveis, impossíveis ou improváveis, mas apenas fenômenos *necessários* ou *não necessários*. Possibilidade e probabilidade não são ma's que um fruto da nossa ignorância ou da imperfeição da natureza humana, um produto da limi-

ohne Rücksicht auf weitere Veränderung der Aussenwelt unter Strafe gestellt, weil der Gesetzgeber bereits in diesem Tun oder Unterlassen selbst eine Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern erblickt" (isto é, "nos primeiros, há uma atividade e, nos "últimos, uma omissão que incidem, como tais, sob a pena, abstraída "qualquer ulterior mudança do mundo externo, pois o legislador "considera já nesse ato ou inércia uma ofensa ou periclitacão do "bem jurídico").

Sutil e inútil parece-nos a distincão que VON HIPPEL faz entre resultado em sentido estrito (alteracão juridicamente relevante do mundo externo) e resultado em sentido lato ("*Verwirklichung eines konkreten Deliktstatbestandes*", isto é, realizacão do conteúdo típico do crime), para dizer que, somente em vista do último, é que se pode acolher o princípio de que não há crime sem resultado.

tação do nosso espírito, que não consegue abranger todas as causas de um fenômeno. Disserta JANKA (*Das österreichische Strafrecht*, § 25, apud JANNITTI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi*, 1913): "O homem não tem o olhar suficientemente penetrante da realidade objetiva para poder ver e determinar todas as forças convergentes e divergentes que atuam inapercebidamente; de modo que o temor de que, no caso concreto, não se apresentem as condições contrárias ao evento lesivo, pode fazer parecer a situação como ameaçadora. Uma situação que provoca esse temor pode, sob tal ponto de vista, afigurar-se uma situação perigosa, um perigo. Neste sentido, quando a lei se serve dele, é que se deve entender o "conceito de perigo." Perigo, portanto, segundo os subjetivistas, não passa de uma impressão de temor, de uma representação mental, de uma pura indução subjetiva (VON BURI).

Diverso é o ponto de vista da teoria objetiva (VON KRIES, BINDING, MERKEL, OPPENHEIM, HÄLSCHNER, VON LISZT, ROCCO, JANNITTI DI GUYANGA, RATIGLIA, FLORIAN): o perigo é um trecho da realidade. Existe uma possibilidade ou probabilidade *objetiva* (segundo um cálculo estatístico, fundado na experiência ou observação sistemática dos fatos) e, portanto, um perigo objetivo. Se, em certas circunstâncias, um fenômeno pode ocorrer ou falhar, significa isto que o fenômeno existe na ordem externa das coisas, na possibilidade ou probabilidade objetiva do mundo cósmico, ou seja, que o fenômeno possível ou provável tem uma existência objetiva. O que impede o advento do fenômeno são, *in concreto*, condições ulteriores às que tendiam necessariamente a produzi-lo; mas a superveniência dessas condições impeditivas não exclui que o perigo tenha existido.⁵ Perigo é, portanto, segundo os

⁵ Se, a seguir, o dano julgado possível ou provável deixa de sobrevir, não importa, isso uma negação do cálculo de possibilidade ou probabilidade, pois esta ou aquela significa *verificabilidade*, e não *verificação*. Diz Rocco (ob. cit., págs. 301-302): "Altro è verificabilità,

objetivistas, um *estado de fato* que contém as condições (incompletamente determinadas) de um evento lesivo (VON KRIES).

Uma terceira teoria, que, pode dizer-se, remonta a OPPENHEIM, defende um critério *misto* ou *integrativo*: perigo é um conceito ao mesmo tempo objetivo e subjetivo. Discorre o citado autor (*Die Objekte des Verbrechen*, I, 1894, pág. 208): "Podemos apenas conhecer, mediante a experiência, a possibilidade próxima ou probabilidade (condições necessárias "ao necessário dano) pela sua presença. Se essa possibilidade "ou probabilidade é sempre alguma coisa de *subjetivo*, todavia a situação na qual um objeto é posto mediante o "perigo é alguma coisa de objetivo." Perigo, como possibilidade de dano, é uma situação objetiva; mas a possibilidade, embora tenha uma existência objetiva, não se revela por si mesma: tem de ser *reconhecida*, isto é, julgada. É preciso um juízo avaliativo, uma previsão, um cálculo (*Urteilsgefahr*). O juízo ou cálculo sobre a possibilidade de um fenómeno é o resultado de um raciocínio silogístico, de que a *premissa menor* é o conhecimento da presença de determinadas circunstâncias e a *premissa maior* é a lição da experiência em torno a circunstâncias análogas. Um fenómeno existente dispõe de potência causal quanto a outro fenómeno, ainda não ocorrido, quando a experiência (fundada na observação de casos idênticos) nos ensina que ao primeiro fenómeno costuma seguir-se o segundo, em relação de causa a efeito.

o effettuabilità, o realizzabilità di un fenomeno, altro la sua verifica-zione, o effettuazione, o realizzazione; altro la causabilità, altro la causazione: quella è la causalità in potenza, questa è la causalità in atto. Fra la necessaria verifica-zione e la necessaria non verifica-zione di un fenomeno, vi è dunque posto per la verificabilità (effettua-bilità, realizzabilità, causabilità), cioè per la possibilità — e quindi anche per la probabilità — del fenomeno stesso. La possibilità, come la probabilità, ha una esistenza obbiettiva, è un ens reale, un fatto, una realtà concreta, non un ens imaginationis, cioè un non ens."

Exemplo: a um ferimento no abdômen costuma seguir-se a peritonite (premissa maior); alguém foi atingido no abdômen por uma bala: logo, pode sobrevir-lhe peritonite. Em suma: a possibilidade não é apenas objetiva, nem somente subjetiva, mas, a um só tempo, objetiva e subjetiva.

Esta última teoria é que é a verdadeira. Se é certo que se pode conceber objetivamente o perigo, não é menos certo que tal concepção não poderá jamais excluir uma avaliação subjetiva, isto é, uma apreciação sintética das circunstâncias.⁶

O perigo não é, portanto, um elemento arbitrário. Se se tratasse de uma simples *impressão*, com ele não poderia operar o direito penal, que deixaria de tutelar a ordem externa, para proteger a *impressionabilidade* interna dos indivíduos.

Na órbita jurídico-penal, o perigo (como possibilidade ou probabilidade de dano antijurídico) é um elemento básico, um conceito fundamental. Basta dizer que é uma das modalidades do *effectus sceleris* e, como tal, serve à conceituação da *tentativa*, bem como dos *crimes formais* e dos crimes especialmente chamados de *perigo* (em contraposição aos crimes *materiais* ou *de dano*). O elemento "perigo" entra igualmente no conceito da *legítima defesa* e do *estado de necessidade* e, numa aplicação mais ampla, constitui a *ratio essendi* das *medidas de segurança* (isto é, a justificação destas assenta na *periculosidade subjetiva*, no *estado perigoso*

⁶ Deve notar-se que o dissídio entre as teorias subjetiva e objetiva é apenas *filosófico*. Praticamente se equivalem, pois se uma (a subjetiva), encarando os fatos *a posteriori*, declara o perigo *imaginado*, enquanto outra, apreciando os fatos *a priori*, reconhece a objetividade do perigo, o certo é que ambas são acordes em admitir que o perigo pode ser *elemento* de crime. Além disso, a própria teoria subjetiva admite a *relativa* objetividade do perigo, dada a deficiência do espírito humano, que não pode prefixar, no seu desdobramento, o jogo de todas as forças processantes de um fenómeno (FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, 1904, § 52).

de certos indivíduos, na *probabilidade* de que venham a cometer novamente fatos previstos como crimes).

Qual, porém, a *quantidade* ou *grau de consistência* que deve conter o perigo como conceito jurídico-penal?

De novo, aqui, se estabelece a controvérsia doutrinária. Querem alguns que basta a *simples possibilidade* (FINGER, Rocco, FLORIAN). Diz Rocco (ob. cit., pág. 304): "Perigo não é apenas a possibilidade próxima do dano, a *probabilidade* maior ou menor (perigo próximo); mas a possibilidade de dano *in genere*, baixa ou elevada, maior ou menor, próxima ou remota (perigo próximo ou remoto). Para o conceito do perigo é, assim, indiferente o mais ou o menos, o *grau* de possibilidade. Mesmo aquilo que *não é provável* é possível. A possibilidade do dano, qualquer que seja o seu grau, é necessária e suficiente ao conceito de perigo."

Entendem outros, entretanto, que é necessária a *probabilidade* (a *Wahrscheinlichkeit*, dos autores alemães), isto é, uma relação de possibilidade deduzida do *id quod plerumque accidit*. Assim opinam, entre outros, ROHLAND, VON HIPPEL, BELING, LÖFFLER, HAFTER, MASSARI, ANTOLISEI, JANNITTI DI GUYANGA. Sob o mesmo ponto de vista, MERKEL e VON KRIES falam em *notável possibilidade*. OPPENHEIM e LISZT-SCHMIDT referem-se à *possibilidade próxima* (*nache Möglichkeit*).⁷ GRISPIGNI entende que deve apresentar-se uma *relevante possibilidade*. DELITALA quer que exista uma *apreciável possibilidade*.

Sem dúvida alguma, a razão está com os que declaram a insuficiência da mera possibilidade. Conforme observa

⁷ Esta é a lição de LISZT-SCHMIDT (ob. cit., pág. 155): "*Gefahr ist der Zustand, in dem, unter den gegebenen und im Augenblicke der Willensbetätigung allgemein erkennbaren oder auch nur dem Täter bekannten Umständen, die nahe Möglichkeit (Wahrscheinlichkeit) gegeben ist, dass der Eintritt der Verletzung erfolgen werde*", isto é, "perigo é o estado no qual, dadas certas circunstâncias, geralmente reconhecíveis ou conhecidas apenas do agente, apresenta-se a possibilidade próxima (probabilidade) do advento do dano".

GRISPIGNI, ⁸ “se, de um ponto de vista puramente lógico, o “perigo consiste na mera possibilidade de um evento temido, “não pode ele, entretanto, assumir importância prática, se- “não quando essa possibilidade apresente uma certa rele- “vância, de vez que, psicologicamente, o temor de um evento “normalmente não é suscitado senão quando se reconhece “uma relevante possibilidade de sua verificação”. Não basta a simples possibilidade. O perigo, do ponto de vista jurídico-penal, não pode ser uma abstrata possibilidade ou uma eventualidade anormal ou incomum. Para o seu reconhecimento, é necessário ter-se em conta *quod saepius accidit*. Como diz LÖFFLER, o direito penal deve desinteressar-se dos perigos mínimos ou de escassa possibilidade, pois, de outro modo, cessaria toda a liberdade de movimentos. Se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade dos possíveis acontecimentos lesivos, teríamos de evitar as ações ou omissões mais mezinhas da vida quotidiana. No curso desta, há uma certa normalidade de riscos. O homem só deve abster-se daquilo que, segundo a lição da experiência comum, fundada no curso normal dos fatos, pode acarretar danos antijurídicos. O advento do dano será mais ou menos provável (segundo a maior ou menor preponderância das condições favoráveis sobre as contrárias), mas cumpre que seja sempre demonstrável lógica e praticamente, em cotejo com os casos análogos.

O perigo, no campo jurídico-penal, pode ser *presumido* ou *concreto*, *coletivo* (ou *comum*) ou *individual*, *atual* (ou *iminente*) ou *futuro* (*remoto*).

Perigo presumido (ou que deve ser reconhecido *in abstracto*) é o que a lei presume, *juris et de jure*, inserto em determinada ação ou omissão. Perigo concreto, ao contrário, é o que deve ser averiguado ou demonstrado de caso em caso na sua efetividade, ou é presumido *juris tantum*, admitida prova em sentido oposto. É bem de ver que a lei não deixa a apreciação do perigo ao juízo do agente: no caso de

⁸ *La pericolosità, in Scuola Positiva*, 1920, pág. 104.

perigo *presumido* ou *in abstracto*, funda-se na experiência geral (*Urteil der Gesellschaft*) para, *a priori*, considerar perigosa esta ou aquela ação ou omissão; no caso de perigo *in concreto*, dependendo este de um juízo *a posteriori*, não é ainda a opinião do agente que se deve ter em conta, mas o juízo comum, o entendimento vulgar.

Perigo coletivo ou comum é aquele que afeta um indeterminado número de pessoas, constituindo o evento típico dos crimes e contravenções *contra a incolumidade pública* (Título VIII da “Parte Especial” do Código Penal e Capítulo III da “Parte Especial” da Lei das Contravenções Penais).

Perigo individual é o que afeta o interesse de uma só pessoa ou de um exíguo e determinado grupo de pessoas, e constitui o evento específico de certos crimes formais e dos *crimes de perigo*, que podiam ser chamados crimes *contra a incolumidade individual*.

Perigo atual ou iminente significa a possibilidade presente ou efetiva do dano, pouco importando a maior ou menor *persistência* ou *permanência* dessa possibilidade.

Perigo futuro ou remoto é aquele que, embora não existindo na atualidade, pode advir em tempo sucessivo. É a probabilidade de perigo ou o perigo de perigo. É o evento genérico das contravenções e da tentativa dos crimes de perigo.

Sob a epígrafe *Da periclitación da vida e da saúde* (inspirada numa sugestão de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Estudio de los delitos en particular*), no Capítulo III do Título I de sua “Parte Especial”, cuida o novo Código de crimes que, na sua maioria, são caracteristicamente *de perigo*. Distinguem-se estes dos crimes de dano, não apenas pela diversidade do elemento objetivo, senão também pela do conteúdo subjetivo. Explica a *Exposición de motivos*: “Sob esta epígrafe (*Da periclitación da vida e da saúde*), o projeto contempla uma série de “*crimes de perigo* contra a pessoa, uns já constantes, outros “desconhecidos da lei penal vigente. Pelo seu caráter especial, seja quanto ao elemento objetivo, seja quanto ao “elemento subjetivo, tais crimes reclamam um capítulo pró-

“prio. Do ponto de vista material, reputam-se consumados “ou perfeitos desde que a ação ou omissão cria uma situação “objetiva de possibilidade de dano à vida ou saúde de alguém. O evento, aqui (como nos crimes de perigo em geral), é a simples *exposição a perigo de dano*. O dano efetivo pode ser uma *condição de maior punibilidade*, mas “não condiciona o *momento consumativo do crime*. Por outro lado, o elemento subjetivo, na espécie, é a vontade “consciente referida exclusivamente à produção do perigo. “A ocorrência do dano não se compreende na volção ou “dolo do agente, pois, do contrário, não haveria porque “distinguir entre tais crimes e a *tentativa de crime de dano*.”

A noção do crime de perigo foi enunciada, pela primeira vez, por BINDING (*Normen*, I, pág. 368), e tem-se cuidado, desde então, de fixar o correspondente elemento subjetivo, de modo a extremá-lo do conteúdo psíquico do crime de dano. Começou-se a falar do *dolo de perigo* (*Gefährdungsvorsatz*), em contraposição ao *dolo de dano* (*Verletzungsvorsatz*). Entretanto, como observa RATIGLIA (*Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, 1932, n.º 39), a doutrina do dolo de perigo foi, de início, incerta e confusa. A tentativa de Stroos em tal sentido (*in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 15, 1895, págs. 199-201) não foi coroada de êxito. Figurava Stroos o caso de um caçador que atira contra a caça, prevendo poder atingir o guarda-mato, que se acha próximo, e distinguia: se o guarda-mato é atingido, dá-se um crime culposos; se, porém, fica incólume, e como não seja admissível que se deixe impune uma situação de perigo conscientemente provocada, deve-se reconhecer um especial estado de culpabilidade, que não é simples culpa, nem dolo pleno ou direto, ou seja, precisamente, o *dolo de perigo*. Ora, não existe dolo onde não existe relação entre a vontade e o evento, posto que *prever não é querer*.

BINDING e LÖFFLER confundiam o dolo de perigo com o dolo eventual, que, no entanto, é uma variante do *dolo de dano*. Dizia BINDING (*Normen*, IV, pág. 405) que “*der Gefährdungsvorsatz schliesse den eventuellen Verletzungsvorsatz in*

sich" (isto é, "o dolo de perigo abrange o dolo eventual de dano"). LÖFFLER, que, com a sua teoria sobre a bipartição da vontade em intenção ou dolo direto (*Absicht*) e consciência (*Wissentlichkeit*), identificada esta com o dolo de perigo (que seria a previsão do resultado antijurídico como provável, — previsão que, embora não seja motivo, também não é contraste à ação ou omissão), declarava (*apud* HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil*, 1937, pág. 50, nota I): "O dolo de perigo não é outra coisa que o *dolus eventualis*, ou, mais precisamente, a consciência... Os crimes dolosos de perigo não são mais que tentativas de crimes de dano com o chamado *dolus eventualis*." ("Der Gefährdungsvorsatz ist nichts als der *dolus eventualis*, genauer gesprochen d'e *Wissentlichkeit*... Die vorsätzlichen Gefährdungsverbrechen sind nichts als unvollendete Verletzungsverbrechen mit sog. *dolus eventualis*.")

O nítido conceito do dolo de perigo foi fixado, entre outros, por ARTURO ROCCO (ob. cit., pág. 330): "O dolo que se encontra nos crimes de perigo se chama *dolo de perigo*. Consiste ele na vontade consciente de expor a perigo um bem ou interesse humano. Distingue-se do dolo de dano, que se encontra nos crimes de dano ou de lesão, precisamente, porque, neste, o que se quis é um dano e, naquele, somente um perigo." No mesmo sentido, LANG:⁹ "Deve-se identificar um crime de perigo, segundo penso, apenas no caso em que o dolo do agente abrange apenas a causação do perigo... Quem age com dolo de dano necessariamente não deixa de querer, ao mesmo tempo, causar um perigo; mas seu intento é ir além, isto é, causar um dano. A recíproca, entretanto, não é verdadeira: quem quer criar uma situação de perigo nem sempre tem, ao mesmo tempo, a intenção de causar um dano, no sentido da lei penal." ("Man sollte m. E. als Gefährdungsdelikte nur die Tat behandeln, bei der Vorsatz des Täters lediglich auf die Herbeiführung der Gefahr beschränkt war... Wer mit Verle-

⁹ Protokoll der zweiten Expertenkommission, V, pág. 35.

tzungsvorsatz handelt, will natürlich auch ein Gefahr herbeiführen, aber er will noch ein Schritt weiter gehen und verletzen. Das gilt aber nicht für den umgekehrten Fall; wer gefährden will, hat gar nicht immer gleichzeitig den Verletzungsvorsatz im Sinne des Strafgesetzbuches.”)

Dolo de perigo, portanto, é a vontade de criar tão-somente o evento de perigo. É certo que o agente, querendo o *eventus periculi*, necessariamente prevê o *eventus damni*; mas este transcende à sua volição. Sua vontade consciente, como diz HAFTER (ob. cit., pág. 50), visa a uma situação de perigo e não a um ulterior resultado lesivo, pois, se o último é também visado, o que se apresentará é, conforme o caso, um crime de dano consumado ou tentado (“*Sein Wissen und Wollen richtet sich auf eine Gefährdung, nicht auf einen weiteren, verletzenden Erfolg. Trifft hingegen das letztere zu, so kommt je nachdem Vollendung oder Versuch eines Verletzungsdelikte in Frage*”).

O dolo de perigo é, assim, reconhecível como uma *species* do dolo, por isso que é a *voluntas* conscientemente dirigida à ameaça concreta de um bem jurídico, ou, como se exprimem SALTELLI e DI FALCO (*Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, I, 1.^a pág. 262), “a vontade consciente de produzir, com a própria ação ou omissão, uma situação perigosa relativamente a um bem ou interesse penalmente tutelado”. Como o dolo, em geral, pode ser *direto* ou *eventual*, isto é, a vontade pode ter por *movens* a representação subjetiva do evento de perigo ou exercer-se *apesar* dessa representação.

Há que distinguir entre os *crimes dolosos de perigo* e os *crimes formais* ou *de consumação antecipada*: nestes, o agente procede com *dolo de dano*, embora para sua consumação baste o dano potencial ou a simples situação de perigo; naqueles, só há o *dolo de perigo*. Nos crimes formais, a consumação se antecipa, e quando sobrevém o evento de dano, diz-se que o crime se *exaure* (crime exaurido); nos crimes de perigo, não há *consumação antecipada*: o crime consuma-se e *exaure-se* com a só criação do perigo.

No crime formal, o evento de perigo está aquém da vontade; no crime de perigo, corresponde precisamente à vontade. O crime formal não é mais que uma tentativa (quando não um simples *ato preparatório*) de crime de dano excepcionalmente considerada como crime autônomo ou *sui generis*; o crime de perigo não é identificável com o tentado crime de dano, pois que nele falta a direção da vontade para o evento lesivo. Em suma: no crime formal, há um evento de perigo com dolo de dano; no crime de perigo, há um evento de perigo com dolo de perigo.

Há certos casos em que um determinado evento lesivo cria, por si mesmo, a probabilidade de um dano mais grave ou extensivo, e tal probabilidade passa a constituir elemento integrante do fato criminoso. É o que acontece em várias das modalidades do crime *de perigo comum* ou *contra a incolumidade pública*, como, por exemplo, o *incêndio*. Como a lei, em tais casos, leva em conta, não o evento lesivo inicial (antecedente ilícito), mas, de preferência, a conseqüente probabilidade de maior dano (embora a este seja alheia a consciente vontade do agente), o crime não deixa de ser reconhecível como crime de perigo.

Como se distingue do dolo de dano (direto ou eventual), também o dolo de perigo se diferencia da culpa *stricto sensu*, inconsciente ou consciente. Na culpa inconsciente, o *eventus damni* não é, sequer, previsto: na culpa consciente, é previsto o *eventus damni*, mas o agente *confia* em que não sobrevirá; no dolo de perigo, o agente também não quer o *previsto* evento de dano, mas quer a situação de fato que o possibilita".¹⁰

MADUREIRA DE PINHO¹¹ pretende que "mais expressivo que "outro qualquer, na caracterização específica do dolo de

¹⁰ RATIGLIA (ob. cit., pág. 194): "*Nel reato colposo cosciente, il soggetto vuole l'azione o l'omissione, ma non appetisce il contenuto di minaccia che è connesso alla condotta; nel dolo di pericolo egli vuole intenzionalmente l'azione o l'omissione nel suo contenuto di minaccia.*"

¹¹ O valor do perigo no direito penal, 1939, págs. 124 e segs.

“perigo, é o exemplo citado por CARRARA e referido por NÉLSON HUNGRIA, do vigia de linha que, para obter o prêmio instituído pela companhia ferroviária a favor do empregado que impedisse algum desastre, simulou uma situação de perigo, deslocando um trilho da linha e, a seguir, correu a dar o sinal de alarme ao comboio que se aproximava”. Há um flagrante equívoco em tal parecer. Não houve, no caso, dolo de perigo: *simular* um perigo não é *querê-lo*. Dolo de perigo é a vontade conscientemente dirigida a um perigo sério, e não a um simulacro de perigo. *Fingir* um perigo é ação indiferente ao direito penal, salvo se, traduzindo em si mesma uma imprudência, der causa ao evento lesivo, pois, em tal hipótese, configurar-se-á um crime culposos (se a título de culpa for punível o fato). Este raciocínio escapou a MADUREIRA DE PINHO, ao impugnar a seguinte observação nossa (*Direito Penal*, Parte Especial, vol. I, pág. 205) em torno ao caso citado por CARRARA: “Suponhamos que, por uma circunstância excepcional, o sinal não fosse percebido pelo maquinista e sobreviesse o desastre: somente a título de culpa poderia ser este imputado ao agente, de vez que não houve a representação subjetiva do evento lesivo.” Assim argumenta o exímio professor: “De logo vale acentuar que a *representação do evento lesivo* não poderia faltar na hipótese, já que, consistindo o perigo na probabilidade ou simples possibilidade de um dano, é impossível querer o perigo sem representar subjetivamente o dano provável ou possível. O que se pode verificar, como no exemplo em causa, é a vontade do evento de perigo e não do evento lesivo... O crime é, portanto... imputável a título de dolo, de dolo de perigo.” Ora, na *simulação* de um perigo, está excluída, necessariamente, a direção da vontade no sentido da efetiva probabilidade ou possibilidade de dano, pois é claro que, se tal não fosse, não haveria falar-se em *simulação* de perigo. No hipotético desdobramento do exemplo de CARRARA inexistente, sem dúvida alguma, o dolo de perigo: longe de *querer* o perigo, o agente tomou as precauções que julgou necessárias para que ele não se apre-

sentasse *realmente*. O inesperado evento lesivo só a título de culpa lhe poderia ser imputado. Se o agente não queria, sequer, o efetivo perigo, como poderia ter a representação subjetiva do evento de dano?

É admissível a *tentativa* nos crimes de perigo? Contesta-o, entre outros, Rocco (ob. cit., pág. 330): "Os crimes de "perigo ou de ameaça, precisamente porque produzem um "perigo, e não já um *dano*, não admitem a tentativa (crime "imperfeito): a possibilidade ou probabilidade de um perigo "não é, de fato, suficiente à figura do crime imperfeito." A resposta de ÁNTOLISEI,¹² entretanto, é convincente no sentido contrário: "É certo que nos crimes de dano a probabilidade de um perigo, o chamado perigo de perigo, não é "suficiente para a punibilidade do fato, mas isto pelo motivo "de que tal probabilidade, no tocante ao evento exigido para "a consumação do crime, se apresenta como uma possibilidade remota e, portanto, não é verdadeiro perigo. Ainda "que nos crimes de perigo a tentativa se apresente, no que "respeita à lesão do bem, como um perigo de perigo, é bem "de ver que, relativamente ao evento do crime, constitui "um perigo verdadeira e propriamente tal. A ação, neste "caso, realiza a probabilidade do acontecimento (qualquer "que seja a sua natureza intrínseca) que a lei considera "como evento do crime, isto é, realiza a condição essencial "para a existência do crime imperfeito e não há razão para "que um fato dessa ordem fique impune. Também no crime "de perigo, portanto, é admissível a tentativa, como, aliás, "o reconhece a prevalente doutrina."¹³ Só não é concebível

¹² *L'offesa e il danno nel reato*, 1930, pág. 87.

¹³ No mesmo sentido, RATIGLIA (ob. cit., pág. 108): "*Pericolo di pericolo, si dice, ma se il pericolo diretto è stato considerato un risultato da incriminare, il tentativo di produrre questo risultato in nulla si differenzia, giuridicamente, del tentativo di produrre un risultato di lesione, e volerne ridurre la nozione a un semplice tentativo di tentativo significa andare oltre e anche contra la realtà giuridica. Perchè se la legge eccezionalmente fissa, nella minaccia, il risultato penalmente rilevante, ciò non avviene senza un particolare e giusti-*

a tentativa nos crimes de perigo que *unico actu perficiuntur*; mas o mesmo acontece com todo e qualquer crime *unissubsistente*, isto é, cuja execução se opera com um só ato, pois a tentativa pressupõe a possibilidade de cisão do processo executivo ou de execução por atos sucessivos. Nos crimes unissubsistentes, em geral, ou dá-se a *consumação*, ou não há crime algum: *tertium non datur*.

Distinguindo entre crimes de dano e crimes de perigo, Rocco declara que “os crimes de lesão tanto podem ser *dolosos* como *culposos*, e os crimes de perigo não podem ser jamais *culposos*”. Tal critério, além de não ser apoiado pelo direito positivo, não depara razão de política criminal que o reclame. O nosso Código, ao definir, entre os típicos crimes de perigo, o de *perigo de contágio venéreo* (art. 130), chega mesmo a equiparar, para o tratamento penal, sua forma dolosa à culposa.

Nem mesmo *de jure condendo*, como adverte ANTOLISEI (ob. cit., pág. 88), se justificaria a opinião de Rocco, desde que não contrasta com princípio algum, nem com as exigências da vida social, o considerar-se como crime e, portanto, punir-se o fato de quem, por negligência, imprudência ou imperícia, põe em perigo um interesse penalmente tutelado.

Na ordem em que os alinha o Código, são êstes os crimes de “periclitção da vida e da saúde” (subclasse dos “crimes contra a pessoa”): *perigo de contágio* (exposição a perigo

ficato motivo, costituito, come sappiamo, dalla grande rilevanza del bene oggetto della protezione o dalla gravità del mezzo che può essere adoperato per aggredirlo. Rispetto a codesto reato di lesione, il tentativo si porge come minaccia diretta e immediata. In altri termini, poiché, nel reato perfetto, la modificazione giuridica del mondo esteriore può consistere tanto in una lesione effettiva quanto in una lesione probabile, il tentativo, come reato imperfetto, integra sempre una minaccia diretta per la forma di modificazione, cioè per la specie di evento, espressamente considerata dalla singola norma. E se, come avviene nei reati di pericolo, la modificazione considerata è la lesione probabile, è a questa specie di evento, non già alla lesione effettiva, che il tentativo va riferita.”

de contágio venéreo intersexual ou a perigo de contágio de moléstia grave), *perigo genérico para a vida ou saúde de outrem, abandono de incapazes, exposição ou abandono de recém-nascido honoris causa, omissão de socorro e maus tratos.*

**Perigo de
contágio
venéreo**

Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de um mil a cinco mil cruzeiros.

§ 1.º Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de dois mil a dez mil cruzeiros.

§ 2.º Somente se procede mediante apresentação.

**Perigo de
contágio de
moléstia
grave**

Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de dois mil a dez mil cruzeiros.

DIREITO COMPARADO — Códgos: dinamarquês, arts. 256 a 259; norueguês, § 155; soviético, art. 150; italiano, art. 554; polonês, art. 245; argentino, art. 102 (em combinação com a lei n.º 12.331, de 29-6-1937); finlandês, § 13 do cap. XX; Suécia, lei de 1-1-1919; Nova Zelândia, lei de 31-10-1917; Terra Nova, lei de 5-7-1921; Áustria, lei de 24-5-1885; Alemanha, lei de 18-2-1927 (Lei Koch); Turquia, lei n.º 1.593, de 6-5-1930; Tcheco-Eslováquia, lei de 2-7-1932; Canadá, lei de Higiene Pública; Inglaterra, lei de 1907; Estados Unidos, leis de vários Estados, entre outros, Arkansas, Florida, Illinois, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Montana, New Hampshire, Nevada, Nebraska, New York, North Carolina, South Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Rhode Island, Utah, Vermont, Virgínia e Wyoming; cubano, art. 454.

BIBLIOGRAFIA — DOLLÉANS, *La police des mœurs*, 1903; FIAUX, *Le délit pénal de contamination intersexuelle*, 1907; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Il delitto di contagio venereo*, trad. it., 1929; DE MORSIER, *Le délit de contamination vénérienne*, in *Revue Pénal suisse*, 1924, fasc. IV; NICOLA TOSCANO, *La incriminabilità del contagio intersessuale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1917, pág. 193; CICALA, *Malattie celtiche e reati veneri*, in *Scuola Positiva*, 1927, I, pág. 225; PFENNINGER, *Das Strafrecht in Kampfe gegen die Geschlechtskrankheiten*, in *Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht*, 1927, vol. XL; ALTAVILLA, *Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, no *Tratado de FLORIAN*, 1934; BENVENUTO, *I delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe*, 1934; SALTELLI-DI FALCO, *Commento teor. e prat. del nuovo Codice Penale*, 1931; CUELLO CALÓN, *Qualche osservazione sull'art. 588 del prog. defin. ital.*, in *Studi di diritto penale comparato do Istituto degli studi legislativi*, 1930, pág. 397; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 1936, vol. VII, págs. 568 e segs.; MARCIANO, *Il nuovo Codice Penale*, 1932, págs. 342 e segs.; ROJAS Y BONNET, *El contagio venereo ante la Medicina Forense*, 1938; BENJAMIM VIEIRA, *Delitos de contaminação*, 1941; COLOMBO BERRA, *El delito de contagio venereo*, in *Revista de Medicina Legal y Jurisprudencia Médica*, ano IV, ns. 3-4; ALMEIDA JÚNIOR, *O Exame médico pré-nupcial*, 1827; NUÑEZ GALENO, *Del delito de contagio venereo*, 1937; EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, 1941, vol. 5.

COMENTARIO

87. Legitimidade da incriminação. Sociólogos, juristas, médicos e legisladores fizeram aliança, nos tempos modernos, pela defesa e consecução do ideal de uma humanidade ilesa e sadia. Em todo o país civilizado, o objetivo de higiene do povo e aperfeiçoamento da produção humana tornou-se um indeclinável programa político. Várias são, no rumo dessa finalidade, as medidas preconizadas ou já em aplicação. E como sempre acontece, quando se trata da solução de relevantes problemas sociais, não faltam, aqui, os radicalismos insensatos, as idéias extravagantes, os critérios demasiadamente unilaterais. Os ortodoxos da eugenia, por exemplo, vão ao extremo de reclamar a seleção humana *more spartano*, sugerindo a eliminação artificial dos enfermos incuráveis e dos indivíduos desprovidos de valor vital.

Na Alemanha de Hitler, como em poucos Estados da União Norte-Americana, encontrou apoio no direito positivo a esterilização dos anômalos psíquicos, quer como medida de defesa social, quer como processo eugenésico, não obstante as sérias objeções formuladas com fundamento no perigo de deploráveis contragolpes e nas reabilitadas teorias mendelianas sobre a hereditariedade.¹⁴ Também já foi sugerido o chamado *aborto eugenésico*, que, desmentido o fatalismo da

¹⁴ Há 20 anos passados, assim discorriamos sobre o tema: "O hiperestatismo da época atual esmaga e abstrai o indivíduo, já não apenas em nome de uma premente exigência de salvação pública, mas até mesmo aconselhado de levianas doutrinas, mascaradas de ciência, construídas sobre hipóteses e conjeturas para o encalço de quimeras e utopias. Basta dizer-se que essa erudita charlatanice que GALTON batizou com o nome de *eugenia* (inspirado num vocábulo de PLATÃO), essa pseudociência que um biólogo espanhol justamente chama de *"hija de malos padres, que si no fuera porque halaga las bajas pasiones, no hubiera conseguido atraer la atención del vulgo y hasta de biólogos que no repudian celestinescos papeles"*, já foi posta ao serviço da política nacional-socialista de Além-Reno, ferozmente sectária, que, sob pretexto de resguardar a pureza do genótipo de uma raça, não vacila em apadrinhar o que há de mais duvidoso e controvertido nesse vasto material de dúvidas e controvérsias, que são os estudos sobre a hereditariedade das doenças mentais e psicopatias. O nacional-socialismo de HITLER, que está subvertendo até os mais fundos alicerces a gloriosa cultura alemã, começou, nesse falso terreno de objetivos eugenésicos, por autorizar legalmente a esterilização voluntária dos enfermos psíquicos e mentais. A lei é de 14 de julho de 1933... Pretende-se que a esterilização dos tarados, além de preservativa da integridade e pureza da raça, é um meio terapêutico no que concerne ao hipersexualismo, quando o certo é que, segundo a lição de RICHTER, a libido é menos influenciada pelo *hormonal* do que pelo mecanismo nervoso preestabelecido. Permite-se o impedimento artificial da procriação aos enfermos mentais, aos psicopatas, aos exuberantes sexuais, mas para deixá-los à solta, sem travas e sem peias, ainda tangidos de sua mórbida concupiscência, ainda apuados pelos alcates do seu doentio sexualismo, ensinando-se-lhes o desenfreno de todas as lascívia e de todas as torpezas, sem os percalços da superveniência de filhos. A vasectomia de SHARP e a ligadura das trompas de FALÓPIO são o salvo-conduto para todos

herança mórbida, tanto pode interromper a gestação de um futuro *sub-homem*, como suprimir um futuro *specimen* de higidez ou um lídimo valor humano. Em alguns raros países, já figura em lei o veto matrimonial a certos enfermos, reco-

os pecados da carne, para todos os desregramentos da libertinagem, para todos os paroxismos dos amores infecundos. Sob o pretexto de melhoria ou defesa dos genótipos raciais, a esterilização serve, efetivamente, ao malthusianismo egoísta e gozador, à franca licença dos excessos genéticos, ao desembestado cio dos que a fantasia darwiniana identifica como derrabados descendentes do *Pithecanthropus erectus*. Segundo um alarmante testemunho de STUMPF, um dom João esterilizado contagiou de sífilis a totalidade das raparigas de uma aldeia, que a ele se entregaram, cientes de que não havia perigo de concepção. Com a difusão do processo esterilizante, as *semtvirgens* de MARCEL PRÉVOST ou as *garçonnes* de MARGUERITTE já não preclararão conservar seus derradeiros escrúpulos, nem de repetir sua ímpia oração à Nossa Senhora: “Virgem Maria, que concebeste sem pecar, faze com que eu peque sem conceber”. . . Mas, a política racista de HITLER não se deteve na esterilização facultativa dos psicopatas, dos débeis mentais ou oligofrênicos, dos esquizofrênicos, dos loucos circulares, dos epilêpticos, dos atacados do mal de São Guido, dos cegos, surdos e aleijados congêneres e dos dispsômanos. Foi muito além. A lei de 14 de julho de 33 seguiu-se a de 24 de novembro do mesmo ano (ambas já revogadas), admitindo a castração coativa dos criminosos sexuais reincidentes e perigosos, ou, quando não reincidentes, culpados de *assassinato* (*Mord*), ou *homicídio simples* (*Totschlag*) por motivos sexuais, e, ainda mais recentemente, com a lei de 26 de junho de 1935, foi introduzida a castração consensual ou voluntária dos criminosos sexuais em geral, ainda que não reincidentes. Já não bastava a *impotentia generandi* dos dementes, psicopatas e hipersexuais; fazia-se mister, também, a *impotentia coeundi* dos que fossem até o crime: Não se limitou o nazismo truculento às medidas de esterilização e castração voluntárias para fins eugenéticos ou terapêuticos: a exemplo de alguns poucos Estados dos EUA, onde a civilização não pôde ainda estratificar as suas lídimas conquistas, admitiu e decretou a *emasculatio* coercitiva como medida de segurança contra delinquentes de sexualidade violenta, corrutora ou desregrada. Romperam-se os últimos liames com a cultura tradicional. É o Estado-Moloch invadindo o derradeiro reduto do indivíduo, para negar-lhe até mesmo o direito a uma imperiosa função fisiológica, a uma atividade imposta sob o látego de um instinto natural. Democrata por índole, não des-

nhecidos tais pelo exame pré-nupcial compulsório. Entre nós, mesmo, a efêmera Constituição de 34 preceituava, em termos irrestritos, que a lei ordinária deveria regular “a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental”;

convencido dos postulados individualistas, uma vez destocados de seus exageros românticos, não posso compreender que se sacrifique o indivíduo na ara de um inexorável sectarismo racista, antes que esteja absolutamente comprovada a necessidade de tal sacrifício. Se não se atende a um critério de *estrita necessidade*, que tem a sua medida na *estrita utilidade*, a emasculação forçada dos criminosos sexuais não é mais que o tripúdio da tirania do Estado sobre a dignidade humana. Ora, nada mas discutível e dúbio do que a castração dos hipersexuais na sua finalidade de defesa social. A ousadia do legislador tedesco ultrapassou até mesmo o da União dos Sovietes russos, que, embora também desajaçada contra os direitos individuais, conteve-se ante o raciocínio de que os crimes do sexo não representam uma fatalidade biológica, pois têm sua gênese primacial nos vícios da sociedade hodierna. E como são precários os critérios que informam a lei de HITLER! A providência da castração não é ordenada *de jure*, mas fica ao arbítrio do juiz criminal, que terá de consultar um perito médico. O que há a verificar é se, pela “apreciação integral dos fatos”, se trata de delinqüente sexual *perigoso*. O acusado fica, assim, à mercê do mais ou menos tendencioso critério de um juiz e de um médico. Basta a simples citação de alguns maleáveis dados estatísticos e outros tantos postulados da ciência estratosférica chamada eugenia, e o réu será irreparavelmente degradado à condição de um ser irreconhecível na classe zoológica. Quero invocar, em desfavor da lei hitleriana, a opinião de um dos mais ilustres psiquiatras alemães contemporâneos: JOHANNES LANGE. No seu livro *Die Folgen der Entmannung Erwachsener an der Hand der Kriegerfahrungen dargestellt*, afirma LANGE ter constatado este fato surpreendente nos indivíduos emasculados: a persistência da libido depois de extinta a viripotência e, o que é mais, a superveniente eclosão de inversões sexuais. Dir-se-la mesmo que se opera, paradoxalmente, uma exaltação do *nisus sexualis*. A crer-se nas narrativas de PELIKAN sobre a famosa seita de castrados voluntários que existia na Rússia, sob o nome de *Skopzy*, entregavam-se os seus adeptos às mais desbragadas orgias. Pode dizer-se que, se o processo empregado é o da simples extração das glândulas genitais (é o processo autorizado pela lei alemã, que não teve coragem de ir até a ablação radical dos órgãos sexuais), persiste a própria possibilidade do ato sexual. O velho Ju-

mas, em boa hora, foi tal preceito cancelado pela Constituição de 1937, pois, entre as várias objeções de ordem prática que essa medida suscita, uma é insuperável: impedir o casamento aos portadores de mazelas e taras, pelo receio de transmissão, é induzi-los à mancebia ou às uniões *extra matrimonium*, de modo que, além de se não conjurar o perigo temido, fomenta-se outro mal não menos funesto, qual seja o das famílias ilegítimas. Neste ponto, a razão ainda está

VENAL, nas suas *Sátiras*, já referia o impudico recurso de Messalina ao escravo eunuco ou *spado* (segundo ZACCHIA, *spado* era o nome empregado "*ad significandum hominem cui testiculi avulsi et excisi sunt*") :

"A domina factus spado, dormiat cum domina."

Dissertando sobre a castração após a fase da puberdade, diz LORENZO BORRI: "Já então o substrato congênito da vida sexual se fez valer pelo coeficiente orgânico individual: os caracteres diferenciais do sexo já se concretizaram; o instinto sexual nucleou-se pelo instinto do inconsciente e representou-se, nítido, à espiritualidade, segundo *momenta* ideativos e sentimentais; as associações qualitativamente análogas já temperaram cordas de ressonância afinadas por sintonias de recôndita repercussão, mas eficazmente emotiva; a experiência do erotismo, *simulac venas inflavit tetra libido*, já plasmou em homogeneidade concreta e distinta a soma dos momentos eróicos conscientes e inconscientes; em uma palavra: a personalidade sexual já atingiu uma constituição de plenitude, tornando-se qualquer coisa *em si*, qualquer coisa de autônomo e de vivo, que assenta sobre uma base de realidade intrínseca de energias e que dispõe de meios próprios para exteriorizar a sua dinâmica em tensão. É evidente que, em tais condições, não se pode, de uma noite para o dia, eliminar essa energia *montada*, ainda mesmo que intervenha a mutilação local dos órgãos específicos. O *nisus sexualis*, como formação autônoma inserta em todo o organismo, não se apaga de um golpe, pois a casa abandonada não desaba pelo simples fato do abandono... Certamente, se, além da supressão das glândulas genitais, ocorre a ablação do órgão sexual, o *nisus* precariamente supérstite não pode passar de virtualidade a ato, mas pelo que concerne à posse do mecanismo eretivo, nos seus momentos genéticos de reflexo psicológico e fisiológico, e pelo que concerne ao erotismo voluptuoso em tensão e atualidade, é evidente que, pela pura e simples supressão das glândulas sexuais, não se pode esperar

com GRASSET (*La biologie humaine*, pág. 286): “Ensinaí aos “pais e às mães de família que é para eles um dever con-
“sultar o médico antes de ajustar o casamento de seus fi-
“lhos. Que a pesquisa médica se faça, que o médico vigie
“a fundação e a formação da nova família; mas isso sem
“polícia e sem texto de lei: que cada um o pratique por
“saber que é um dever.”

“uma súbita extinção.” É esta a lição da ciência: permanece a libido nos emasculados e, se não foi praticada a completa *eviratio*, persiste a capacidade para estéreis complexos e conjunções. E quando desapareça esta, sempre restará aquela, e então o castigo da emasculação redundará num suplicio tantálico, na agonia cruciante de um insatisfeito desejo sempre vivo, a requeimar o sangue nas veias do mutilado. Por outro lado, os efeitos psicológicos do eunucoidismo são, de regra, os mais desastrosos: os eunucóides tornam-se egoístas, hipócritas, irritáveis, coléricos, intrigantes, embusteiros, cruéis, vingativos, desleais. Nunca é impunemente que se consegue trincar a natureza: *quod natura dat nemo negare potest*. Além disso, WAS-SERMANN, WERVAECK, MOLL e SLOTOPOLSKY, segundo uma citação de VALLEJO, duvidam que a castração (do mesmo modo que a esterilização) seja meio eficaz para prevenir os crimes sexuais. Consoante informa SLOTOPOLSKY, as investigações histológicas não fornecem apoio para supor-se que a psicopatologia sexual seja oriunda de propriedades anormais das glândulas da procriação. E a melhor prova da ineficácia da medida está no fato de que a *emasculatio* não corrige, de modo absoluto, as tendências homossexuais, nem acalma a chama da libido, de jeito que não evita a procura e a realização dos mais estranhos equivalentes do ato sexual, com agravado perigo da moralidade sexual. Longe de ser um remédio aconselhável, a castração dos adultos é, portanto, perigosa e temível nos seus contragolpes, dando ensejo ao abuso de artificiosas concupiscências e à prática de sórdidos amores nos recantos sombrios de Sodoma. E de que valeria, pergunta BUMKE, querermos impedir a reprodução somente aos que se tornaram objeto da psiquiatria dos manicômios ou da administração da justiça, quando seus irmãos ou irmãs continuarão, sem a flagrância da anomalia, a difundir a carga ancestral de suas taras ou tendências mórbidas? Mas, acima de tudo, a *emasculatio* é uma afronta à dignidade do homem, um ferrete de ignomínia, um castigo humilhante a quem não é culpado dos estigmas patológicos que possa acaso transmitir a seus descendentes, ou

Ao lado, porém, das idéias inspiradas num utilitarismo brutal ou na visão isolada do problema a resolver, há as iniciativas razoáveis, incontestavelmente acertadas e profícuas. Entre estas ressaí o intensivo combate à propagação das moléstias venéreas, que, como ninguém desconhece, são um dos mais terríveis flagelos da humanidade. Pela extrema facilidade do contágio, pelos estragos que produzem e por sua transmissibilidade hereditária, as doenças sexuais afetam, mais que qualquer outra, a saúde do povo e a seleção do tipo humano. Na dianteira delas está a *sífilis*, com o seu cortejo de ruínas e desgraças, ferreteando indelevelmente o indivíduo contaminado e também, quase sempre, a sua prole. Os sífilíticos, por contágio ou herança, não passam de tristes e dolorosos escombros humanos. Segundo os informes esta-

do excesso de libido que o põe fora da estrada batida pelo *bonus paterfamilias*, pelo domesticado e feliz rebanho dos homens que se medem pela craveira comum. O Estado pode e deve exercer medidas profiláticas sobre os indivíduos suscetíveis de legar aos filhos suas mazelas hereditárias ou de perturbar o comodismo da orgulhosa maioria dos chamados homens normais (e para isso dispõe ele, ou deve dispor, de asilos, de manicômios, de casas de tratamento); mas falta-lhe o direito de suprimir no indivíduo a atividade funcional dos órgãos da procriação. A depuração da raça ou a defesa social não pode exercer-se sob a sugestão de aventureiras doutrinas, cujo único mérito reside no seu *cachet* de novidade. Como diz VALLEJO, a regeneração ou refinamento de uma raça, ou a sadia afirmação de um povo nas suas excelências raciais, só é possível dentro do evangelho da moral tradicional, pela consecução de uma atmosfera espiritual eticamente supersaturada, para que sejam incrustadas suas normas no genótipo e transformadas em forças instintivas, a que incumbe a transmissão dos valores psíquicos da raça através das gerações. Somente uma sociedade fundamentalmente moralizada poderá exilar de seu seio o alcoolismo, a prostituição, a libertinagem, a delinquência e outros carcinomas e putrilagens da vida coletiva, criando um ambiente oxigenado e saudável, em que se hão de retemperar os genótipos. A eugenia, confinada dentro do seu árido materialismo, deriva de premissas falsas. Não vale cuidar, *more spartano*, da saúde do corpo; é preciso, também, cuidar da espiritualidade e da alma. A força muscular, a estética do corpo e a estandardização

tísticos, 80% de sífilíticos hereditários morrem antes de atingir a puberdade e 80% de abortos são imputáveis à sífilis.

Os que contraem a infecção luética têm a aguardá-los, se não encontram um tratamento oportuno e adequado, a tábis, a paralisia geral, a loucura, as psicoses, todas as misérias fisiológicas e psíquicas. Carreado pela linfa e pelo sangue, o *Treponema pallidum*, o insidioso *espiroqueta*, infiltra-se por todo o organismo, determina a atrofia das vísceras e dos músculos, oblitera os vasos sanguíneos, imobiliza os nervos, corrói os ossos, invade a medula espinhal e o cérebro, esteriliza as fontes da vida, tudo devasta e aniquila no corpo humano.

Em segundo posto, vem a *blenorragia* ou *gonorréia*, que se não produz avarias tão extensas e deploráveis como a sífilis, não deixa de ser uma doença minaz. Quando a inflamação se prolonga e adquire caráter crônico, como frequentemente acontece, o blenorragico torna-se um perpétuo tributário de males orgânicos (orquites, cistites, prostatites, epididimites, salpingites, metrites, catarro vesical, artropatias,

de um tipo de saúde não condicionam, elas sós, a plena eficiência de uma variante racial: é preciso, também, a elevação da inteligência e do sentimento. A cartilha eugenética ensina o caminho de Esparta, mas é caminho errado. O rumo certo é o que aponta para Atenas. Não somente a arena dos jogos olímpicos, para a formação dos tipos apolíneos, mas também o Jardim de Academus, onde Platão ensinava o seu magnífico idealismo. Uma raça humana não pode ser tratada como uma raça de bovinos ou lanígeros: não basta que se cuide da seleção física dos reprodutores, pois cumpre, no mesmo passo, orientá-la na exaltação dos belos e nobres ideais de que é capaz a alma humana. O pensamento nietzschiano da infecundidade artificial dos tipos inferiores não é mais que um paradoxo desse impertinente materialismo que já não pode reabilitar-se, nos dias que correm, da sua definitiva falência e ruína. A sociedade humana não pode sacrificar indivíduos em proveito de outros. O respeito e a compaixão para com os degenerados não são apenas um mandamento de caridade evangélica: são normas de cultura, oriundas desse espírito de solidariedade que explica no ser humano a dignidade da sua linha vertical e do seu semblante voltado para o céu."

anquiloses, etc.), que, muitas vezes, no correr do tempo, obrigam a intervenções cirúrgicas, nem sempre coroadas de êxito, não se devendo esquecer que o gonococo de NEISSER é ainda, por eventual contágio direto, o responsável pela oftalmia chamada *blenorragica*, que pode ocasionar até a cegueira.

A seguir, vem o *ulcus molle*, com os bubões inguinais ou adenites supuradas, quando não com a sua apavorante forma fagedênica, entregando-se os estreptobacilos de DUCREY-UNNA à destruição dos órgãos genitais e adjacências.

E em remate ao sinistro quadro das espécies do morbo venéreo, apresenta-se a *linfogranulomatose inguinal* ou *doença de NICOLA-FAVRE*, com as suas paradenites, adenopatias à distância, histiomenes ou crauroses da vulva, este-noses retais, etc.

Ninguém contesta que o seminário feracíssimo das moléstias venéreas seja a prostituição. O problema do ataque à contaminação intersexual está, assim, intimamente ligado ao problema do amor venal. Se fosse possível a eliminação das feiras de Vênus Libertina, estaria exaurida a fonte principal das enfermidades sexuais. Tem-se de convir, porém, que a prostituição tem sido e continua sendo um *mal necessário*. Prevenindo piores desregramentos e transvios, ela serve à descarga de libido que em vão se procuraria reprimir com as fórmulas ético-jurídicas sobre a atividade genésica ou intercuro dos sexos. É possível que, em remotíssimo futuro, com o advento de uma requintada civilização, venha a ser repudiada a torpeza do *exercitium vulgivagae Veneris*, sem que isso importe o *choc de retour* da imoralidade derivada para o recesso das famílias, nem o recurso ao que SALVADOR CICALA (ob. cit.), espirituosamente, chama “saturnais do onanismo”.

Por enquanto, porém, a prostituição é uma espécie de *abcesso de fixação*, um meio de atalhar uma generalizada septicemia. O famoso conceito de SANTO AGOSTINHO continua irrefutável: “*Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris omnia libidinibus.*” Mas, como todo mal necessário, o da prostituição deve ser tolerado no estrito limite da necessidade

que o impõe. A mesma política de utilidade social que defende a tolerância da prostituição em si mesma, aconselha uma vigilante ação contra os males que lhe são acessórios, notadamente a propagação das moléstias venéreas.

Apresenta-se a este respeito, entretanto, uma questão preliminar: as medidas de caráter sanitário em torno à prostituição devem ser *coercitivas* ou meramente *persuasivas*? Não vacilamos em preconizar a primeira solução. Onde está em jôgo o interesse coletivo não se pode contemporizar com certos postulados da liberdade individual. A simples *catequese* ou sistema de propaganda é insuficiente, não pode dar senão resultados precários. Há uma numerosa casta de indivíduos que, por desídia, lerdice ou predisposição à indisciplina, só “acertam o passo” sob a ameaça da aguilhada, como os bois remanchões. É de notar-se, aliás, que mesmo os adversários do sistema de regulamentação policial do meretrício reconhecem, transigentemente, a necessidade de enérgicas medidas no sentido de assegurar, do ponto de vista higiênico, a inocuidade do amplexo mercenário. Certamente, não se pode negar a utilidade preventiva de certos recursos suasórios, como sejam a recomendação dos dispensários anti-venéreos, a difusão do conhecimento dos meios de profilaxia venérea, a propaganda tendente a instruir o grande público sobre o perigo das infecções sexuais, a educação antivenérea dos adolescentes (sem as reticências da hipocrisia jesuítica), todos os meios, enfim, de que cogita o art. 241 do nosso Regulamento de Saúde Pública; mas ficar-se nesse terreno de simples exortação seria incorrer na imprevidência dos otimistas. Não há objetivo de política social que dispense o elemento sinérgico das sanções legais contra as vontades recalcitrantes. Tem-se de empregar a coerção administrativa e até mesmo, como *ultima ratio*, a repressão penal. De outro modo, o que se obtém, de utilidade prática, é aleatório e limitado. Haja vista, por exemplo, o que se passa na Capital da República. O “serviço” antivenéreo do Hospital Gaffrée-Guinle, a dois passos da zona central do meretrício, só conseguiu a sua notável eficiência depois que, num enten-

dimento com a autoridade policial, pode ter a direta intervenção desta, no sentido da frequência das prostitutas suspeitas de infecção; mas, ainda assim, a proficuidade do benemérito ambulatorio está longe de ser completa, não só porque a falta de regular vigilância sanitária impede a identificação de grande número de mulheres contaminadas, como a mais ampla liberdade de contágio continua assegurada aos clientes dos alcoices do *Mangue* e alhures.

Na cidade mineira de Juiz de Fora, a autoridade policial instalou, na própria sede da delegacia, um posto de gratuito e facultativo tratamento antivenéreo das decaídas, às quais é fornecida uma caderneta nominal, em que se consignam a data de cada exame periódico e os respectivos resultados, tendo-se difundido entre os frequentadores do meretrício local o hábito de reclamar, em defesa própria, a prévia exibição da caderneta. O processo tem colhido relativo êxito: mas isto explica-se pelo exíguo número de *horizontais* no meio urbano em que é aplicado, pois nas cidades, como o Rio, onde se contam por milhares as mercadoras de amor, seria facilíma a fraude sobre a identidade da apresentante da caderneta sanitária, frustrando-se, assim, o objetivo de prevenção.

Não podemos enjeitar a lição da experiência: sem o reforço de mandamentos e sanções legais, segundo um plano detalhado, o combate às moléstias sexuais terá sempre uma eficácia instável e restrita. Um dos padrões legislativos mais dignos de imitação a tal respeito é o germânico. A chamada lei Koch, de 1927, que aboliu na Alemanha o sistema policial de regulamentação do meretrício e propôs-se, no mesmo passo, a luta contra as doenças venéreas, contém dispositivos cujo acerto é geral e justamente proclamado, percebendo-se o seu reflexo na mais recente legislação de outros países, como, por exemplo, na lei argentina de 1937, sobre a profilaxia antivenérea. No artigo inicial, são taxativamente enumeradas as enfermidades que constituem o pressuposto da aplicação da lei: a sífilis, a gonorréia (*Tripper*) e o cancro mole (*Schanker*). A seguir, é declarado dever jurídico do

enfermo venéreo, seja homem, seja mulher, o fazer ou deixar-se tratar, desde que apresente perigo de contágio. O enfermo relapso pode ser constrangido ao tratamento pela autoridade sanitária, que solicitará, para tal fim, se indispensável, o auxílio da autoridade policial. Os próprios indivíduos suspeitos de mal céltico e possibilidade de contágio podem ser detidos e sujeitos a exame ou obrigados a apresentar, subscrito por médico legalmente habilitado, um certificado sobre seu estado de saúde. Tais medidas serão reiteradas, caso o exija a segurança do diagnóstico. Averiguados o mal venéreo e o perigo de contágio, fica o doente adstrito a tratamento por médico particular, sem prejuízo, entretanto, da faculdade atribuída à autoridade sanitária de, nos casos em que lhe pareça conveniente, tomá-lo à sua conta, para o regime curativo e mesmo hospitalização compulsória, ressalvado que certos processos de cura (segundo uma lei complementar, são eles o emprego do salvarsã, do mercúrio e do bismuto, a colheita do líquido cefalorraquidiano, a citoscopia, o cateterismo uretérico e a distensão da uretra) não podem ser executados sem o prévio consentimento do paciente. Os pais, tutores, preceptores, empregadores, etc., são obrigados a promover o tratamento dos enfermos venéreos confiados à sua guarda. Os doentes desprovidos de recursos financeiros devem ser tratados por conta do Estado. Qualquer pessoa pode denunciar o doente venéreo à autoridade sanitária, que, entretanto, não terá em atenção as denúncias anônimas. Constituem ilícito penal: a) a prática do ato sexual por quem sabe, ou deve presumir pelas circunstâncias, que se acha atacado de doença venérea contagiosa; b) o fato de quem, nas mesmas condições, contrai matrimônio, sem confessar o seu estado ao outro contraente. Em qualquer caso só se procede mediante provocação da parte interessada. Todo médico que trate de doente venéreo deverá instruí-lo sobre a natureza do moléstia e do perigo de contágio, assim como acerca da penalidade em que poderá incorrer, nos casos previstos em lei, entregando-lhe, para isso, um folheto elucidativo oficialmente apro-

vado. Se o enfermo não tem suficiente grau de compreensão, o folheto deve ser entregue a alguém que por ele deva interessar-se. Fica o médico dispensado de sigilo profissional em relação às moléstias sexuais contagiosas, no sentido de que lhe cabe o dever *moral* de notificá-las à autoridade competente, quando o enfermo se subtrai ao tratamento ou prescrição médica, ou, por sua profissão ou condições pessoais, ofereça perigo de contaminação extra-sexual. São, porém, obrigados a segredo, sob sanção penal, os funcionários ou empregados sanitários, com exceção dos médicos, no caso único em que a comunicação haja de fazer-se a pessoa que tenha justificado interesse no conhecimento da enfermidade de outra. É suprimida a liberdade de cura das doenças venéreas. São incriminados o tratamento charlatânico, o tratamento à distância, a propaganda de meios de autotratamento dos enfermos e o preconício, por qualquer meio de publicidade, de remédios, objetos ou processos destinados a curar ou aliviar enfermidades sexuais (salvo a oferta ou recomendação a médicos, farmacêuticos ou comerciantes especialmente autorizados, ou em revistas científicas, médicas ou farmacêuticas). Finalmente, é também sujeito a repressão penal o contágio extra-sexual, principalmente o chamado *contágio nutrício* (entre amas e lactentes).

Pode-se dizer que foi com o advento da lei KOCH, por sua grande repercussão, que se retirou do debate doutrinário a legitimidade da incriminação do contágio venéreo. Na atualidade, está inteiramente desacreditada a tese de MORSIER, que sustentava a *teoria do risco* nas relações sexuais, isto é, o risco da enfermidade venérea, diz ele, está implícito no amplexo sexual. E como toda enfermidade é uma desgraça inerente à natureza humana (acrescentava o escritor francês), o chamado delito de contágio não seria outra coisa que o contra-senso de um "crime de enfermidade". Ora, a teoria da álea natural no intercâmbio dos sexos não exclui o raciocínio de que o portador de moléstia venérea pode e deve deixar de produzir o perigo de contaminação, isolando-se, abstendo-se do ato sexual até que sobrevenha a

cura (DOLLÉANS). Se procede de modo contrário, incorre na censura do *neminem laedere*, põe-se em contraste com a disciplina social, revela um cínico descaso pela incolumidade alheia, pratica um ato evidentemente criminoso. Com toda justeza, argumenta GALENO NUÑEZ: "Para que um fato seja "qualificado crime pela lei, basta que seja prejudicial e injusto. No contágio venéreo, há o implemento de tais condições, porque seus efeitos determinam lesões graves no organismo. Se é certo que o concúbito é uma satisfação pessoal, a que somos induzidos pelo instinto genésico, não "é menos certo que essa função natural, quando exercida "em um estado inconveniente, qual o de enfermidade, passa a ser uma grave imprudência, e sendo suas consequências funestas para a vida física e moral das pessoas, o "responsável por isso é um autêntico delinquente."

É bem de ver que o que se quer incriminar, na espécie, não é a produção involuntária e imprevisível de um dano ou perigo de dano, mas o fato de quem, sabendo-se enfermo ou devendo sabê-lo em face das circunstâncias, e não ignorando o perigo de contágio, temerária ou inconsideradamente transmite o mal ou expõe outrem a contraí-lo. Não é a enfermidade que se pune, mas o ato consciente ou imprudente que a transmite ou cria o perigo de sua transmissão (TOSCANO, ASÚA).

As outras objeções são de ordem prática, fundando-se na dificuldade de prova da autoria e no ensejo que a incriminação traria a extorsões ou chantagens. Ora, a dificuldade de prova não pode ser motivo para que um fato socialmente perigoso deixe de ser incluído no elenco das entidades criminais. De outro modo, ter-se-ia de cancelar dos códigos penais todos os crimes *qui clam committi solent* (por necessidade mesma do seu êxito), como os crimes sexuais, o aborto, o venefício, o incêndio, etc. Quando a prova da autoria não fôr obtida, a justiça penal terá de mandar em paz o acusado; mas não fica excluída a possibilidade de, em muitos casos, se coligirem elementos de convicção suficientes para um jul-

gamento condenatório. Além disso, não se podem abstrair o incontestável efeito intimidativo e a função eminentemente ética da ameaça penal. *Poena in paucos et metus in omnes*.

Quanto à argüida possibilidade de extorsões à sombra da sanção penal, o mesmo perigo existe em relação a vários crimes que figuram tradicionalmente nas leis penais, notadamente os crimes contra a moral sexual, e ninguém jamais cuidou de pleitear que fossem declarados penalmente indiferentes.

A própria sem-razão ou insignificância das impugnações está a evidenciar que elas apenas disfarçam o extremado ponto de vista liberal, já hoje renegado, de sistemática anteposição dos interesses individuais aos interesses da coletividade.

Nenhum espírito isento dos exageros líricos do liberalismo pode deixar de reconhecer a incriminalidade do contágio venéreo, que, além de atacar os indivíduos *uti singuli*, é uma grave ameaça contra a família, contra a comunhão social, contra o Estado. Contra a família, em sua descendência; contra a comunhão social, em suas condições de prosperidade; contra o Estado, em seu interesse demográfico.¹⁵

88. Conceito do crime. No direito positivo, prevalece o critério de prefigurar-se na espécie um *crime de perigo*. É o critério calcado na legislação da Dinamarca, que foi das

¹⁵ Não há esquecer, porém, que a incriminação do contágio intersexual não é senão um subsídio, um adinículo na campanha contra a propagação dos males venéreos. Ao invés de confinar-se na repressão penal, a luta antivênerea tem de ser realizada, principalmente, como prevenção educacional e prevenção administrativa. A reação penal é um forte contramotivo às ações anti-sociais, mas não é panacéia milagrosa. A melhor política, na extirpação dos males da sociedade, há de ser sempre a de preveni-los, tanto quanto possível, nas suas causas e ocasiões. "*Melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare.*"

primeiras a intervir com a ameaça penal na repressão do contágio venéreo.¹⁶

Para a existência do crime, não é necessário o *efetivo* contágio: basta que o enfermo venéreo, praticando o ato sexual ou seus equivalentes, exponha outrem a contrair o mal. Basta a simples criação do perigo de contágio, pouco importando que este sobrevenha ou não. Por outro lado, o elemento subjetivo limita-se à consciência ou possibilidade de consciência de que, com o voluntário contato sexual, se cria o perigo de contágio. Eis a fórmula dinamarquesa (hoje consubstanciada no Código de 1930): "Aquele que, conhecendo ou não podendo ignorar o perigo de contágio, expõe outrem, mediante relações sexuais ou de natureza análoga, a contrair doença venérea, fica sujeito a pena de prisão até quatro anos ou de detenção simples." Não é diverso o dispositivo da lei alemã. "Aquele que, sabendo-se atacado de moléstia venérea com perigo de contágio, ou devendo presumi-lo pelas circunstâncias, realiza o ato sexual, será punido com reclusão até três anos, pôsto que não haja incorrido em pena mais grave, na conformidade do Código Penal." (*"Wer den Beischlaf ausübt, obwohl er an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Geschlechtskrankheit leidet und dies weiss oder den Umständen nach annehmen muss, wird mit Gefängnis bis zu Jahren bestraft, sofern nicht nach den Vorschriften des Strafgesetzbuchs eine härtere Strafverwirk ist."*) Preceitos mais ou menos idênticos encontram-se na legislação da Noruega, da Suécia, da Áustria, da Rússia, da Polônia, da Tcheco-Eslováquia, do Canadá, dos Estados Unidos, da Nova Zelândia, da Terra Nova. O Código italiano adotou uma fórmula híbrida: configura na espécie um *crime de dano com dolo de perigo*, isto é, a efetividade do contágio é condição de existência objetiva do crime, mas não é necessário que o agente tenha procedido com dolo de dano, bastando a consciência de que o ato voluntário pode ocasionar o

¹⁶ O crime de contágio venéreo já figurava no Código dinamarquês de 1866, e não era desconhecido dos Códigos de Oldemburgo, de 1814, e de Schafusa, de 1859.

contágio. É o seguinte o dispositivo do Código Rocco: *“Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti da cagionarli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione gravissima.”* E acrescenta o mesmo Código: *“Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585”* (isto é, relativas às lesões corporais e ao homicídio preterintencional).

Da influência do Código fascista ressentiam-se os projetos de Código Penal brasileiro, quer o de SÁ PEREIRA, quer o de ALCÂNTARA MACHADO. Incluindo o crime em questão entre os de “periclitacão da saúde”, subespécie dos “crimes contra a vida, a saúde e a integridade corpórea”, dispunha o primeiro (art. 180): “Qualquer pessoa que, ocultando estar “contaminada, conseguir ter com outra contato libidinoso “pelo qual lhe transmita sífilis, blenorragia, ou qualquer “doença venérea, será punida com detenção, por seis meses “no mínimo, podendo a multa ser cumulada. Se o contágio “tiver sido intencional, a pena será a de prisão até seis anos.” O projeto ALCÂNTARA previa o “contágio venéreo” entre as lesões corporais, subclasse dos crimes “contra a incolumidade social”, e assim preceituava, na sua última edição:

“Art. 312. Transmitir a alguém, por meio de relações “sexuais ou atos de outra natureza, sífilis, blenorragia, ou “outra moléstia venérea de que o agente saiba achar-se “atacado: pena — detenção por seis meses a dois anos ou “multa de um a cinco contos de réis, ou ambas cumulativamente.

“§ 1.º Se o agente houver procedido intencionalmente: “pena — reclusão por um a cinco anos e multa de cinco “e 10:000\$.”

O critério de subordinação da existência do crime ao *eventus damni* foi defendido na *Relazione* sobre o projeto

definitivo do Código italiano, com o argumento de que “não seria prudente, nem politicamente oportuno punir a simples exposição a perigo, isto é, a tentativa de contágio, pois são manifestas as dificuldades práticas que a prova dessa tentativa acarretaria”. A improcedência de tal raciocínio (à parte a confusão entre crime de perigo e tentativa de crime de dano) foi evidenciada por CUELLO CALÓN, em crítica ao referido projeto. Segundo justamente observa o penalista espanhol, se é difícil a prova da exposição a perigo de contágio, mais difícil ainda é a prova da relação de causalidade entre o coito praticado pelo enfermo venéreo e a infecção contraída pela vítima. Deve ter-se em atenção que é prolongado o período de incubação do mal céltico, e quando se trata de pessoas, como as prostitutas e seus clientes habituais, que têm assíduo comércio sexual com várias outras, a pesquisa sobre a origem da infecção será, as mais das vezes, improfícua. Por outro lado, dependendo o crime da averiguação do efetivo contágio, o culpado tratará sempre de trocar os papéis, atribuindo-se a posição de vítima, e tudo resultará, na maioria dos casos, em um *non liquet*. A este raciocínio atendeu a Comissão Revisora do projeto ALCÂNTARA, assim fixando a fórmula incriminadora, que veio a ser a do Código, no seu art. 130: “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que se acha contaminado: pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa de 1:000\$ a 5:000\$. § 1.º Se é intenção do agente transmitir a moléstia: pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de 2:000\$ a 10:000\$.” Ficou, dessarte, prefigurado, tipicamente, na fórmula central, um *crime de perigo*: o *summatum opus* independe da produção do resultado lesivo (no caso, a transmissão do mal céltico), bastando uma positiva situação de ameaça à incolumidade alheia (isto é, a exposição a perigo de contágio venéreo), limitando-se o elemento subjetivo à consciência ou possibilidade de consciência dessa ameaça.

Por isso mesmo que, de envolta com o interesse da individualidade individual, está em jogo, na espécie, indeclinável interesse social, é irrelevante o *consentimento* do ofendido, isto é, o seu assentimento ao ato sexual, apesar de conhecer o risco de contágio.

89. Modalidades do crime. Três são as modalidades do crime previsto no art. 130 e seu § 1.º Em todas elas, basta, *a parte objecti*, a simples criação do perigo; mas, *a parte subjecti*, há diversidade entre elas: nas duas hipóteses do *caput* do artigo (equiparadas para o tratamento penal), o elemento psíquico é constituído, respectivamente, pelo *dolo de perigo* e pela culpa *stricto sensu*, e, na hipótese do § 1.º, pelo *dolo direto de dano*. Na exposição dolosa a perigo de contágio, o agente, sabendo achar-se atacado de moléstia venérea em período de contágio, tem consciência de que cria (ou assume o risco de criar) uma situação de ameaça concreta de transmissão do *morbis* (dolo direto ou eventual de perigo); mas, embora preveja o evento lesivo, não está este na sua intenção. Na modalidade culposa, o agente não tem a consciência de produzir o perigo, mas a simples possibilidade dessa consciência: não sabe achar-se atacado de moléstia venérea, mas devia sabê-lo em face das circunstâncias (ou seja, de sintomas inconfundíveis), e omite, imprudente ou negligentemente, a averiguação, que se impunha, do próprio estado.¹⁷ Finalmente, na modalidade do § 1.º, o agente, sabendo achar-se contaminado, tem a *intenção* positiva de transmitir o mal venéreo.

Quid inde, se o agente, sabendo-se infeccionado, não tem a intenção direta do contágio (dolo direto de dano), mas assume o risco de produzi-lo (dolo eventual de dano)? A solução não pode deixar de ser no sentido de que o agente incorre apenas na sanção do *caput* do art. 130, pois o § 1.º

¹⁷ O erro escusável exclui a punibilidade. Assim, ficará isento de pena, por exemplo, a pessoa que, por afirmação médica, julga-se curada e tem contato sexual com outra.

exige a *intenção* de dano (vontade dirigida incondicionalmente ao evento "contágio"). Não prevalece, aqui, a equiparação entre o dolo direto e o dolo eventual (art. 15, n.º I).

No rigor da técnica, a hipótese do § 1.º devia figurar no setor das *lesões corporais*, pois que se trata de uma *tentativa* de lesão corporal, excepcionalmente punida como crime autônomo.¹⁸ Já não se apresenta, aqui, um crime de perigo, mas um *crime formal*, que, embora se consume com a simples produção do perigo (tentativa de dano), pressupõe, subjetivamente, o dolo de dano. A propósito, explica a *Exposição de motivos*: "É especialmente prefigurado, para o efeito de "majoração da pena, o caso em que o agente tenha procedido com *intenção de transmitir a moléstia venérea*. É

¹⁸ Já se tem objetado que a hipótese em questão não ocorre na vida real, de modo que será inútil prevê-la no texto legal. Ora, como adverte SANDULLI (ob. cit., pág. 22), não se deve esquecer que a maldade humana é capaz de incríveis torpezas, e não é estranho aos anais judiciários o fato de indivíduos que propositadamente se contagiavam para transmitir a outrem a infecção, movidos por um objetivo de vingança. Não raramente, tem sido imitado o exemplo do marido da *Bela Féronnière*, o qual, segundo relata MEZERAY, sabendo a esposa seduzida por FRANCISCO I, "*s'avisa méchamment d'aller dans un mauvais lieu s'infecter lui même pour infecter sa femme et aussi faire passer sa vengeance jusqu'à celui qui lui avait ôté l'honneur*". E acrescenta o historiador francês que FRANCISCO I não logrou curar-se da infecção em ricochete e lamentava-se, de quando em vez: "*Dieu me punit par où j'ai péché*"...

Também TALLEMANT (*Les Historiettes*) nos conta que do mesmo recurso lançou mão Ninon de Lenclos para vingar-se de Andelot-Chastillon, que a abandonara: "*... plutôt d'humeur à quitter qu'à estre quittée ne trouva point ce traitement supportable; pour s'en venger elle avoit voulu prendre du mal et elle avoit si bien poivré d'Andelot qu'il ne put estre remis de long-temps*."

Nem só por vingança tem sido o fato praticado. Entre gente inculta, há a estúpida superstição de que a transmissão do mal venéreo a uma *virgem* é um meio de cura. E a nossa crônica judiciária registra casos de contaminação venérea até mesmo em crianças, por parte de indivíduos cuja perversidade se alla à crença nessa estranha terapêutica.

“possível que o rigor técnico exigisse a inclusão de tal hipótese no capítulo das *lesões corporais*, desde que seu elemento subjetivo é o *dolo de dano*; mas, como se trata, ainda “nessa modalidade, de um crime para cuja consumação basta o dano *potencial*, pareceu à Comissão Revisora que “não havia despropósito em classificar o fato entre os crimes “de perigo contra a pessoa.”

O Código não previu a hipótese de superveniência da morte da vítima, conseqüente ao efetivo contágio. Como resolver tal hipótese? Se o agente procedeu com dolo de perigo ou dolo de dano, o fato ser-lhe-á imputado a título de “lesão corporal seguida de morte” ou “homicídio preterintencional” (art. 129, § 1.º). Se o *antecedente*, porém, era simplesmente culposos, responderá por *homicídio culposos* (artigo 121, § 3.º).

90. Elementos objetivos do crime. Divergindo da fórmula do projeto ALCÂNTARA, para voltar a um critério acolhido no projeto SÁ PEREIRA, o Código contempla especialmente o perigo de contágio venéreo apenas quando resultante de “relações sexuais ou qualquer ato libidinoso”. O perigo de contágio venéreo *intersexual*, *intra* ou *extra matrimonium*, é que constitui o conteúdo de fato do crime previsto no art. 130: se criado o perigo por meio *extra-sexual*, o fato passa a ser abrangido pela fórmula genérica do art. 131, posto que o agente haja procedido com dolo de dano. Aludindo a *relações sexuais ou qualquer ato libidinoso*, o Código entendeu de referir-se à cópula (conjunção carnal) ou qualquer de seus equivalentes fisiológicos, incluídas as relações homossexuais. Segundo MANFREDINI, *atos libidinosos* (de que a cópula é o padrão máximo) “são todos os fatos carnales que, “movidos pela concupiscência sexual, se apresentam objetivamente capazes de produzir a vigília e a excitação da “sexualidade, no mais amplo sentido”. É claro que o ato libidinoso a que se refere o art. 130 é o que importa contato carnal, pois só este torna possível o contágio. Exemplos (além da cópula): a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *lesbianis-*

mo, o *cunnilingus*, a *sodomia*. O próprio beijo lascivo (que é ato libidinoso e pode apresentar-se, em certas condições de erotismo, como um *sucedâneo* da cópula, satisfazendo o apetite lúbrico ou conduzindo ao espasmo genésico) é reconhecível como *meio* ao crime em questão. É necessário o contato *pessoal*, direto ou imediato. Ainda que o infeccionado possa considerar-se como causa *mediata* do perigo de contágio, não se apresenta o crime (salvo a hipótese de participação criminosa). Assim, o indivíduo infectado que tem conjunção carnal com a adúltera, responde pelo crime em relação a esta, e não em relação ao marido, se a mulher, vindo a ser realmente contaminada, não se furta ao amplexo sexual com ele.

Refere-se o texto legal a “moléstia venérea”, sem menção de qualquer espécie nosológica. O Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública (dec. n.º 16.300, de 1923) considera enfermidades venéreas somente “a sífilis, a gonorréia e o cancro mole ou cancro venéreo simples”. Modernamente, entretanto, identifica-se também como doença venérea o linfogranuloma inguinal ou adenite inguinal supurada (*doença de NICOLA-FAYRE*), a que já acima aludimos. NERIO ROJAS e BONNET (ob. cit., págs. 58-59) observam, a propósito, que essa enfermidade, “em certos casos, parece enxertar-se sobre uma sífilis, uma blenorragia ou cancro mole, — o que explica uma íntima relação com as enfermidades chamadas venéreas e sua adequada denominação de *quarta moléstia venérea*”.

O *eventus periculi*, resultante da prática de relações sexuais do portador do mal venéreo com outra pessoa (seja esta homem ou mulher), é presumido *juris tantum*, isto é, admite prova em contrário. Assim, se se averiguar que o sujeito passivo é pessoa com especial imunidade ao contágio ou já contagiada (de moléstia da mesma natureza, e afastada a hipótese de uma possível recrudescência), inexistente o crime: o mais que se poderá reconhecer é uma *tentativa inadequada* (art. 14).

91. Condição de punibilidade. Conforme se vê do § 2.º do art. 130, é *condição de punibilidade* na espécie a *representação* da vítima (ou de seu representante ou *substituto legal*). A exigência da representação pode parecer contraditória com a reconhecida irrelevância do consentimento do ofendido, no tocante a existência do crime; mas não é tal. O instituto da representação tem o seu fundamento no conflito de interesses que o Estado e o sujeito passivo do crime podem ter, inversamente, no que respeita ao exercício da ação penal. Em certos casos, realmente, o interesse do Estado na repressão penal é contrariado pelo interesse do próprio ofendido em evitar o *streptitus iudicii*, que lhe pode acarretar e à sua família maior detrimento; e o conflito, então, se resolve outorgando-se ao ofendido o direito de ser o juiz de sua própria conveniência, isto é, o exercício da tutela penal fica subordinado ao seu prévio *placet*. A ação penal não deixa de ser *pública*, mas condicionada à representação do ofendido. A representação não é instituída para regular o interesse lesado pelo crime, mas interesses outros, de mera conveniência política (DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, pág. 157), tornando-se, portanto, admissível mesmo quando se trate de crimes lesivos de um interesse irrenunciável ou em que seja indiferente o consentimento da vítima.

A objetividade jurídica do crime de contágio venéreo é, sem dúvida, um interesse inabdicável, qual seja o da incolumidade fisiológica da pessoa. A existência e a prosperidade do todo social estão condicionadas à saúde de cada um de seus membros. Trata-se, portanto, de um interesse de ordem pública, que não incide no poder de disponibilidade do indivíduo; mas, por outro lado, há a considerar que existem, na espécie, relevantes e delicadíssimos interesses individuais, que tornam impolítica a intervenção irrestrita do Ministério Público. A publicidade do fato pode ter conseqüências graves, que se refletiriam até no sacrário da família. O escândalo daí resultante estaria na razão direta da posição social do ofendido, cuja reputação ou honra objetiva (que é também um interesse penalmente tutelado) viria a ser prejudicada,

talvez irreparavelmente. Quando se tratasse de um homem casado infeccionado por uma prostituta, ou de uma mulher contaminada pelo próprio marido, estaria destruída a harmonia ou a inviolabilidade da vida íntima de um lar.

Ao tempo da elaboração do atual Código Penal italiano, foi justamente proclamado, não obstante tratar-se de um diploma legislativo destinado a um regime totalitário, que há interesses individuais que não podem ser, sem iniquidade, sacrificados ao interesse coletivo. O mesmo critério oportunístico que induziu o Estado a abster-se de iniciativa na ação penal contra os crimes sexuais em geral aconselha, no caso *de quo agitur*, a formalidade prévia da representação. Seria flagrante ilogismo, como diz SANDULLI (ob. cit., pág. 38), manter-se a ação privada para os crimes sexuais e determinar a ação pública *ex officio* no crime de contágio venéreo intersexual, que pode concorrer com algum daqueles: *“Se la maggior parte dei delitti contro il buon costume, l'ordine delle famiglie e la morale è perseguibile a querela di parte, si verrebbe ad annullare ed a rendere inefficace tale facoltà, affidata alla discrezione ed alla prudenza dell'offeso dai delitti stessi, se di essi, poi, dovesse pubblicamente discutersi per la loro connessione all'altro delitto di contagio, per il quale se dovesse procedere di ufficio.”* Não é por outras considerações que o Código exige a representação da vítima, embora divergindo do seu modelo — o Código dinamarquês, — em face do qual a representação só é necessária no caso de *contágio matrimonial*.

92. Concurso de crimes. O Código enjeitou o critério do projeto ALCÂNTARA (na sua fase primitiva), de considerar *agravante* de crime sexual a circunstância de resultar à vítima contaminação venérea, de modo que, em tal caso, o que se tem a identificar é um concurso formal de crimes, segundo a regra do art. 51, § 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 au-

“mentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As “penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação “ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de “designios autônomos.” Se ao crime de perigo de contágio venéreo, em concurso com crime sexual, tiver de ser imposta somente pena pecuniária, deve ser atendido o disposto no art. 52: “As penas não privativas de liberdade são aplicadas distinta e integralmente, ainda que previstas para um só dos crimes concorrentes.”

PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

93. Conceituação e elementos. No art. 131, é incriminada a dolosa produção do *perigo de contágio de moléstia grave*, por parte de quem se acha dela atacado.¹⁹ O fato só é punível a título de *dolo de dano*: é necessário que o agente proceda com *fim* de transmitir a moléstia. Tal como na hipótese do § 1.º do art. 130, não se trata aqui, propriamente, de um crime de perigo, mas de um crime *formal* ou de *consumação antecipada*: é uma tentativa de lesão corporal grave, especialmente punida como crime *sui generis* ou autônomo. São *essenciais* do crime em questão:

a) a existência, no agente, de moléstia grave infectuosa ou transmissível;

b) atos idôneos a ocasionar o perigo de contágio;

c) consciência da contagiosidade da moléstia;

d) intenção específica de transmitir a moléstia.

Moléstia grave é um conceito médico. A *gravidade* da moléstia, bem como a sua *contagiosidade* e a relação de causalidade entre a conduta do agente e o perigo concreto de contágio, tem de ser pericialmente averiguada. São moléstias transmissíveis, entre outras, as que o Regulamento de Saúde Pública declara de notificação compulsória, como sejam a

¹⁹ Na Inglaterra, desde 1907, existe uma lei que pune todo aquele que, sabendo-se atacado de moléstia contagiosa, toma livros de empréstimo numa biblioteca pública.

febre amarela, a peste, a cólera e doenças coleriformes, o tifo exantemático, a varíola, o alastrim, a difteria, a infecção puerperal, a infecção do grupo tífico-paratífico, a lepra, a tuberculose aberta, o impaludismo, o sarampo e outros exantemas febris, as disenterias, a meningite cérebro-espinhal, a paralisia infantil ou moléstia de HEINE-MEDIN, o tracoma, a leishmaniose. As moléstias venéreas, sem dúvida alguma, estão incluídas entre as moléstias graves transmissíveis, configurando-se o crime de que ora se trata, e não o do art. 130, § 1.º, se o *meio* ocasionante do perigo de contágio é extra-genital ou extra-sexual.²⁰

Atos idôneos a ocasionar o contágio podem consistir no contato direto entre o corpo do agente e o da vítima (contato do corpo infectado com uma mucosa ou descontinuidade epitellal, beijos, mordidas, aleitamento, etc.), ou no emprego de coisas ou objetos (copos, talheres, roupas, alimentos, seringas de injeção, etc.), que o agente infectou ou sabe infectados com os próprios micróbios ou germes patogênicos de que é portador. Se o meio usado é, de todo, inidôneo, o que se apresentará é um crime *impossível* (art. 14). E a mesma solução tem de ser dada no caso em que o agente supõe erroneamente a contagiosidade da moléstia (isto é, a sua transmissibilidade mediante atos exercidos sobre outra pessoa) que teve a intenção de transmitir.

Não é incriminada a produção culposa do perigo de contágio de moléstia grave. Assim, se o agente cria o perigo de contágio por atos idôneos, mas ignorava a contagiosidade da moléstia (seja ou não escusável essa ignorância), fica isento de pena. No caso de inescusável ignorância, e se ocorre *efetivamente* o contágio, responderá o agente por *lesão corporal culposa* e, se sobrevém a morte da vítima, por *homicídio culposo*.

²⁰ O perigo de *contágio nutricao* (entre amas de leite e lactentes), quando inexistente o dolo de dano, está compreendido na fórmula genérica do art. 132.

Finalmente, a intenção (*fim*) de transmitir a moléstia é o dolo específico do crime em questão. Deve entender-se como alheia ao dolo do agente a morte do agente: se esta vem a ocorrer, em consequência do efetivo contágio, o crime a reconhecer será o de *lesão corporal seguida de morte* ou *homicídio preterintencional* (art. 121, § 3.º). É claro que se existe, *a parte subjecti, a voluntas ad necem*, o fato passará a ser tentativa de homicídio, ou, se ao efetivo contágio seguir-se o evento letal, homicídio doloso. É de presumir-se, aliás, o *animus necandi* toda vez que o resultado “morte” é consequência *normal* da moléstia transmitida.

Cumprе ainda notar que, se ocorre o efetivo contágio, e este transcende à violação da incolumidade da pessoa visada, criando um *perigo comum* (propagação da moléstia com caráter epidêmico), o que se tem a configurar é um concurso formal entre o crime em questão e o do § 2.º do art. 267 ou do art. 268, conforme o caso.

Perigo para
a vida ou
saúde de
outrem

Art. 132. *Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:*

Pena — *detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.*

DIREITO COMPARADO — Códigos: suíço, art. 129; dinamarquês, art. 252; polonês, art. 242, § 1.º

BIBLIOGRAFIA — VON LISZT, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Exposição comparada do direito penal alemão e estrangeiro), vol. 5, pág. 151; ZÜRCHER, GAUTIER, DUBUIS, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission* (de revisão do anteprojeto de Código Penal suíço), vol. II, págs. 216 e segs. e 253 e segs.; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil (Delikte gegen Leib und Leben)*, 1937, § 15; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 1940, fasc. 1.º do vol. II, págs. 49 e segs.; HILFRIK, in *Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht*, vol. 33, págs. 107 e segs.

COMENTARIO

94. **Fonte do dispositivo.** O art. 132 inspirou-se nos arts. 72 e 79 do Anteprojeto de Código Penal suíço de 1908, no § 310 do projeto austríaco de 1912 e no art. 252 do Código Penal dinamarquês. Dispunha o art. 72 do aludido anteprojeto suíço (hoje art. 129 do Código Penal helvético): “Aquele que, cientemente e sem escrúpulo, expõe alguém a um perigo iminente de morte, será punido, etc.” E o art. 79 assim preceituava: “Aquele que, cientemente e sem escrúpulo, expõe a saúde de alguém a perigo grave e direto, será punido, etc.” O § 310 do projeto austríaco é assim concebido: “Aquele que maliciosamente (*böswillig*) produz um perigo para a vida, o corpo ou a saúde de outrem, será punido, etc.” Finalmente, o art. 252 do Código dinamarquês declara: “É passível de detenção simples ou prisão, por tempo não superior a quatro anos, aquele que, com intuito de lucro e por temeridade ou qualquer outra conduta semelhante e igualmente perigosa, expõe a um perigo iminente a vida ou saúde de outrem.”

No seio da Segunda Comissão de Peritos a que foi submetido o anteprojeto suíço, resolveu-se, por proposta de THORMANN, suprimir a incriminação relativa à produção de *perigo à saúde* e, no Código, afinal promulgado em dezembro de 1937, foi mantida a supressão. A este critério restritivo afeiçoou-se também o Código polonês (1932), no seu artigo 242, § 1.º: “Aquele que expõe a vida de outrem a um perigo direto é punido, etc.” O Código brasileiro, entretanto, preferiu a fórmula ampliativa, incriminando, de par com a produção do *perigo de vida*, a do perigo à saúde, equiparadas as duas hipóteses para o efeito da pena.

Argumenta-se em favor da fórmula restritiva (THORMANN, *in Protokoll*, II, pág. 256) que, se já a noção do perigo de vida é indeterminada, ainda mais o é a do perigo à saúde, e, por outro lado, ou o fato constitui uma tentativa de lesão corporal, tornando-se dispensável a incriminação especial, ou deve ser objeto da ação preventiva da polícia. Ora, não se

vê em que seja mais indeterminada que a do perigo de vida a noção do perigo à saúde, e praticamente, as mais das vezes, será de mais fácil reconhecimento este último, posto que, nos casos duvidosos, é claro que o juiz se absterá de condenação. Dizer-se que o fato constitui tentativa de lesão corporal é abstrair que esta exige o *dolo de dano* (*animus laedendi*), e na hipótese de que se trata é pressuposta a ausência dessa *species* de dolo. A entender-se de outro modo, ter-se-ia de concluir que a produção do perigo de vida, por sua vez, constituiria *tentativa de homicídio* e dispensaria, igualmente, incriminação especial. Finalmente, apelar-se para a ação preventiva da polícia é confiar em tudo quanto há de mais aleatório.

O que pode ser difícil, muitas vezes, nos casos concretos, é discernir se houve perigo de vida ou apenas perigo à saúde. E por isto mesmo, para atalhar o incôveniente, é que o nosso Código se inclinou pela equiparação das duas hipóteses, sujeitando-as ao mesmo tratamento penal.

Não obstante haver o Código suíço rejeitado o critério de expressa incriminação da produção de perigo à saúde, limitando-se, no seu art. 129, a incriminar a exposição a perigo de vida, HAFTER, seu mais autorizado comentador, assim se pronuncia: “A jurisprudência deve procurar entender a “noção do perigo de vida como *perigo à vida e à saúde*. So-“mente assim o art. 129 poderá ser aplicado com acerto. Não “há nisso uma inadmissível extensão do conteúdo de fato do “crime. Quem, ciente e sem escrúpulo, faz periclitar a “saúde de um homem, põe em perigo suas funções vitais. O “resultado *possível*, que iria desde o dano à saúde até a eli-“minação da vida, dependendo isso do acaso, seria mais se-“guramente determinável pelo juiz.”²¹ No mesmo sentido,

²¹ Ob. cit., pág. 72: “Die Praxis muss versuchen, den Begriff der Lebensgefährdung als Gefährdung von Leben und Gesundheit aufzufassen. Nur dann wird der Art. 129 sich richtig auswirken können. Eine unzulässige Ausdehnung des Tatbestandes liegt darin nicht. Wer-wissentlich und gewissenlos-die Gesundheit eines Menschen in

ZANGGER (*apud* HAFTER): "O conteúdo de fato da periclitação da saúde não deve ser abstraído. Distinguir entre perigo de vida e perigo à saúde é, as mais das vezes, praticamente impossível."²² O Código brasileiro, portanto, adotou o critério justo.

95. Legitimidade da incriminação. Como observa THORMANN (*loc. cit.*, pág. 318), o ponto de partida para a incriminação na espécie foi a consideração do grave perigo a que, freqüentemente, os empreiteiros ou mestres-de-obras, para poupar-se a despesas com medidas técnicas de precaução, conscientemente sujeitam os seus operários. Primitivamente, a inclusão do dispositivo incriminador no anteprojeto suíço obedecia ao propósito de que se tornasse um complemento da lei de proteção aos operários, isto é, mais um recurso preventivo contra acidentes no trabalho. Na subsequente elaboração da fórmula penal, porém, o princípio tutelar generalizou-se no seu sentido, passando a incriminação a abranger a periclitación da vida ou saúde de qualquer pessoa, independentemente de especiais relações jurídicas entre o agente e a vítima.²³ É intolerável e não se com-

²² "Der Tatbestand der Gesundheitsgefährdung darf nicht weggelassen. Lebens- und Gesundheitsgefährdung zu unterscheiden ist praktisch meistens nicht möglich."

²³ Diz a *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS. "O exemplo "freqüente e típico dessa *species* criminal (a do art. 132) é o caso "do empreiteiro que, para poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência, na execução da obra, expõe o operário ao risco "de grave acidente. Vem daí que ZÜRCHER, ao defender, na espécie, "um dispositivo incriminador, dizia que este seria um complemento "da legislação trabalhista (*"Wir haben geglaubt, dieser Artikel werde "einen Teil der Arbeiterschutzgesetzgebung bilden"*). Tal pensa-

Gefahr bringt, gefährdet seine Lebensfunktionen. Der möglich Erfolg der von Gesundheitsschädigung bis zur Lebensvernichtung gehen konnte und vom Zufall abhängig ist, kann von Richter kaum je sicher bestimmt werden."

preende que fique impune o indivíduo que, perversamente ou por egoísmo ou temeridade, cria uma situação de grave perigo a outrem, embora sem querer a eventualidade de um dano efetivo. A injusta ameaça concreta à existência ou incolumidade individual é uma restrição a estes indeclináveis interesses humanos e deve, portanto, pela gravidade do seu caráter antijurídico, ingressar na órbita do ilícito penal. Quando da elaboração do Código suíço, GAUTIER dizia a respeito do artigo que estabelecia a incriminação no caso *de quo agitur*: “*On peut demander si cette disposition est bien nécessaire. Les motifs du projet allemand le contestent, mais ils ne m’ont pas convaincu, et je crois que nous ferons bien de maintenir l’article 72 de notre projet. Il nous permettra de réprimer de dangereuses défaillances, de graves fautes contre le devoir social qui, si on supprimait cette disposition, resteraient impunies.*”

96. **Conceito e elementos do crime.** O art. 132 prevê um característico *crime de perigo*, com extenso conteúdo, podendo dizer-se que é a fórmula genérica do crime de “periclitção da vida e da saúde”. Sobre ele assim se pronuncia o ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*: “No artigo 132, é igualmente prevista uma entidade criminal estranha à lei atual: “expor a vida ou saúde de outrem a “perigo direto e eminente”, não constituindo o fato crime “mais grave. Trata-se de um crime de caráter eminente-mente *subsidiário*. Não o informa o *animus necandi* ou o “*animus laedendi*, mas apenas a consciência e vontade de “expor a vítima a grave perigo.”

Para a existência do crime, basta, *a parte objecti*, que o agente acarrete para a vítima uma situação de fato em que sua vida ou saúde é exposta a um perigo direto e iminente; e, *a parte subjecti*, é suficiente a vontade ou consciência no sentido de tal situação de perigo.

“mento muito contribuiu para que se formulasse o art. 132; mas “este não visa somente proteger a indenidade do operário, quando “em trabalho, senão a de qualquer outra pessoa.”

O perigo deve apresentar-se *direto e iminente*, isto é, como realidade concreta, efetiva, presente, imediata.

O dolo específico pode ser direto ou eventual: ou o agente pratica a ação (ou a omissão) com o intuito positivo de criar o perigo ou, inecrupulosamente, não se abstém dela, apesar de prever a probabilidade do dano.

É claro que o *dano efetivo* (*morte* ou *lesão corporal* do periclitante), embora previsto pelo agente, é alheio à sua vontade, pois, de outro modo, o fato constituiria tentativa de homicídio ou de lesão corporal.

Não é punível o fato, em si mesmo, a título de culpa *stricto sensu*; mas, se o dano sobrevém efetivamente, responderá o agente, conforme o caso, por lesão corporal culposa ou homicídio culposos (e não "lesão corporal seguida de morte", pois o agente não procedera, sequer, *laedendi animo*).

É irrelevante o consentimento da vítima. E também é indiferente o *móvel* da ação (ou omissão): tanto pode o agente ser movido por cupidez ou *lucri faciendi causa* (*in exemplis*: o empreiteiro que omite, para evitar despesa, a colocação habitual de aparelhos ou dispositivos de segurança ou proteção de operários na construção de um "arranha-céu"; o dono do circo que promove espetáculos ou exercícios insolitamente perigosos, para atrair clientela; a ama de leite que, embora sabendo-se atacada de sífilis, amamenta a criança; ou por egoísmo e inescrúpulo (ex.: o pai da criança sífilítica fá-la amamentar pela ama de leite), ou por mero espírito de maldade (ex.: disparar um tiro para dentro de uma casa habitada), ou por desejo de experimentar emoção ou provocar sensação (ex.: fazer com que um ébrio ou uma pessoa inábil e insciente monte um cavalo chucro; praticar intencionalmente, com o próprio automóvel, uma *fechada* contra outro, para obrigá-lo a uma parada brusca), ou por curiosidade científica (ex.: ousadas experiências *in anima nobili*), etc.

O perigo criado deve ser *individual* (*Individualgefährdung*): se ocorre *perigo comum* (*Gemeingefährdung*), isto é, extensivo a um indeterminado número de pessoas, o crime

passará a ser “contra a incolumidade pública”, salvo se não é especialmente previsto como tal (caso em que se admitirá a função supletiva do art. 132). Como declara a *Exposição de motivos*, trata-se, na espécie, de crime eminentemente *subsidiário*: só deve ser reconhecido quando o fato *não constitui crime mais grave* (segundo expressamente adverte o texto legal). Cumpre acrescentar que também não se deve enquadrar o fato no art. 132 quando, embora com pena idêntica ou mesmo inferior, esteja previsto separada ou especialmente em outro artigo penal, como, por exemplo, o *perigo de contágio venéreo* (art. 130), a *omissão de socorro* (art. 135) e os *maus tratos* (art. 136).

Tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo do crime podem ser *qualquer pessoa*, pouco importando a inexistência de uma especial relação jurídica entre um e outro. Basta que haja a infração do dever genérico do *neminem laedere*. E está nisso um traço diferencial entre o crime em questão e outros crimes de perigo, como o *abandono de recém-nascido*, o *abandono de incapaz* e os *maus tratos*. No *abandono de recém-nascido*, não só é especificamente determinado o sujeito passivo, como também o sujeito ativo, isto é, pessoa que seja movida ao crime *para ocultar desonra própria*.

No *abandono de incapaz* há a infração de um dever ou relação jurídica particular de *cuidado, guarda, vigilância ou autoridade*, do agente para com a vítima, pressupondo-se que esta seja pessoa inapta a defender-se do perigo resultante do abandono. Finalmente, no crime de *maus tratos*, há também uma particular relação jurídica (de autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, ensino, tratamento ou custódia) que o agente infringe, e o *meio executivo* é legalmente circunscrito à *privação de alimentos ou cuidados indispensáveis*, à *subjeição a trabalho excessivo* e ao *abuso de correção ou disciplina*. Também se diferencia o crime em questão do de *omissão de socorro*: neste, há uma antecedente situação de perigo ou de dano alheia à vontade do agente, que se limita, egoística e injustificadamente, a não impedir a continuidade do perigo ou a agravação do dano.

Como é óbvio, deixa de haver o crime quando o periclitante tem o dever legal de afrontar ou suportar o perigo, como no caso dos *bombeiros*, dos *policiais*, etc. Igualmente inexistente o crime quando se trata de perigo *inerente* a certas profissões ou atividades, como a dos *enfermeiros*, a dos *amansadores de animais*, a dos *toureiros*, a dos *corredores automobilísticos*, a dos operários em fábrica de explosivos, fogos de artifício ou outros produtos químicos, etc. É preciso que o perigo se apresente como uma *anormalidade*, como uma ação desaprovada pela moral jurídica ou pela moral prática. Mesmo nos casos acima, cumpre ao juiz apreciar até onde o perigo devia ter sido evitado, embora difícilíssima seja, por vezes, a *triage*. É o que justamente ponderam THORMANN e OVERBECK (ob. cit., pág. 51): “*Es gibt eben Fälle, in denen man auch andern Menschen die Uebernahme einer unmittelbar Lebensgefahr zumuten Kann, z. B. bei gewissen Berufen und Tätigkeiten, deren Ausübung mit Lebensgefahr verbunden ist (Krankenpflege, Dachdeckerberuf, Feuerwehr, Polizeidienst usw.). Der Richter wird bei der Beurteilung dieser Fälle eine schöne, aber recht schwierige Aufgabe zu erfüllen haben.*” Nos casos incertos, não poderá haver outra solução que não seja a absolvição do acusado: *in dubio pro reo*.

Abandono
de
incapaz

Art. 133. *Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:*

Pena — detenção, de seis meses a três anos.

§ 1.º *Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:*

Pena — reclusão, de um a cinco anos.

§ 2.º *Se resulta a morte:*

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena § 3.º *As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:*

I — se o abandono ocorre em lugar ermo;

II — se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

Exposição ou abandono de recém-nascido Art. 134. *Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:*

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1.º *Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:*

Pena — detenção, de um a três anos.

§ 2.º *Se resulta a morte:*

Pena — detenção, de dois a seis anos.

DIREITO COMPARADO — Códigos: suíço, art. 127; italiano, arts. 591 e 592; alemão, § 221; francês, arts. 349 a 353; belga, arts. 354 a 360; austríaco, §§ 149 a 151; soviético, art. 156; espanhol, arts. 487 a 489; norueguês, §§ 242 e 243; húngaro, § 287; holandês, arts. 256 a 280; português, art. 345; dinamarquês, art. 250; polonês, arts. 200 e 243; uruguaio, arts. 329 a 331; argentino, arts. 106 e 107; chileno, arts. 346 a 352; boliviano, arts. 370 a 373; colombiano, arts. 395 e 396; peruano, arts. 179 a 181; cubano, art. 450; equatoriano, arts. 450 a 456; venezuelano, arts. 437 a 440.

BIBLIOGRAFIA — TUOZZI, *Abbandono di fanciulli e di altre persone incapaci*, in *Rivista Penale*, supl., vol. III, págs. 238 e segs.; CARRARA, *Programma*, p. e., II, §§ 1.376 e segs.; NAPODANO, in *Enciclopedia Giuridica*, verb. *abbandono di infanti*; VANNINI, *I reati commissivi mediante ommissione*, 1916; HÖPFNER, *Zur Lehre von Unterlassungsdelikte*, in *Zeitschrift f. die gesam. Strafrechtswissenschaft*, vol. 36; ALIMENA, *Dei delitti contro la persona*, in *Enciclopedia de PESSINA*, vol. 9, 1908, e *Diritto Penale*, II, págs. 417 e segs., 1912; MANZINI, *Trattato*, vol. VIII, págs. 259 e segs.; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, in *Trattato de FLORIAN*, 1934; JANNITTI PIROMALO, in *Codice Penale illustrato*, sob a direção de UGO CONTI, 1935; SALTELLI-DI FALCO, *Commento teor.-prat. al Codice Penale*, vol. 2.º, parte 2.ª, 1930; RADBRUCH, in *Vergleichende Darstellung, bes. Teil, V*, págs. 185 e segs.; HAFTER, ob. cit., § 12; THORMANN e OVERBECK, ob. cit., págs. 44 e

segs.; GAUTIER, ZÜRCHER, SILBERNAGEL, GABUZZI e KRONAUER, *in Protokoll*, da 2.^a Comissão de peritos do projeto suíço, vol. II, págs. 197 e segs.; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1927; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 1907; GARRAUD (René e Paul), *Traité*, IV, 1935; CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, vol. VII, 1896; CALOGERO, *Dell'abbandono di fanciulli e di altre persone*, *in Trattato de COGLIOLO*, v. 2.^o, p. 2.^a; FRANK, *Das Strafgesetzbuch f. das deutsch Reich*, 1908; MERKEL, *Derecho Penal*, trad. esp. de DORADO, II, págs. 26-27; MAGGIORE, *Principii*, vol. II; IRURETA GOYENA, *Delitos de abandono de niños y de otras personas incapaces*, 1932; EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, II, págs. 246 e segs.; GARÇON, *Code Pénal annoté*, 1906; B. MINEIRO, *Código de Menores*, 1929; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal brasileiro*, 1924.

COMENTARIO

97. Observação preliminar. Em artigos distintos, o Código prevê o "abandono de incapaz" (art. 133) e o "abandono de recém-nascido *honoris causa*" (art. 134); mas cumpre notar que o último não é mais que uma modalidade *privilegiada* do primeiro. O art. 134 podia ser reduzido a um parágrafo do art. 133, e talvez assim exigisse o rigor técnico. Por isso mesmo, trataremos em conjunto das duas entidades criminais.

98. Histórico. A incriminação do abandono de incapazes em geral foi desconhecida das antigas legislações. A repressão penal limitava-se à *exposição de infante* e, além disso, com distinções que o direito moderno não tolera. Em Esparta, por exemplo, permitia-se o abandono de crianças débeis ou aleijadas, incapazes para o serviço das armas. ARISTÓTELES, precedendo a MALTHUS, assim discorria: "*De exponendis autem vel tollendis partibus lex esto, ne quid mancum et debile alatur. Propter multitudinem autem liberorum, ne plures sunt quam expediat, si gentium instituta et leges vetent procreata exponis: definitum oportet procreandorum liberorum numerum.*" Já em Tebas, segundo a informação de Aeliano, o fato era punido com a pena capital: "*Ne cui Thebano liceret infantem exponere, neque in*

solitudinem abjicere, capitis supplicio constituto.” Em Roma, conforme se depreende de uma passagem de DIONÍSIO DE HALICARNASSO, já ao tempo das XII Tábuas, era vedado ao *paterfamilias* a exposição do filho recém-nascido; mas, ao que parece, a proibição só dizia respeito aos filhos varões e às filhas primogênitais, e ainda assim quando não fossem débeis, monstruosos ou deformes, pois em tais casos a exposição era legitimada *moribus*. Essas próprias limitações foram sendo abstraídas, tornando-se hábito indistintamente tolerado a *expositio infantum*, pelo menos até a época imperial. Já PAULO reconhecia na *expositio* seguida de morte da vítima um caso de homicídio: “*Necare videtur non tantum is qui partum perfocat, sed et quis abjicit, et qui alimonia denegat, et (is) qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam tpse non habet.*” Ao tempo de VALENTINIANO, foi mandada aplicar à simples *expositio* a pena de *animadversio* (que não se sabe ao certo em que consistia): “*Unusquisque sobolem suam nutriat. Quodis exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est, subjacebit*” (C., 8, 52, princ.). JUSTINIANO fêz cominar à *expositio* de infante, a que equiparou a do escravo enfermo, a pena cõrrespondente ao homicídio. É o que se induz da Novela 153, que foi o primeiro passo na ampliação da tutela penal aos incapazes de todo o gênero: “*Qui itaque ad eum modum in ecclesia, aut vicis publicis, aut aliis locis projecti fuisse comprobati erunt: hos omnibus modis liberos esse praecipimus, licet ei qui praejudicio contendit ad hoc, manifesta existat probatio, et possit ejusmodi personam ad suum pertinere dominium ostendere. Nam si nostris praecipitur legibus, ut aegrotantes servi a dominis suis pro derelicto habiti, et quasi desperata jam valetudine, cura dominica non dignitate, prorsus ad libertatem rapiantur, quanto magis eos qui in ipso vitae principio aliorum hominum pietate relictos, et ab ipsis enutriti fuerint, non sustinebimus in injustam servitutem pertrahi? Quin sancimus, ut tam religiosissimus Thessalonicensium archiepiscopus, quam sancta Dei sub ipso constituta ecclesia, et gloria tua his opem*

ferat: neutiquam qui omni inhumanitate et credulitate referti sint, tanto deteriores homicidio pollutis, quanto calamitosioribus id inferunt."

Pode dizer-se que foi com o direito canônico que a *expositio* passou a ser considerada crime autônomo (em vista do perigo dela decorrente à incolumidade pessoal), ampliado o seu conceito, de modo a abranger na repressão qualquer pessoa (e não somente os pais) que praticasse tal malefício ("*Si a patre sive ab alio, sciente ipso aut ratum habente, relegato pietatis officio, infans expositus extitit, hoc ipso a potestate patria fuit liberatus*") e a equiparar ao *infans* toda pessoa incapaz de valer-se a si mesma ("*Quod et praedictis cujuscumque aetatis languidis, si expositi fuerint, vel si aliqui eorum alimento impie denegari contigerit, est dicendum*"). Como crime *sui generis* figurava a *expositio* na lei visigótica. A Carolina (*Peinliche Gerichtsordnung Karls V*) punia a mulher que, "no intuito de livrar-se do filho, o abandona" (*ihr Kind, damit sie dessen abkomme, von sich liegt*). Nos tempos sucessivos, foi-se afirmando o critério do direito canônico. O Código bávaro expressamente estendia a proteção penal aos incapazes em geral (*languidi, Hilfsbedürftigen*, pessoas cuja vida ou saúde corre perigo sem a assistência de terceiros). Na França, antes do Código de 1810, não obstante o reconhecimento doutrinário da gravidade do crime em questão, a repressão não era exercida com severidade, salvo quando praticado o fato por parteiras, que ficavam sujeitas à fustigação e ao banimento. O Código de 1810 dispunha, a princípio, no seu art. 349: "*Ceux qui auront exposé et délaissé en un lieu solitaire un enfant au dessous de l'âge de sept ans accomplis; ceux qui auront donné l'ordre de l'exposer ainsi, si cet ordre a été exécuté, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de six mois à deux ans, et à une amende de seize francs à deux cents francs.*"²⁴ Na

²⁴ O texto atual (com a modificação de uma lei de 1898) é o seguinte: "*Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait*

Itália, o Código toscano (1853) já contemplava o crime na sua noção extensiva: *"Chiunque, obbligato ad aver cura d'un infante, o d'un adulto impotente ad aiutarsi, lo espone o lo abbandona, non per farlo perire, o danneggiarlo nela salute, ma per liberarsi di quel carico, posto che da questo fatto non derivi la morte nè alcuna lesione personale dell'esposto, od abbandonato, incorre nel carcere da tre mesi a tre anni."*

Entre nós, o Código de 1830 omitia, na espécie, qualquer incriminação, e o de 1890 limitava-se, no seu art. 292, a punir o *abandono de infante menor de sete anos*. Com o advento do Código de Menores, ficou esse artigo assim redigido: "Expor a perigo de morte ou de grave e iminente dano à saúde ou ao corpo, ou abandonar, ou deixar ao desamparo, menor de idade inferior a sete anos, que esteja submetido à sua autoridade, confiado à sua guarda ou entregue aos seus cuidados: pena de prisão celular por três meses a um ano. § 1.º Se resultar grave dano ao corpo ou à saúde do menor, o culpado será punido com prisão celular de um a cinco anos; e de cinco a doze, se resultar a morte. § 2.º — As penas serão aumentadas de um terço: a) se o abandono ocorrer em lugar ermo, b) se o crime for cometido pelos pais em dano dos filhos, legítimos ou reconhecidos ou legalmente declarados, ou pelo adotante em dano do filho adotivo, ou pelo tutor em dano do pupilo. § 3.º Quando o crime recaia sobre infante ainda não inscrito no registro civil, e dentro do prazo legal da inscrição, para salvar a honra própria ou da mulher ou da mãe, da descendente, da filha adotiva ou irmã, a pena é diminuída de um terço a um sexto."

99. Conceito do crime. O Código vigente, no seu artigo 133, afeiçoando-se à orientação moderna, adota a fórmula

délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de un an à trois, et à une amende de 16 francs à 1.000 francs."

extensiva da incriminação, de modo a compreender o abandono de toda pessoa inapta, por qualquer motivo, a defender-se dos riscos resultantes do abandono. Tem sido impugnada essa amplitude de conteúdo do crime. Alega-se que a tutela penal deve limitar-se ao *infans*, pois só a este falta inteiramente a capacidade de autodefesa, além de que, quanto a ele, o abandono apresenta um cunho de maior gravidade, pois cria a possibilidade da perda do seu *status familiae*. Ora, a incapacidade de bastar-se a si mesmo é tão integral quanto a do infante no caso de um adulto mentalmente enfermo, de um paralítico, de um cego, de um velho decrépito. Dadas as circunstâncias, mesmo um homem válido e robusto pode ser impotente para salvar-se de um perigo. O que há a indagar, no tocante ao sujeito passivo, é tão-somente se ele, no caso concreto, por qualquer motivo, é incapaz de defender-se do perigo decorrente do abandono. A latitude do critério incriminador apenas atende ao princípio de que *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Quanto ao segundo argumento, carece inteiramente de valia, desde que, incriminada à parte a *supressão do estado de filiação* (artigo 242), o conteúdo material do crime de abandono se limita ao simples fato de ser exposta a perigo a vida ou saúde do sujeito passivo, por parte de quem lhe deve assistência ou está obrigado à sua proteção. O objeto da tutela penal é, aqui, exclusivamente, o interesse relativo à segurança da pessoa física. Seguindo este critério, o atual Código acertadamente inclui o crime em questão entre os de “periclituação da vida e da saúde”. Tendo-se em conta esta rubrica, é evidente que, para a existência do crime, não basta que o abandono importe a violação de um especial dever de assistência ao sujeito passivo: é necessário, também, que se apresente uma situação de fato perigosa à incolumidade deste. Trata-se de um genuíno *crime de perigo*: se ocorre a morte do derelicto ou grave dano à sua saúde, dá-se uma *condição de maior punibilidade*, ou um caso de *crime qualificado pelo*

resultado, sem mudança de *nomen juris* (§§ 1.º e 2.º do art. 133).

No art. 134, o Código destaca, como *delictum exceptum*, a hipótese de ser o sujeito passivo um *recém-nascido* e proceder o agente para ocultar desonra própria. É de indagar-se, porém, qual a razão por que, no art. 133, só se fala em *abandonar*, enquanto, no art. 134, já se fala em *expor* ou *abandonar*. Será que a *exposição* difere do abandono? Se assim fosse, teria o Código incidido no absurdo de deixar impune a *exposição* de *recém-nascido* quando não praticada *honoris causa*, isto é, uma hipótese mais grave do que a prevista no art. 134. Tal, porém, não acontece.

Os verbos “expor” e “abandonar” são empregados, sob o ponto de vista jurídico-penal, com idêntico sentido. Atualmente está desacreditada a ambígua distinção que se fazia entre *exposição* e *abandono*. Insistindo em tal discrimine, a doutrina e jurisprudência francesas ensinam que, com a *exposição*, interrompe-se a *guarda*, mas não a *vigilância* (ficando o agente à distância ou disfarçadamente, na expectativa de que alguém, *miserericordiae causa*, encontre e recolha o exposto); ao passo que, no *abandono*, cessam uma e outra.²⁵ Assim, na *exposição*, mantida a *vigilância*, a incolumidade da vítima não corre perigo: o fato apenas traduz, no agente,

²⁵ Contestando a distinção em termos assim tão precisos, diz GARÇON (ob. cit., págs. 971-972): “Nous définîmes donc l'exposition ... le fait de placer une personne incapable de se protéger elle-même, dans un lieu quelconque, solitaire ou non, dans le but de se soustraire à l'obligation d'en prendre soin et pour l'abandonner... Il n'est nécessaire, sans doute, qu'il y ait interruption de la surveillance, mais ou moins faut-il que l'exposition ait eu pour but l'abandon matériel de la victime.” E quanto ao abandono (*délaissement*): “Il comprend tout fait matériel pour lequel celui qui a la garde d'un enfant ou d'un infirme l'abandonne en disparaissant, et l'isole ainsi de lui sans esprit de retour pour se décharger du devoir d'en prendre soin et sans être assuré qu'un autre a volontairement consenti à remplir cette obligation. Il n'est plus exact (depuis la loi française de 1898) de dire que cette expression (*délaissement*)

o intuito de fazer-se substituir por outrem no dever de assistência. É bem de ver, porém, que, assim concebida, a exposição não pode constituir ilícito penal, a classificar-se entre os crimes de perigo contra a vida ou saúde. Redargui-se, então, que só é crime a *exposição perigosa*, isto é, aquela que, ainda que momentaneamente, acarrete uma ameaça concreta à incolumidade da vítima. Ora, a *exposição perigosa* não é outra coisa senão *abandono*. Não importa saber se o agente se afasta da vítima com a intenção *condicionada* ou *incondicionada* de não retomá-la: o que decide é o fato de deixar a vítima indefesa, em situação de perigo. Ocorrida esta, por breve que seja, não valerá ao agente, senão para o efeito de atenuação da pena, retornar a reassumir a guarda do incapaz: o crime está *consumado*, chame-se a este *exposição* ou *abandono*. Deve-se, pois, concluir que os vocábulos “expor” e “abandonar” estão empregados no art. 134 como sinônimos.

100. Elementos do crime. São *essentialia* do crime previsto no art. 133:

- a) o fato material do abandono;
- b) a violação de especial dever de zelar pela segurança do sujeito passivo;
- c) a superveniência de um perigo à vida ou saúde deste, em virtude do abandono;
- d) a incapacidade da vítima para defender-se de tal perigo;
- e) o dolo específico.

Quanto ao elemento *sub a*, consiste no fato de apartar-se o agente da vítima, deixando-a entregue a si mesma. É necessária uma *separação no espaço* (“*eine räumliche Trennung*”, como dizem os autores alemães). O abandono *moral*

implique nécessairement un cessation au moins momentanée de la surveillance de l'incapable. É evidente a ambigüidade da distinção. Tudo quanto daí se depreende é que “exposição” e “abandono” são uma e a mesma coisa.

nada tem a ver com o crime em questão. A conduta do agente pode ser *comissiva* (depositar a vítima nalgum lugar e apartar-se dela) ou *omissiva* (deixar de observar o conteúdo ativo do dever de assistência, não mais procurando a vítima, que fica abandonada no lugar onde se acha). Cumpre notar, porém, que não há abandono, no sentido jurídico-penal, se é o próprio beneficiário da assistência que se subtrai a esta, de sua espontânea iniciativa, pouco importando que o obrigado à assistência não vá ao seu encalço.

E indiferente à existência do crime a natureza do lugar do abandono: se se trata de lugar ermo, ocorre uma *agravante especial* (§ 3.º, n.º 1, do art. 133).

Quanto ao elemento *sub b*, é de acentuar que o crime em questão é classificável entre os chamados *próprios*, porque só determinadas pessoas podem cometê-lo, isto é, aquelas que se acham numa especial relação de assistência para com o sujeito passivo. Tal relação pode derivar: a) de preceito de lei, quer de direito público (Código de Menores, leis de assistência a alienados, etc.), quer de direito privado (Código Civil, arts. 231, IV, 384, 231, III, 422, 453); b) de um contrato ou convenção (ex.: enfermeiros e médicos, amas, diretores de colégio, chefes de oficina, respectivamente em relação aos enfermos, lactantes, alunos e aprendizes sob seus cuidados); c) de certos fatos, lícitos ou ilícitos (ex.: quem recolhe uma pessoa abandonada assume, *ipso facto*, o dever de assisti-la; quem aceita, embora momentaneamente, a guarda ou vigilância de um incapaz, não pode eximir-se a tal obrigação, ainda que não retorne a pessoa de quem o recebeu; o caçador que leva em sua companhia uma criança não pode deixá-la perdida na mata; o raptor ou o agente do “cárcere privado” estão adstritos a velar pela pessoa raptada ou retida).

O texto legal fala, minudentemente, em relação de *cuidado, guarda, vigilância e autoridade*. *Cuidado* significa a assistência a pessoas que, de regra, são capazes de valer a si mesmas, mas que, acidentalmente, venham a perder essa capacidade (ex.: o marido é obrigado a *cuidar* da esposa

enferma e *vice versa*). *Guarda* é a assistência a pessoas que não prescindem dela, e compreende necessariamente a *vigilância*. Esta importa zelo pela segurança pessoal, mas sem o rigor que caracteriza a *guarda*, a que pode ser alheia (ex.: o guia alpino *vigia* pela segurança de seus companheiros de ascensão, mas não os tem sob sua *guarda*). Finalmente, a assistência decorrente da relação de *autoridade* é a inerente ao vínculo de *poder* de uma pessoa sobre outra, quer a *potestas* seja de direito público, quer de direito privado. Se a violação do dever de assistência é praticada por *ascendente*, *descendente*, *cônjuge*, *irmão*, *tutor ou curador*, dá-se uma *agravante especial* (§ 3.º, n.º II, do art. 133).

Quando ao elemento *sub c*, deve apresentar-se, em detrimento do abandonado, uma situação de efetivo perigo (pouco importando que, após a ocorrência deste, o agente venha a reassumir o dever de assistência). O Código brasileiro, diversamente de outros, não estabelece, em caso algum, a respeito do *eventus periculi* no crime de abandono, uma presunção *juris et de jure*. O juiz terá de averiguar, em cada caso ocorrente, se o perigo existiu realmente, ou não. Neste último caso, não é reconhecível o crime. Assim, o depósito de um recém-nascido na *roda*,²⁶ desde que assegurada a sua incolumidade física ou fisiológica, não constitui o crime em

²⁶ A tendência moderna, no tocante à instituição da *roda*, é no sentido de sua abolição. Entre nós, o Código de Menores é expresso: "A admissão dos *expostos* à assistência se fará por consignação direta, excluído o sistema das rodas." O Regulamento de Higiene Infantil (dec. n.º 13.306, de 31-12-1923) taxativamente proíbe o funcionamento de tal instituição no Distrito Federal. A iniciativa oficial, porém, no sentido da proibição, ainda não se fez sentir de modo decisivo, ao que nos consta.

São dignas de registro as palavras com que o deputado F. VALADARES fixou o tema da abolição das *rodas*, quando debatido no Congresso: "Os partidários da *roda* defendem-na como tendo uma ação "preventiva em favor das crianças ameaçadas de aborto, infanticídio "ou mortalidade, salvaguardando a vergonha pelo segredo à mãe "solteira e seduzida e abandonada ou à mãe casada infiel, mas as

apreço (podendo, tal seja o fim do agente, apresentar-se o crime de *supressão do estado de filiação*). Observava CARRARA que, quando o agente fica de alcatéia, na expectativa de que outrem recolha o exposto, e assim procedendo para, no caso contrário, reassumir o dever de assistência, não há crime, da-

" estatísticas não confirmam essa alegação; e desde que se ofereça, a
" salvo de qualquer indiscrição vexatória, com garantia de segredo
" absoluto, um refúgio ao filho que a mãe não pode conservar consigo,
" o resultado benéfico é o mesmo, senão maior: as solteiras desenca-
" minhas ou as casadas infiéis, para as quais a maternidade é uma
" expiação, ficarão tranqüilas, recobrarão o gosto pela vida, escaparão
" à mórbida obsessão do crime, perante a certeza de que o futuro de
" seu filho está garantido, sem que sua própria segurança seja com-
" prometida ou ameaçada. Salvam-se, ao mesmo tempo, a mãe e o
" filho, sem os inconvenientes da *roda*... Não exprime bem a reali-
" dade o pretexto de que a *roda* deve ser mantida como salvação
" para os casos de honra comprometida: a experiência demonstra
" que relativamente raros são tais casos, e que na sua quase totali-
" dade as crianças são lançadas à *roda* por pais ou parentes que se
" querem ver livres delas, para se forrarem aos trabalhos da criação
" e às despesas da manutenção, ou por desamor, ou por indolência,
" ou por miséria. E, sendo assim, a substituição da *roda* pelo reco-
" hlimento não apresenta os inconvenientes argüídos. 'Enfim, como
" prova recente de que essa substituição é apositada, aí está o
" que tem sucedido depois da criação do Juízo de Menores, sendo
" grande o número de mães pobres que, em vez de lançarem seus
" filhinhos à *roda*, dirigem-se ao juiz e lhe pedem a internação na
" Casa dos Expostos, com o direito de os retirarem, quando puderem
" e quiserem... Estatísticas levantadas em França, onde a questão
" da supressão da *roda* foi muito controvertida, provam que a *roda*
" contribui para aumentar o abandono de menores da primeira in-
" fância, facilitando a que o façam mães que não têm motivos de
" miséria ou de desvio para se desfazerem dos filhos. Verificou-se
" até que certas mães expunham os filhos na *roda* com a esperança
" de se fazerem alugar ali como amas de leite, e ganharem assim
" alguns francos à custa deles, dando-se desse modo uma especulação
" imoral... E também a *roda* não tem a decantada influência pre-
" ventiva sobre o infanticídio. As Ilhas Britânicas oferecem a pro-
" pósito uma estatística interessante. Na Inglaterra, onde não
" existem *rodas*, a média de acusações por infanticídio, em um in-

da a ausência de perigo *in concreto*.²⁷ No mesmo sentido, HAFTER e GAUTIER. Diz o primeiro: "O perigo pode ser excluído por uma dissimulada vigilância." (*"Die Gefahr kann durch heimlich Bewachung und Beobachtung aus der Ferne ausgeschlossen sein."*) E o segundo pondera: "*Il y a des cas d'abandon qui n'impliquent aucun danger ou presque pas danger, p. ex., l'abandon d'un enfant sur le seuil d'une demeure où l'on sait de façon certaine qu'il sera recueilli.*" Contrária, entretanto, é a opinião de PANNAIN:²⁸ "... é de notar-se que, no exemplo citado, a infração da relação de guarda "ou a violação do dever de cuidado já se apresenta com o facto da apreensão do sujeito passivo por parte do transeunte "e que com isto já se concretiza o evento de perigo, seja porque o transeunte pode ser um louco, um bêbedo, um sátiro "ou outra espécie de depravado, seja porque pode, logo depois, arrepender-se ou querer evitar incômodos, resolvendo, por sua vez, abandonar a vítima. Nem a exclusão *in concreto* de tal eventualidade, por ter-se averiguado a honestidade do transeunte, exclui o crime, desde que *in abstracto* exista "a possibilidade de perigo." Deve atender-se, porém, a que,

²⁷ *Programma*, p. e., § 1.381: "*Cosicchè se taluno è sponga un infante in qualche luogo ove abbia ragione di sperare che la carità di una persona determinata od anche indeterminata sia per raccogliarlo e poscia anzichè allontanarsi rimanga a vigilare nascostamente la creatura per vedere se si avverano le sua speranze; questo contegno converte l'esposizione in un momentaneo deposito, e mostrando chiaro che non si avena in animo di abbandonare la creatura, ma si di riprendersela quando nessuno se ne fosse ingerito, elimina affatto il dolo speciale di questo titolo.*"

²⁸ *In Nuovo Digesto Italiano*, I, pág. 13.

"tervalo de 20 anos, foi de um por milhão de habitantes; ao passo que na Irlanda, onde existem rodas, a média durante o mesmo período foi de um por 280 mil habitantes. É um erro, diz notável estadista, afirmar que a roda diminui o número de infanticídios: "esse crime só diminuirá em razão do grau de civilização e do bem-estar das populações."

na espécie, é indispensável um perigo efetivo, e não uma vaga possibilidade de perigo. Acresce que o elemento subjetivo, aqui, é a vontade consciente no sentido da produção do perigo. Se este, no caso ocorrente, não se verificou, e se faltava no agente o ânimo ou consciência de criar o perigo, é incontestável a ausência do crime.

Quanto ao elemento *sub d*: a incapacidade de bastar-se a si mesmo pode ser *absoluta* e inerente à condição normal da vítima (como quando esta é uma criança de tenra idade) ou *relativa* ou *acidental* (pelo modo, lugar ou tempo de abandono, etc.). O termo *incapaz*, empregado na rubrica e no texto do art. 133, não tem o mesmo sentido que em direito privado, isto é, pessoa inapta para os atos da vida civil: significa a pessoa que, por qualquer motivo, não pode preservar-se do perigo a que fica exposta pelo fato do abandono (impossibilidade de proporcionar-se alimento, de invocar ajuda, de mover-se, de orientar-se, etc.). É o *Hülfslos*, assim definido por THORMANN e OVERBECK (ob cit., pág. 46): “toda pessoa que, em determinadas circunstâncias, não tem a possibilidade de tomar as medidas necessárias à própria segurança” (“*jeder Mensch, der unter gegebenen Umständen nicht im Stand ist, die zum seinem Schutz notwendigen Massnahme zu ergreifen*”). Tão incapazes são as crianças e os loucos quanto, em determinadas condições, os velhos, os paralíticos, os cegos, os enfermos, os bêbedos, etc. Como já notamos acima, mesmo um homem plenamente válido pode, em particular conjuntura, ser incapaz de valer-se contra o perigo (como quando, por exemplo, seja deixado em alto-mar, num simples escalor, ou no caso do alpinista inexperiente abandonado na montanha). A incapacidade será, portanto, uma *quaestio facti*, nem sempre de solução evidente, que o juiz deve apreciar de caso em caso.

Por último, quanto ao elemento *sub e*: o dolo distintivo do crime em exame é a vontade consciente de expor a perigo, com o abandono contrário ao especial dever de assistência,

a vida ou saúde do sujeito passivo.²⁰ É irrelevante o *fin* do agente; mas, se constitui o dolo específico de outro crime, este é que deve ser reconhecido, quando não seja o caso de um concurso de crimes.

101. Consumação e tentativa. O crime de abandono se consuma desde que, deixada a vítima a si mesma, fica exposta a perigo de vida ou de saúde. Trata-se de crime *instantâneo*. Entende MANZINI, entretanto, que se deve classificá-lo como *eventualmente permanente*, desde que "*il colpevole, potendo riprendere o imprendere utilmente la custodia o la cura, continui ad astenersi*". Ora, é preciso não confundir a *permanência* do efeito do crime com a persistência da atividade executiva além do momento da consumação. No crime de que se trata, a consumação se efetua com o ato material do abandono, que cria o *eventus periculi*, e a eventual persistência deste não exige do agente uma ulterior e contínua atividade de ataque à incolumidade da vítima. Deixar de retomar o derelicto não é continuar a atividade de execução, pois esta cessa desde que o agente se separa da vítima, de modo a não poder assisti-la.

O crime de abandono, em que pese a opinião contrária de PANNAIN, não é daqueles "*qui unico actu perficiuntur*", pois seu processo executivo é *fracionável*: o depósito da vítima e o gradativo afastamento do agente. Assim, pelo menos no caso de abandono comissivo, é perfeitamente possível a *tentativa*. Se o agente é surpreendido no ato do depósito ou quando já está se distanciando da vítima, mas antes que esta corra perigo, é inegável o *conatus*. . . Há um *iter* a percorrer, uma execução progressiva, em cujo curso o agente pode ser detido ou voluntariamente deter-se, — o que vale dizer: há uma *fase de tentativa*.

²⁰ HAFTER (ob. cit., pág. 52): "*Dem Täter muss bewiesen werden, dass er mit Wissen und Willen sein Opfer in Lebens-oder Gesundheitsgefahr gebracht ist.*"

102. Exclusão do crime. A ilicitude penal do abandono pode ser excluída pelo *estado de necessidade* (segundo a regra geral). O dever de assistência, por mais imperioso que seja, não sobreleva o instinto de conservação. Deixa de ser penalmente exigível esse dever quando o seu cumprimento colide com a necessidade de auto-salvação. Assim, um pai que, a caçar na companhia de um filho menor, é atacado por um bando de queixadas e trata de subir a uma árvore, deixando a criança entregue à sua própria sorte, não será por certo um herói, mas também não é um criminoso. O estado de necessidade, porém, só existe quando o abandono é o único recurso diante do perigo atual. Não o constitui, por exemplo, a extrema pobreza do agente ou a moléstia contagiosa da vítima, pois em tais casos deve ser solicitado o auxílio de institutos de beneficência ou de assistência.

103. Casos qualificados. Os §§ 1.º e 2.º do art. 133 prevêem a hipótese em que do abandono resulta a morte da vítima ou esta sofre *lesão corporal grave*. O crime, em tais casos, é *qualificado* pelo resultado, sem perder o seu *nomen juris*. Entende-se que os mencionados eventos são alheios à vontade do agente, embora previstos ou previsíveis. Vejam-se a respeito os ns. 10, 82 e 86.

104. Agravantes especiais. Nos incisos do § 3.º do artigo 133, deparam-se agravantes especiais do crime: “I — se o abandono ocorre em lugar ermo; II — se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.” *Lugar ermo* deve ser entendido no sentido *material* ou *geográfico*: é o lugar *habitualmente* (quer de dia, quer de noite), e não acidentalmente solitário. É o “*abgelegen oder gewöhnlich unbelebt Ort*” (“lugar isolado ou habitualmente não freqüentado”), do Código húngaro. É o lugar normalmente privado de socorro; mas, entenda-se, de modo *relativo*, pois, se absolutamente excluída a possibilidade de socorro, o abandono passa a ser, evidentemente, meio

executivo de homicídio. Para que haja a agravante, entretanto, é necessário que no *momento do abandono* o lugar habitualmente solitário não esteja, por exceção, freqüentado, pois, em tal eventualidade, deixa de apresentar-se a *ratio essendi* da agravante, isto é, a maior gravidade do perigo conseqüente ao abandono. No caso inverso, isto é, quando o abandono se realiza em lugar que, no momento, acidentalmente não está freqüentado (ex.: uma rua de centro urbano a certas horas da noite), também é justo que não se reconheça a agravante, pois o *maior* perigo só se apresenta efetivamente quando constante é a relativa privação de socorro.

As outras agravantes especiais, englobadas no inciso II do § 3.º, têm o seu fundamento no caráter mais imperioso do dever de assistência, quando se trata de qualquer das pessoas aí mencionadas: ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. A enumeração legal é taxativa; não admite analogia. Assim, não ocorre a agravante quando o agente é, por exemplo, pai ou filho adotivo, padrasto ou enteado, sogro ou genro da vítima.

Qualquer das agravantes especiais importará o aumento de um terço da pena (da pena aplicável, se não fosse a ocorrência da causa de aumento: art. 50), e se concorrerem a de lugar ermo com qualquer das outras, o juiz *poderá* limitar-se a um só aumento (parág. único do art. 50). O agente, quando pai, marido, tutor ou curador da vítima, fica ainda sujeito a pena acessória (art. 69, II e III, e parág. único, II, letras a, b e c, e III, letras a, b e c, e art. 70, II, e seu parágrafo único).

105. Exposição ou abandono de recém-nascido "honoris causa". É esta a modalidade do abandono de incapaz prevista como *delictum privilegiatum*, no art. 134. Já explicamos que os verbos "expor" e "abandonar" estão empregados, no texto legal, como equivalentes (n.º 99). O *privilegium* legal assenta na específica consideração do *motivo de honra*. Já o antigo Código, com a alteração trazida pelo art. 132 do

Código de Menores, reconhecia na *causa honoris* uma atenuante especial. MADUREIRA DE PINHO (no Prefácio a *O novo Código Penal e a Medicina Legal*, de LEONÍDIO RIBEIRO) declara não compreender a razão por que o Código suprimiu a *honoris causa* no conceito do *infanticídio* e a mantém para tornar privilegiado o crime de abandono de recém-nascido. Pura crítica de superfície. Esquece-se o ilustre professor de que, em direito penal, os *critérios lógicos*, muitas vezes, têm de ceder aos *critérios políticos*. A concessão do *privilegium*, na espécie, é um estímulo para que o agente não vá até a ocisão do recém-nascido, isto é, até a prática de um malefício mais grave. Se nele o instinto de piedade não é suficientemente forte para movê-lo ao sacrifício da própria honra, que prefira, então, entre os dois males, o menor, porque a pena lhe será grandemente atenuada. Em face da cláusula “para ocultar desonra *própria*”, o sujeito ativo do crime somente pode ser a mãe que concebe *extra matrimonium* ou, quando muito, o pai adulterino ou incestuoso. Não gozará do *privilegium* nem mesmo o marido da mulher infiel que abandonar o neonato adulterino, pois a desonra, em tal caso, não é dele, mas da esposa. Ficou, assim, abolido o critério ampliativo do Código anterior, que reduzia especialmente a pena do abandono quando praticado “para salvar a honra *própria* ou da mulher ou da mãe, da filha adotiva ou irmã”.

A *causa honoris* deve ser presumida *juris tantum* em qualquer caso de prole aviltante (ilegítima, espúria, adúltera), ainda mesmo que a concepção do recém-nascido tenha resultado de estupro. Deve ser, porém, excluído o favor legal no caso em que, sob a capa de escrúpulo de honra, se disfarce um injustificado orgulho, qual seria, por exemplo, o da mulher que, tendo sido desposada pelo seu sedutor, abandonasse o filho recém-nascido, só porque este viria atestar o coito pré-matrimonial. Não se poderia igualmente reconhecer a *honoris causa* no caso de intercedente anulação do casamento de que resultou a concepção da vítima. É bem de ver ainda que não pode invocar o *motivo de honra* a mulher

já decaída no conceito público ou o indivíduo de notória impudência.

O sujeito passivo do crime é singularizado: somente pode ser o *recém-nascido*. Segundo a *ratio* que informa o art. 134, o limite de tempo da noção de *recém-nascido* é o momento em que a *délivrance* se torna conhecida de outrem, fora do círculo da família, pois, desde então, já não há mais ocultar desonra.

Quanto ao mais, tem aplicação aqui, *exceptis excipien- dis*, o que dissemos sobre *abandono de incapaz*, devendo notar-se que, se, em correspondência com a realidade, a incapacidade de autodefesa do recém-nascido é presumida de modo absoluto, a efetividade do *eventus periculi* deve ser reconhecida *in concreto*.

Omissão de
socorro

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos cruzeiros a dois mil cruzeiros.

Parág. único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

DIREITO COMPARADO — Códigos: italiano, art. 593; suíço, art. 127, 2.^a alínea; francês, arts. 347 e 475, n.º 12; espanhol, art. 578, ns. 9 e 11; holandês, art. 450; norueguês, § 242, 3.^a alínea; português, art. 346; polonês, art. 247; dinamarquês, § 253; tcheco-eslovaco, § 280; argentino, art. 108; chileno, art. 494, ns. 13 e 14; boliviano, art. 574; peruano, arts. 182 e 183; uruguaio, art. 332; colombiano, arts. 395 e 396; cubano, art. 450; venezuelano, arts. 437 a 440.

BIBLIOGRAFIA — GUARNERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, 1937; DI VICO, *L'omesso impedimento di un evento*, in *Annali di*

Diritto e Processo Penale, 1933, págs. 764 e segs.; SABBATINI, *Obbligo di fare rispettare la legge e obbligo de impedire l'evento dannoso o pericoloso*, in *Foro Italiano*, 1935; ANTOLISEI, *Omissione di soccorso*, in *Rivista Penale*, 1936, e *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Rivista Ital. di Dir. Penale*, 1936; VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, 1916; MANZINI, lit. cit.; ALTAVILLA, in *Trattato de FLORIAN*; JANNITTI, lit. cit.; SALTELLI-DI FALCO, lit. cit.; IRURETA GOYENA, lit. cit.; EUSÉBIO GÓMEZ, lit. cit.; ALIMENA (B.), lit. cit.; MAGGIORE, lit. cit.; CALOGERO, *Del reato di indolenza colpevole*, in *Enciclopedia de PESSINA*, vol. 2, parte 2.^a; REDSLOB, *Die kriminelle Unterlassung*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, 1906, fasc. 70; HÖPFNER, *Zur Lehre von Unterlassungsdelikte*, in *Zeitschrift f. die ges. Strafrechtswissenschaft*, vol. 36; MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, 1923; MOMMSEN, ob. cit.; FALCHI, *Diritto Penale Romano*, 1932; FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia de PESSINA*, 1905; SCHIAPPOLI, *Diritto Penale Canonico*, in *Enciclopedia de PESSINA*, I, 1905; PANNAIN, *Omissione di soccorso*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX.

COMENTARIO

106. Histórico. Com a amplitude de conceitos que lhe atribui o direito moderno, o crime de omissão de socorro era desconhecido nas antigas legislações. Entre os romanos, vigorava o princípio geral de que "*nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest*" (Dig., 50, 17, 109). Em casos excepcionais, entretanto, impunha-se, sob ameaça da pena capital, o dever jurídico de intervir para evitar um crime contra outrem. Assim, no caso dos militares e dos escravos, que eram obrigados, com risco da própria vida, a defender seus *praepositi* ou *domini* (Dig., 49, 16, 3, § 22: "*qui praepositum suum protegere noluerunt, vel deseruerunt, occiso eo, capite puniuntur*"; Dig., 29, 5: "*Servi quotiens domini suis auxilium ferre possent, non debent saluti eorum suam anteponere.*")

Com o direito canônico, afirmou-se o dever genérico de solidariedade humana, e já o Decreto de GRACIANO declarava: "*Qui non repellit a socio injuriam, si potest, tam est in vitio quam ille qui facit.*" Entre os práticos, no entanto, con-

firmava-se o critério romanístico, e JULIUS CLARUS (*Practica Criminalis, Sent. V, quaestio 87*) ensinava: “*de jure civile nemo tenetur obviare delicto*”.

Nas primeiras codificações penais, o conceito da incriminação foi, de novo, se ampliando, embora sempre limitado o dever de assistência ao caso de periclituação de outrem por motivo de crime. No Regulamento toscano de policia punitiva, de 1853, foi que apareceu, pela primeira vez, a norma, posteriormente generalizada, do dever jurídico de assistência a quem quer que se encontre em perigo, seja qual for a origem deste.

No Brasil, o Código monárquico não contemplava o crime de omissão de socorro, e o Código de 90 (art. 293, § 2.º) limitava-se a punir o fato de quem “encontrando recém-nascido exposto, ou menor de sete anos abandonado em “lugar ermo, não o apresentar, ou não der aviso à autoridade pública mais próxima”.

107. Conceito do crime. Na atualidade, o direito tende, cada vez mais, a *socializar-se*, isto é, a orientar-se no sentido da solidariedade civil e humana. Eloquentemente atestado dessa nova diretriz é o preceito do art. 135 do nosso Código de 40, inspirado nos mais recentes códigos penais do mundo civilizado. É incriminada a simples abstenção de uma conduta socialmente útil, qual seja a assistência aos periclitantes. De par com o *neminem laedere*, tornou-se obrigatória a ajuda aos que, embora sem nossa culpa, se encontrem em situação de perigo, de que não podem defender-se. O que era mero dever ético passou a dever jurídico. E foi o direito penal, de sua exclusiva iniciativa, demonstrando a errônea dos que lhe atribuem uma função meramente sancionatória, que erigiu em norma coercitiva esse mandamento cristão de caridade.

O Código brasileiro não se limitou, como alguns Códigos estrangeiros, a considerar a violação dessa norma como uma

simples *contravenção*: deu-lhe caráter de *crime*, reconhecendo, assim, a sua gravidade.

No art. 135, o dever de assistência já não está ligado, como no conteúdo do crime de *abandono de incapaz*, a relações jurídicas especiais: *qualquer pessoa* está adstrita a socorrer, desde que lhe seja possível sem risco pessoal, “criança abandonada ou extraviada” ou “pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo”, ou “a pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”.³⁰ Trata-se de um *crime de perigo*, caracteristicamente tal: a ocorrência do *eventus periculi*, ora presumido pela lei, ora devendo ser reconhecido *in concreto*, basta para que se apresente o *summatum opus*. Sob outro aspecto, é um crime *instantâneo*: consuma-se no momento e no lugar em que se verifica o inadimplemento do dever de assistência. Como crime *omissivo próprio* ou de *pura omissão*, não admite *tentativa*: ou o agente se abstém do socorro, e o crime se consuma, ou não há crime algum. *Non datur tertium*. Não é possível, na espécie, um *começo de execução parcial*.

108. Elementos do crime. São estes os extremos da *omissão de socorro* (*indolenza colpevole* ou *omissione di soccorso*, dos italianos; *Imstichelassen*, dos autores suíços):

a) o encontro de criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo;

b) omissão de assistência ao periclitante ou de solicitação dela à autoridade pública;

³⁰ ALTAVILLA, comentando o art. 593 do Código Italiano, a que corresponde, embora com menos amplitude, o art. 135 do Código brasileiro, assim se exprime: “*La disposizione in esame consacra un altissimo dovere etico di fratellanza umana: non più dovere specifico di tutela o di cura, nascente da un dovere giuridico, o da una situazione di fatto che ha creato, perchè accettato, in dovere di assistenza, ma una particolare situazione imposta dagli eventi dalla quale non è possibile evadere.*”

c) possibilidade dessa conduta alternativa sem risco pessoal;

d) dolo.

Nas hipóteses de “criança abandonada ou extraviada” e de “pessoa inválida ou ferida, ao desamparo”, o perigo é presumido *juris et de jure*; ao passo que, na hipótese restante, o perigo deve ser apreciado *in concreto*, isto é, cumpre seja demonstrado que a pessoa se encontrava “em grave e iminente perigo”.

Não há identidade de situação entre a criança *abandonada* e a *extraviada*. *Abandonada* se considera a criança que, incapaz de autopreservação, e interrompido o vínculo de assistência da parte de quem lha devia, fica entregue à sua própria sorte. Se, em relação aos crimes previstos nos arts. 133 e 134, o abandono é *meio executivo*, já no tocante à omissão de socorro é um fato preexistente à conduta do agente, ou, como se costuma dizer, um *pressuposto* do crime. *Extraviada* se diz a criança que, perdendo o contato ou vigilância dos que lhe devem proteção, desorienta-se, não sabendo voltar à companhia destes ou procurar lugar seguro. Uma criança pode estar, ao mesmo tempo, abandonada e extraviada, ou somente abandonada ou somente extraviada.

Pessoa inválida é toda aquela que, entregue a si mesma, não pode prover a própria segurança, seja isto por suas próprias condições normais ou por acidente (velhos, enfermos, aleijados, paralíticos, cegos, etc.).

Pessoa ferida é a que, por ato de outrem ou dela própria (caso de tentativa de suicídio) ou acidentalmente, sofreu uma lesão no corpo, de modo a acarretar-lhe uma perturbação funcional geral ou local. Não importa que o ferimento seja leve, desde que, embora passageiramente, reduza a vítima à situação de não poder valer-se a si mesma, ensejando-se, assim, a agravação do perigo. A pessoa inválida ou ferida deve achar-se *ao desamparo*, isto é, privada de socorro e incapaz de obtê-lo por si mesma; ou em *grave e iminente perigo*. É grave e iminente o perigo que ameaça atualmente

a vida da pessoa ou, de modo notável, a sua incolumidade física ou fisiológica.

Aquela que encontra o periclitante fica adstrita a uma assistência *direta* ou *indireta*: deve prestar pessoalmente o socorro, dentro das possibilidades concretas, ou solicitá-lo à autoridade pública; mas a alternativa nem sempre dependerá do seu puro arbítrio, pois, do contrário, em certos casos, poderia frustrar-se o escopo da tutela penal. Se a situação do periclitante não admite mora na prestação do socorro, é claro que seria inútil o aviso à autoridade pública, e a injustificada abstenção de assistência direta constituiria o crime.

O texto legal deve ser interpretado de modo a evitar uma ilação absurda. Só é excludente do crime o aviso à autoridade, quando a assistência desta possa *tempestivamente* conjurar o perigo.³¹ Suponha-se o caso de um ferido encontrado a grande distância de povoado, a esvair-se em sangue: deixá-lo a si mesmo, para ir pedir a intervenção dos... *cara-bineiros de Offenbach*, importaria, indiscutivelmente, o crime de omissão de socorro.

A *autoridade pública* a que se refere o art. 135 é aquela a quem incumbe especialmente intervir no caso (autoridade

³¹ ALTAVILLA (ob. cit., pág. 224): "*La legge dà facoltà di scelta: soccorrere o dare immediato avviso all'Autorità. È questa la norma generale, si quindi nella scelta del mezzo non vi è danno per il pericolante, non vi è dubbio che si possa scegliere indifferentemente l'una o l'altra. Ma se invece il soccorso s'imponga per la sua urgenza e l'avviso all'Autorità non può che giungere tardamente, noi pensiamo che per lo spirito informatore di questo articolo (art. 593 do Código italiano) non vi sia libertà di scelta.*" No mesmo sentido MANZINI (ob. cit., pág. 310): "O cumprimento do dever de assistência indireta não supre o inadimplemento do dever de assistência direta. Quando se faz necessária a assistência imediata, e se se pode prestá-la, está-se obrigado, antes de tudo, a cumprir esse dever. Se, ao contrário, abandona-se o periclitante, para ir dar aviso à autoridade, incorre-se na sanção penal, posto que não se tenha agido com dolo."

policial, funcionário de assistência pública, juiz ou comissário de menores, etc.).

Como já dissemos, o preexistente estado de perigo se entende alheio à vontade do agente. Não comete o crime em questão o indivíduo, por exemplo, que, depois de ferir outro, *vulnerandi* ou *necandi animo*, ou culposamente, deixa-o privado de socorro: responderá ele, conforme o caso, por lesão corporal (dolosa ou culposa) ou tentativa de homicídio, ou, se a vítima vem a morrer, por homicídio (doloso, preterdoloso ou culposo), tão-somente. É de notar-se que, em caso de culpa, a omissão de socorro por parte do autor do ferimento é *causa de especial aumento de pena* (§§ 1.º e 7.º, respectivamente, dos arts. 121 e 129).

O terceiro requisito do crime é a possibilidade de prestação de socorro (direto ou indireto) sem risco pessoal. A lei não obriga ninguém a ser *herói* ou *santo*, isto é, a sacrificar-se por amor do próximo. O estado de necessidade, como em outros crimes, segundo a regra geral, exclui, na espécie, a ilicitude penal. Mesmo aquele a quem incumbe, especialmente, o dever de assistência ao periclitante, não cometerá o crime, se se abstém para evitar risco pessoal. O texto da lei é incondicional quando se refere a *risco pessoal*, de modo que, aqui, não prevalece a regra do § 1.º do art. 20. O risco deve afetar a *pessoa física*: não exculpará a omissão, se apenas *patrimonial* ou *moral*.

Finalmente, o elemento subjetivo do crime em exame é a vontade consciente e livre de não prestar o possível socorro a quem o agente sabe nas condições previstas no dispositivo legal. O crime só é punível a título de dolo, direto ou eventual. O erro exclui o dolo: se as circunstâncias são de molde a impedir o conhecimento da situação do periclitante (fazendo o agente supor, *v. g.*, que se trata, não de uma pessoa inanimada ou abatida por ferimento, mas a repousar ou a dormir tranqüilamente), nenhuma é a responsabilidade de quem passa sem acudi-la. É irrelevante o motivo determinante do crime (salvo para a medida da pena): pouco im-

porta que seja a indiferença ou o egoísmo, a pressa ou a pusilanimidade.

109. **Concurso de agentes.** Se duas ou mais são as pessoas presentes que recusam socorro ao periclitante, respondem todas pelo crime, segundo a regra geral; mas, qualquer delas que preste o socorro, exime as outras. Há, no caso, uma *obrigação solidária*. Note-se, porém, que, se aquele que vai prestar o socorro é insuficiente para fazê-lo com êxito, os outros continuam obrigados e sua abstenção é criminosa.

110. **Casos qualificados.** Tal como no *abandono de incapaz* ou no “abandono de recém-nascido *honoris causa*”, o subsequente evento “lesão corporal de natureza grave” ou “morte” qualifica a omissão de socorro (no caso de pessoa ferida, deve entender-se que a lesão haja adquirido natureza grave em consequência da falta de socorro). A propósito de *crime qualificado pelo resultado*, vejam-se ns. 10, 82 e 86.

**Maus
tratos**

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena — detenção, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos a cinco mil cruzeiros.

§ 1.º *Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:*

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

§ 2.º *Se resulta a morte:*

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

DIREITO COMPARADO — Códigos: italiano, arts. 571 e 572; alemão (modificado por lei de fevereiro de 1876), § 223, b; austríaco, § 413; norueguês, § 218; polonês, art. 246; dinamarquês, art. 213; peruano, arts. 184 e 185; venezuelano, arts. 441 a 443; boliviano, artigos 504 e 537; suíço, arts. 134 e 135; cubano, art. 450.

BIBLIOGRAFIA — MANZINI, *Trattato*, vol. VII; MANFREDINI, *De liti contro la famiglia*, in *Trattato* de FLORIAN, 1934; CALOGERO, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina e maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Trattato* de COGLIOLO, vol. 2.^o, parte 2.^a; ALIMENA (B.), *L'abuso dei mezzi di correzione e disciplina e i maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Enciclopedia* de PESSINA, vol. 9; LUCCHINI, *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Digesto Italiano*; GEOFFREDI, *Abuso dei mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Nuovo Digesto Italiano*; CRIVELLARI, *Codice Penale*, vol. 7; SILBERNAGEL e GAUTIER, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, vol. II, págs. 284 e segs.; LISZT-SCHMIDT, lit. cit.; HAFTER, ob. cit.; THORMANN e OVERBECK, lit. cit.; FERRINI, lit. cit.; MOMMSEN, lit. cit.; FALCHI, lit. cit.; SALTELLI-DI FALCO, lit. cit.; LONGO, *Commento al Codice Penale Italiano*, II, 1911; MAGGIORE, lit. cit.

COMENTARIO

111. **Histórico.** A legislação penal da antiguidade não contemplava o crime a que o nosso Código dá o nome de *maus tratos*. O princípio de subordinação e disciplina nas relações domésticas era, pelo menos no conteúdo literal das leis, de um rigor desmedido. Em Roma, a princípio, o *pater-famílias* era, *in domo sua*, uma espécie de rei absoluto. Seu direito de coerção e repressão, no tocante aos filhos, à mulher e aos escravos, era chamado *vitae necisque potestas*. O pai podia fazer do filho o que bem lhe aprouvesse. Eis o que nos reporta DIONÍSIO DE HALICARNASSO: "*Romulus omnem potestatem in filium patri concessit, idque toto vitae tempore sive eum carcere includere, sive flagellare, sive vinctum ad opera rustica detinere, sive occidere vellet; etiam vendere filium permisit patri: quin etiam hos concessit patri, usque ad tertiam venditionem ex filio quaestum facere.*" Nos tempos sucessivos, porém, esse arbítrio foi sendo limitado, e já MARCIANO po-

dia dizer: "*Patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere.*" O advento do cristianismo ainda mais abrandou a disciplina doméstica. Não podia esta ir além da *vis modica*. Na Idade Média, a *emendatio propinquorum* podia ser exercida até mesmo pelo castigo corporal, mas contanto que não causasse a morte ou ferimento grave. Foi este o critério que, procedente do direito canônico, transfundiu-se no direito estatutário: "*Quilibet possit uxorem, famulos et filios de sua familia verberare, percutere et castigare impune, ita tamen quod non occidat aut membrum debilitet.*" Também aos preceptores era permitido o rigor da disciplina repressiva: "*De magistris si aliquem ex discipulis suis castigando verberaverit non solvat banum.*" Os práticos ensinavam: "*Dominus servum, pater filium, maritus uxorem, etc., castigare potest. Iudicis arbitrio relinquitur, quae moderata sit castigatio... Castigare possunt* (os titulares do direito disciplinar), *modo non excedat castigationis terminos, alioquin de excessu puniantur.*"

Os códigos do século XIX, na sua maioria, não cuidavam especialmente dos *maus tratos* ou *castigos imoderados*, de modo que estes só se tornavam puníveis quando ocasionassem lesão corporal ou morte. No projeto de Código francês de 1810 havia a seguinte disposição que, entretanto, não foi aprovada: "As violências e maus tratos que excedam os "limites de uma correção legítima, exercidos por tutores ou "tutoras, que não sejam os pais, sobre seus pupilos, ou por "preceptores ou preceptoras sobre seus discípulos, por "pátrões sobre seus aprendizes, por carcereiros, guardas, etc., "sobre as pessoas detidas, serão punidos com prisão de onze "dias a dois meses, além de multa de 50 a 200 francos, sem "prejuízo de penas mais graves, segundo as circunstâncias." O Código Penal sardo foi dos primeiros a cuidar do fato como crime autônomo (art. 514): "*Ogni abuso nei mezzi di correzione o di disciplina, che si commettesse dai genitori verso i figli, dai tutori verso i minori, dagli istitutori o maestri verso gli allievi o scolari, sarà punibile cogli arresti, coll'ammenda*

o coll'ammonizione, secondo le circostanze." E acrescentava no artigo seguinte: "*I cattivi trattamenti di un coniuge verso l'altro, quando siano gravi o frequenti, sono puniti coll'ammonizione, con comminatoria degli arresti in caso di recidiva.*"

O Código italiano de 89, entre os crimes contra a pessoa, incluía, como entidades distintas, o *abuso de meios de correção* e os *maus tratos* (aplicados sem o *animus corrigendū*). O Código Rocco manteve a separação, mas coloca os dois crimes no setor dos crimes *contra a assistência familiar*, subclasse dos *crimes contra a família*.

Entre nós, o Código de 1830, na sua parte geral (art. 14, n.º 6), declarava justificável o crime "quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos, ou dêsse castigo resultasse, uma vez que a qualidade dele não seja contrária às leis".

O Código de 90 aboliu o que restava da *justificativa*, mas não incriminou especialmente os maus tratos ou o excesso de disciplina. Foi o Código de Menores, nos seus artigos 137 a 140, que declarou a ilicitude penal de tais fatos, quando praticados contra *menores de 18 anos*, mesmo quando constituíssem simples *perigo* à vida ou saúde do sujeito passivo. No art. 141 do mesmo Código, era *qualificado* o crime "se os castigos imoderados, os maus tratos, a privação de alimentos ou de cuidados, o excesso de fadiga causarem lesão corporal grave ou comprometerem gravemente o desenvolvimento intelectual do menor, e se o delinqüente podia prever esse resultado." Posteriormente, os dispositivos incriminadores foram enfeixados na Consolidação das Leis Penais (incisos VI a X do art. 292).

112. Conceito do crime e análise dos seus elementos. O Código atual engloba numa fórmula única, sob a rubrica genérica de *maus tratos*, os crimes que a legislação revogada, como vimos de ver, previa separadamente, com a nomencla-

tura de “castigos imoderados”, “maus tratos”, “privação de alimentos ou cuidados indispensáveis” e “excesso de fadiga”, e, no mesmo passo, ampliou a proteção penal: não somente é concedida aos menores de 18 anos, mas a todos quantos estejam sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, “para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia”. Não se justifica a fragmentação do crime, desde que se trata de fatos substancialmente análogos e se comina a mesma pena. Nem mesmo há distinguir-se, como faz o Código italiano, entre castigos imoderados (*abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*) e maus tratos (*maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*), para mais severo tratamento penal dos últimos. Embora infligidos *corrigendi animo*, os castigos imoderados não deixam de ser *maus tratos*, e eventualmente até mais graves do que os aplicados sem esse fim específico.

Além disso, punindo-se menos gravemente os castigos imoderados, o que acontece, na prática, é que todos os acusados tratarão de alegar esse motivo determinante, e difícilmente, em muitos casos, será a prova em contrário.

Perante o art. 135, pouco importa o fim do agente, desde que, com os maus tratos, é infringida a especial relação jurídica que o liga ao sujeito passivo, e ficando exposta a perigo a vida ou saúde deste. O crime de *maus tratos*, segundo o dito artigo, é o fato de quem, dolosamente, expõe a perigo a vida ou saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina. A especial relação intercedente entre os sujeitos ativo e passivo pode ser de direito privado ou de direito público ou administrativo. Seja dito de passagem que não pode ser sujeito ativo do crime o marido em relação à mulher, pois esta não se acha para com aquele na situação específica a que alude o

art. 136: é sua *companheira*, e não sua *subordinada* (artigo 240 do Código Civil).

Se inexistente a relação vinculativa mencionada no texto legal, o crime será o do art. 132, de caráter eminentemente supletivo. Trata-se de crime de conteúdo múltiplo: pressuposta a violação do dever especial que liga o agente à vítima, o *meio executivo* tanto pode ser a *privação* de alimentos ou de *cuidados indispensáveis*, ou a *sujeição a trabalho excessivo ou inadequado*, quanto quaisquer *vias de fato* que concretizem excesso de correção ou disciplina (neste último caso é pressuposto, no agente, como é óbvio, o *jus corrigendi vel disciplinandi*).

Também na espécie se apresenta, como no caso de *abandono de incapaz*, um crime *próprio*: o sujeito ativo somente pode ser quem exerce *autoridade*, *guarda* ou *vigilância* sobre o sujeito passivo, para o fim de *educação*, *ensino*, *tratamento* ou *custódia*. Sobre a relação de *autoridade*, *guarda* e *vigilância*, veja-se n.º 100. *Educação* compreende toda atividade docente destinada a aperfeiçoar, sob o aspecto intelectual, moral, técnico ou profissional, a capacidade individual. *Ensino* é tomado, aqui, em sentido menos amplo que o de educação: é a ministração de conhecimentos que devem formar o fundo comum de cultura (ensino primário, ensino propedêutico). *Tratamento* abrange não só o emprego de meios e cuidados no sentido da cura de moléstias, como o fato continuado de prover a subsistência de uma pessoa. Finalmente, *custódia* deve ser entendida em sentido estrito: refere-se à detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei. Assim, o crime em questão é praticável por pais, tutores, curadores, diretores de colégio ou de institutos profissionais, professores, patrões, chefes de oficina ou contramestres, enfermeiros, carcereiros, em relação, respectivamente, aos filhos (menores), pupilos, curatelados, discípulos, fâmulos (menores), operários (menores), aprendizes, enfermos, presos. Cumpre notar que, no tocante a empregadores e empregados (menores),

há legislação especial extrapenal, podendo ser cumuladas as sanções penais e as administrativas.

As duas primeiras modalidades do meio executivo têm caráter omissivo: a privação de alimentos e a privação de cuidados indispensáveis. Não é necessária a recusa total de alimentação (que, dadas as circunstâncias, poderia até revelar o *animus necandi*): basta que a vítima seja privada da alimentação estritamente suficiente, de modo a fazer periclitar a sua vida ou saúde.

Cuidados indispensáveis são os que constituem o *mínimo necessário* à preservação da vida ou saúde da pessoa de que se trata. Estaria faltando aos *cuidados indispensáveis*, *verbi gratia*, o pai que deixasse o filho débil sem agasalho durante o rigor do inverno, ou o privasse de tratamento médico, sabendo-o necessitado dele. *Trabalho excessivo* (*Überanstrengung* ou *surmenage des enfants ou subordonnés*, dos autores suíços) é o que supera as forças da vítima. *Trabalho inadequado* é o impróprio relativamente às condições da vítima. Sobre os trabalhos legalmente proibidos aos menores entre 14 e 18 anos (os de idade inferior não são admissíveis nas indústrias em geral), veja-se a Consolidação das Leis do Trabalho.

Por último, refere-se o art. 136 ao *abuso de meios de correção* ou *disciplina*, isto é, a inflicção de castigos exorbitantes, o mau uso ou o uso excessivo, aberrante, do *jus corrigendi* ou *disciplinandi*. Nas hipóteses anteriores, o agente procede por grosseria, irritabilidade, espírito de malvadez, prepotência, ódio, cupidez, intolerância; mas nesta última hipótese tem ele um fim em si mesmo justo, isto é, o fim de corrigir ou de fazer valer a sua autoridade. É bem de ver, porém, que o justo fim não autoriza o excesso de meio. Este é que a lei incrimina. Nada justifica o excesso, nem mesmo a incorrigibilidade ou insubmissão do sujeito passivo. É pressuposto do crime, na modalidade em exame, que o agente tenha a faculdade de usar meios corretivos ou disciplinares para com a vítima (ex.: pai em relação ao filho, tutor

em relação ao pupilo, mestre em relação ao aluno, vigilante de presos em relação a estes).

Repita-se que o dispositivo penal não impede o *jus corrigendi*, mas apenas o seu exercício imoderado. A ação será inicialmente lícita: só o ulterior excesso é crime. O direito de corrigir, notadamente a *emendatio propinquorum* (disciplina familiar ou doméstica), como já vimos, tinha em outros tempos, mesmo após o declínio do poder discricionário do *paterfamilias* romano, uma grande amplitude. Entre nós, não há meio século, a disciplina familiar e a escolar ainda se exerciam impunemente com a *vara de marmelo* e a fêrula. Ao que se conta, os alunos do famoso *Colégio do Caraça*, ao tempo do Império, chegaram a conhecer a *chibata*...

Tais processos pedagógicos, porém, estão hoje radicalmente condenados. Como diz MANZINI, "a reprovação da violência, como meio de educação, generalizou-se pelas nações civilizadas, pois que irrita ou deprime, ao invés de corrigir ou ajudar; suscita o ódio ou repulsão, ao invés de manter o afeto e a confiança; fomenta a hipocrisia, atrofia a dignidade, paralisa a vontade, ocasiona, em suma, uma verdadeira ruína psíquica (e, às vezes, também física), da qual bem poucos podem refazer-se depois de libertos de tão bestial e furibunda disciplina". Em plena Idade Média, aliás, como lembra COMPAÏRÉ, já os pedagogos de *Port-Royal* proclamavam: "*Les châtiments jettent tout dans la tristesse, et le dégoût achève de tout perdre*." Na atualidade, é vedado tudo quanto ultrapassa a *vis modica*, a leve percussão, e se o fato expõe a perigo a saúde da vítima, entra na órbita do ilícito penal.

Já não vigora o preceito de SALOMÃO, segundo o qual "*virga tribuit sapientiam*"... Nem mesmo é tolerado o *vulnuscum*. No que respeita à disciplina escolar, não se pode ir além da advertência, da admoestação, da censura, da suspensão das aulas, da expulsão da escola, da exclusão de exames. O que exceder daí pode não constituir crime, mas será, pelo menos, um *ilícito administrativo*.

O texto legal fala em *correção* ou *disciplina*, e não o faz empregando os dois vocábulos como sinônimos. Se todo meio de correção é disciplinar, nem todo meio disciplinar é corretivo, podendo limitar-se à *coercição*, sem nenhum fim de emenda.

O crime de *maus tratos*, em qualquer de suas modalidades, é crime de perigo: necessário e *suficiente* para sua existência é o perigo de dano à incolumidade da vítima. Segundo observa HAFTER (ob. cit., § 14), "*der Täter muss einem Zustand bei seinen Opfer bewirkt haben, der den Eintritt einer Gesundheitsschädigung erwarten und besorgen lässt*" (isto é, "o agente deve ter criado para a vítima uma situação que faça esperar ou temer a superveniência de um dano à saúde"). Se ocorre efetivo dano, cumpre distinguir: se se trata de lesão corporal de natureza *leve* (*excluído*, é claro, o *animus vulnerandi*), o crime persiste como *maus tratos* na sua forma simples; se se trata, porém, de lesão corporal de natureza *grave* ou de *morte*, o crime é *qualificado*, na conformidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 136. Entende-se que os eventos *qualificativos* são *preterdolosos*: se abrangidos pelo dolo do agente, o crime passa a ser o de lesão corporal dolosa ou homicídio doloso (consumado ou tentado).

O elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde. O dolo, quanto ao conteúdo de perigo, pode ser direto ou eventual. Basta, como diz HAFTER, que o agente "*sich der gefährden Folgen seines Verhaltens bewusst sein und sie in den Kauf genommen haben muss*" (i. é, "esteja consciente do efeito de perigo e lhe assumo o risco").

O Código não subordina a incriminação dos *maus tratos* à sua *habitualidade*; mas, em certos casos, somente com esta poderá apresentar-se o *eventus periculi*, indispensável ao crime. Fora de tais casos, a reiteração dos maus tratos constituirá *crime continuado*.

Na sua modalidade de *privação de alimentos* ou *cuidados indispensáveis* e *sujeição a trabalho excessivo ou inadequado*, o crime é *permanente*. Nos demais casos, pode eventualmente assumir o caráter de *permanência* (ex.: um pai, *corrigendi animo*, mantém o filho fortemente amarrado ao pé de uma cama, ou prolonga excessivamente a sua segregação no “quarto escuro”).

,

APÊNDICE

,

O ARBITRIO JUDICIAL NA MEDIDA DA PENA *

SUMÁRIO: *Fundamento e individualização da pena — o positivismo jurídico e a escola clássica — Tendência transaccional pragmática — A justiça do caso concreto — O art. 42 do novo Código — Livre convencimento e certeza legal — A função do juiz criminal — Critérios para a concretização da pena — Antecedentes do réu — Personalidade do agente — Intensidade do dolo ou grau da culpa — Motivos determinantes — Circunstâncias e consequências do crime — Agravantes e atenuantes — Algumas hipóteses e respectivas soluções: a) tentativa de homicídio; b) "aberratio ictus"; c) furto qualificado; d) furto simples; e) roubo; f) crime continuado — Conclusões.*

Fundamento e individualização da pena

O novo Código Penal brasileiro é uma conciliação, no sentido pragmático, entre postulados e critérios que, do ponto de vista teórico, não se acomodariam, talvez, nem mesmo no caminho para o céu. O nosso legislador de 40 alheou-se à crença no caráter teleológico das verdades acessíveis ao homem e evitou certas soluções de lógica pura, para construir no terreno oportunístico e arbitrário da utilidade prática. A pena continua a ter por fundamento a *responsabilidade moral*, mas não é só *retribuição* ou *reação ético-jurídica*, segundo o pensamento hegeliano: é, também, *defesa social*. A sua irrogação permanece condicionada à imputabilidade psíquica, mas o seu fim não é apenas o restabelecimento do direito violado: é, no mesmo passo, a tutela da vida em sociedade. A idéia de justiça aliada à política de defesa social.

* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Recife, em 9 de dezembro de 1941, in *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 89. págs. 5 e segs.

Afeiçoada exclusivamente à idéia de justiça, a pena somente pode ser considerada um contragolpe do crime, um mal pelo mal. Daí o postulado clássico de que o mal da pena deve ser proporcionado ao mal do crime. O que importa, principalmente, é o crime na sua gravidade objetiva, e não o seu autor. O crime *a parte objecti*, e não o crime *a parte subjecti*. Critério primário e decisivo é a *aestimatio delicti*: a *aestimatio sontis* não entra em linha de conta, senão secundariamente. Se um crime se apresenta, materialmente, igual a outro crime, os respectivos autores merecem a mesma pena. Para males iguais, penas iguais. É a lei de Talião estilizada. É a justiça de superfície. É a justiça rudimentar da balança, que equilibra *quantidades* e não *qualidades*. É a justiça que vê os fatos humanos mas ignora as almas. É a justiça segundo os velhos moldes e, para que não dizê-lo, segundo a concepção popular ainda dominante.

O positivismo penal e a escola clássica

Com este critério objetivista ou de apreciação *ab externo*, não se duvidou, para servir ao extremado individualismo do século XIX, que as penas podiam e deviam ser micrometricamente prefixadas na lei, sem nenhum ensejo ao arbítrio judicial. É bem conhecida a impugnação que a esse sistema de dosimetria legal da pena opôs o chamado *positivismo penal*. Proclamou este a necessidade de uma radical mudança de princípios e de formas. A expressão *culpa moral* é um vanilóquio. A psique humana não escapa ao causalismo universal. O livre arbítrio é uma ilusão. A vontade não é causa de si mesma: apenas dá o que recebe. O crime é um fatalismo natural. Ao invés de *responsabilidade moral* deve-se falar em *responsabilidade social* ou *legal*, de cunho puramente objetivo: o homem é responsável porque vive em sociedade. A pena não pode ser aplicada como *castigo*, nem se lhe pode atribuir função ética: é apenas um meio prático de defesa social contra a delinquência. Sua função é mera-

mente preventiva. Deve ser medida, não segundo a gravidade do crime, mas conforme a temibilidade ou periculosidade do criminoso, apreciado através de sua constituição fisiopsicológica e do seu grau de adaptabilidade à vida social. Como não há dois criminosos iguais, a pena não deve ser predeterminada pelo legislador, mas *individualizada* pelo juiz, pois só este é que tem diante de si, na sua realidade viva e palpitante, o autor do crime, o elemento humano dos casos concretos.

De um reprovado excesso, porém, pretendia-se passar a outro. Ao excesso de objetivismo substituiu-se o excesso de subjetivismo. A escola clássica focalizava o crime e deixava na sombra o criminoso; a escola positiva invertia as posições: o criminoso era trazido para o palco, enquanto o crime ficava na retrocena. O classicismo fazia do crime uma *entidade abstrata*, e outra coisa não fazia do criminoso o positivismo, que, com as suas generalizações apressadas, achou de classificar aprioristicamente *tipos* de delinquentes, na absurda tentativa de comprimir a infinita variedade do psiquismo humano dentro de um quadro esquemático.

Tendência transacional pragmática

Na ulterior evolução jurídica, entretanto, afirmou-se a tendência transacional. O direito penal alheou-se a demasias e unilateralismos. Não reza em cartilhas ortodoxas. Não conhece outra lógica além da que serve à sua própria finalidade. Aceita o que lhe parece *útil*, sem cuidar se é *racionalmente verdadeiro*. Faz filosofia, ou aceita um dado científico, ou atende à consciência da multidão, ou faz política conforme se lhe afigure mais consentâneo com os objetivos que se propõe.

É o direito penal unitarista e pragmático.

É o direito penal do novo Código brasileiro.

No seu contexto, retificando-se mutuamente, entrosam-se a doutrina clássica e a doutrina positiva. Acende-se uma

vela a CARRARA e outra a FERRI. As divergências apaziguam-se no sentido da proporção e da justa medida, segundo a lei pitagórica. As antíteses aglutinam-se numa síntese. O objetivismo e o subjetivismo aliam-se, interpenetram-se, formando um bloco inscindível.

O ponto de culminância desse espírito de conciliação é o relativo à aplicação da pena. A fórmula unitária já foi assim fixada: *retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*. Ao ser cominada *in abstracto*, a pena é individualizada objetivamente, mas, ao ser aplicada *in concreto*, não prescinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É conservada a prefixação de *mínima* e *máxima* especiais; mas, suprimida a divisão dos graus intermédios, o juiz pode mover-se livremente entre aqueles, para realizar a "justiça do caso concreto".

A justiça do caso concreto

No regime do Código de 90, o juiz, depois de identificar o tipo de crime e fazer o cômputo das agravantes e atenuantes legais, estava inexoravelmente adstrito a soluções predefinidas no texto frio dos artigos penais. A graduação da pena, rigidamente estabelecida *a priori*, operava-se por saltos bruscos. Cada grau importava uma quantidade certa e inflexível de pena, em flagrante desproporção, para mais ou menos, com a do grau precedente; de modo que a passagem de um grau para outro obrigava o juiz, quase sempre, a impor uma pena inadequada, excessivamente severa ou excessivamente benigna. Com o novo Código, porém, o juiz deixa de ser um *contador mecânico*, para tornar-se o árbitro consciente da duração ou quantidade da pena. Em certos casos, compete-lhe mesmo escolher a *qualidade* da pena (quando penas diversas são cominadas alternativamente) e, em outros, seu *arbitrium boni viri* pode substituir uma pena

por outra (arts. 129, § 5.º, 155, § 2.º, 170 e 175, § 2.º) ou ir até o *perdão judicial* (arts. 140, § 1.º, 176, 180, § 3.º, 240, § 4.º, 249, § 2.º); mas é na determinação do *quantum* da pena que o seu poder discricionário assume caráter genérico ou sistemático. Ao invés da lei operando sobre entidades abstratas, vamos ter o juiz operando sobre realidades. Não mais a singela e sumária contraposição de um *grau* de pena a um *grau* objetivo de crime; pois vai entrar na equação um elemento de que o juiz, até agora, quase que se desapercebia: o elemento *homem*, o agente do crime, a personalidade do criminoso. A pena deixa de ser aplicada a *modelos de fábrica* em série, para ajustar-se, de caso em caso, a um ente humano, a um indivíduo na sua personalidade real. É o critério que, como diz CARNEVALE, atende a uma necessidade intrínseca da própria justiça. É *ounicuique suum* de ULPIANO.

O art. 42 do novo Código

Amoldando-se ao critério de individualização subjetiva da pena, o novo Cód.go, porém, não proclamou o puro arbítrio do juiz. Ficou a meio caminho entre dois sistemas opostos: o da liberdade máxima e o da legalidade rígida. O arbítrio judicial ilimitado, o retorno ao *plenum arbitrium* medieval seria perigoso. É certo que o juiz moderno dispõe de mentalidade bem diversa da que dominava nos tribunais da Idade Média; mas é lição da experiência que todo poder sem controle tende fatalmente para sua própria hipertrofia. Com o *arbitrium iudicis* a coberto de limitações, estaria ameaçada a própria unidade do direito.

O que o novo Código consagra, no seu art. 42, é o *arbitrium regulatum*, o arbítrio temperado, o poder discricional relativo. É a relativa elasticidade da ação do juiz, para que este, retificando os critérios inevitavelmente genéricos da lei, possa distribuir a justiça genuína e essencial, a justiça afeiçoada à realidade cambiante dos fatos humanos, a justiça do caso concreto, numa palavra: a justiça que se chama

eqüidade. E quando se diz eqüidade, não se quer dizer negação da lei ou mero capricho do juiz. A eqüidade que o direito consente e reclama não é a que se inspira no variável sentimentalismo do juiz, mas a que se funda na boa razão e no senso da justa medida. É a eqüidade que seria a da própria lei, se esta pudesse realizar o milagre de enfeixar em suas fórmulas a variedade caleidoscópica da vida. É a eqüidade que, no conceito de BELLAVISTA, se assemelha à régua lésbica, suficientemente dúctil para ajustar-se a todos os relevos e depressões do objeto medido. É a eqüidade que permite a avaliação conscienciosa e real das modalidades ou circunstâncias particulares de cada caso, examinado na sua complexidade fisiopsicológica, e tanto pode resultar em brandura e perdão, como em severidade e acréscimo de castigo.

Livre convencimento e certeza legal

Para essa eqüidade é que o novo Código Penal confia na magistratura brasileira. E foi inspirado nessa mesma confiança que o recentíssimo Código de Processo Penal unitário, em complemento do sistema do *arbitrium regulatum*, inscreveu no seu texto o princípio do *livre convencimento* do juiz na apreciação das provas. Também, aqui, não se trata de um *discrecionalismo irrestrito*. Não é demais que eu repita conceitos por mim expendidos, há já três anos passados, em defesa e explicação desse critério processualístico. Dizia eu, então: "Houve um tempo em que a justiça criminal se exercia na ciformidade de dogmáticas fórmulas legais. Só havia uma lógica: a lógica da lei. Só havia uma *certeza moral* para os juizes: a que a lei subordinava, *a priori*, a certas condições miudamente estabelecidas. A consciência dos juizes descansava nos prefixos critérios legais. Ao invés da opinião concreta e relativa do juiz, a solução formulada de antemão pela lei. Era a fé sagrada no prestígio mágico das fórmulas, em que se cuidava de codificar ou *fossilizar* as sugestões da experiência. As *presunções legais* prescindiam da necessidade da real

convicção do juiz. A verdade formal sobrelevava a verdade material. A forma subvertia o fundo. *Forma dat esse rei* — era a ominosa máxima de decisão. Era o sistema chamado da *certeza legal*. Nenhuma possibilidade de livre apreciação das provas pelo juiz. Estava este adstrito a regras indeclináveis e fatais. A vista de certos elementos de prova, tinha de julgar o fato provado, ainda que outra fosse a sua convicção; e não podia considerar o fato provado, não obstante sua convicção em contrário, se não ocorresse um certo *minimum* de prova. A lei traçava ao juiz não somente as normas gerais sobre a credibilidade das provas, como também as regras particulares próprias a cada um dos meios probantes admitidos em juízo. Havia uma tarifa legal de provas. A confissão era considerada *regina probationum*: provava a imputação ainda mesmo contra a evidência de outras provas. Contra documentos não se admitia prova testemunhal. Acumulavam-se dentro da lei os artifícios da prevenção dialética. A certos *indícios* era atribuído decisivo valor probante, dispensada a lógica comum em torno dos casos concretos. O *cui prodest scelus, is fecit*, o *semel malus, semper malus* e outras falibilíssimas presunções assumiam o cunho de verdades apodíticas.

Em data relativamente recente, CARMIGNANI assim defendia o “sistema legal de provas”, correlato do processo inquisitório: “... introduziu ele a distinção entre a *certeza moral do homem*, que se forma de qualquer modo e arbitariamente, e a *certeza moral da lei*, que se funda sobre a índole racional da prova e sobre os dados gerais e constantes da analogia e da experiência, que somente a sabedoria da lei está em condições de apreender e conhecer.” Era ainda um resquício da velha superstição do *amnis potestas a Deo*, atribuindo à lei do Príncipe o condão divino do acerto perpétuo. Era ainda o superficialismo da crença na constância dos dados da experiência, como se a estha fôsse dado atingir o campo inacessível das verdades definitivas. Com o advento, porém, do processo contraditório, em que se assegurou livre ensejo à plenitude da defesa dos acusados, o sistema medieval

esborroou-se como um edifício construído na areia. A verdade material voltou a triunfar sobre a artificiosa verdade formal.

Foram relegadas para o museu do pensamento humano muitas das velhas regras apriorísticas do processo penal. Foi abolida a preordenada hierarquia das provas. Foram exiladas da processualística penal, como teratologias jurídicas, as presunções ou ficções legais de culpa. Com a nova estrutura do processo, já não havia lugar para as desconfianças e restrições preventivas da lei. Os juízes foram restituídos à sua própria consciência. A convicção deles, em face dos processos, passou-se a formar-se livremente, apreciando as provas, em cada caso ocorrente, segundo o seu entendimento e raciocínio. O famoso aforismo de BACON, de que "a melhor lei é a que menos arbítrio deixa ao juiz", foi renegado, reconhecendo-se que repelir o *arbitrium judicis*, para dar-se prevalência aos critérios estandardizados da lei, era incidir no desmarcado absurdo de tratar igualmente coisas desiguais. O juiz deixou de ser um autômato, um aplicador mecânico de fórmulas legais, para ser um livre pesquisador da verdade material, guiando-se pelo seu próprio critério e sua própria lógica. Deixou-se de temer o arbítrio do juiz, pois o juiz moderno, evangelizado na doutrina dos "direitos do homem", dispõe de aquisições morais que o não deixam confundir-se com os ferrenhos e prepotentes juízes medievais. Mudaram-se as situações: ao invés da *certeza moral da lei*, a *certeza moral do homem*; ao invés da *teoria formal*, a *teoria material* das provas; ao invés dos rígidos critérios legais, o *livre convencimento* do juiz. Foi o Código de Processo Penal da culta Alemanha um dos primeiros a proclamar o novo princípio: "Sobre o resultado das provas decide o juiz segundo o seu livre convencimento deduzido do complexo dos elementos do processo." (*"Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung."*)

Livre convencimento, como se vê desse preceito da lei germânica, não quer dizer puro capricho de opinião ou anar-

quia na apreciação das provas. O juiz é livre na apreciação das provas, mas não independente destas. Não se trata de dar ensejo a julgamentos incontrolavelmente arbitrários, mas, sim, lógicos, realísticos, desprendidos de qualquer preconceito legal no reconhecimento da verdade material. Não está o juiz dispensado de *motivar* a sua sentença. E nisto, precisamente, reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social. A decisão do juiz está sujeita a recurso para o tribunal superior e a *motivação* dela é justamente que oferece matéria de censura aos seus possíveis erros e defeitos, quer do ponto de vista lógico, quer do ponto de vista jurídico. A liberdade de convencimento não significa que o juiz possa alhear-se ao conteúdo da prova aduzida no processo. É-lhe vedado, assim, julgar extra-autos, segundo sua ciência particular ou pela notoriedade do fato, uma vez que tal notoriedade não se apresente como resultado mesmo da prova. Continua defeso o julgamento de *credulitate* ou *ex informata conscientia*. Permanece em vigor o princípio de que *quod non est in actis non est de hoc mundo*... Mas, dentro dos autos, no exame das provas coligidas, não está o juiz adstrito a nenhuma *fictio juris* ou a critérios prefixos. No campo dos fatos humanos, a correspondência estatística de um dado efeito a uma dada causa não autoriza a proclamar-se como um axioma que esse efeito se dará, impreterivelmente, sempre que ocorrer essa causa. Se as próprias leis físicas, as mais incontestadas, são relativas e estão sujeitas a retificações, não se compreende que a lei social adote prévios critérios invariáveis e hirtos para tratamento de fatos do homem, que, embora idênticos na sua aparência, podem ser profundamente diversos na sua essência, no seu sentido e finalidade. No sistema do *livre convencimento*, a lei abdica no juiz a função de raciocinar. Terá o juiz uma ampla liberdade de ação na *indagação* e reconhecimento da verdade material que é base *indeclinável* de uma justiça consentânea com a evolução jurídica. Não é lei de um povo civilizado a que desconfia dos juizes que a vão aplicar, procurando restringir-lhes a liber-

dade de convicção e julgamento. Urge que restituamos os nossos juízes à inteira coragem de si mesmos, à plenitude de sua consciência, que não pode continuar a ser supliciada no leito de Procusto dos estereótipos e padrões legais."

A função do juiz criminal

Perante o novo direito brasileiro, o juiz criminal é, assim, chamado a exercer o seu nobre ofício com a sua própria consciência, com o seu próprio raciocínio, com a sua livre crítica. Já não será um intérprete escolástico da lei, um aplicador de justiça tarifada, um órgão de pronunciamento automático de fórmulas sacramentais; mas uma consciência livre a regular destinos humanos. É preciso acentuar, entretanto, que a responsabilidade do juiz vai ser incomparavelmente maior do que aquela que atualmente lhe cabe. Já não terá na lei o *Chernoviz* para todos os casos, o *vade mecum* para tôdas as soluções. Terá ele de ser um pouco *pelicano*, a dar alguma coisa de si mesmo em cada um de seus julgamentos. Não poderá limitar-se a silogismos de pura técnica forense, pois terá, também, de perscrutar a realidade dos fatos humanos, descendo da *turris eburnea* das abstrações do direito para rastrear caracteres e almas no rés do chão da vida. Não terá, é certo, a faculdade de formar direito novo, à margem da lei; não poderá abstrair os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência; mas fará sentir, ao lado da lei e do direito científico, a voz da própria consciência e da consciência coletiva, diante da realidade de cada crime e de cada criminoso. Não apenas a identificação técnico-jurídica do crime, mas também a identificação psicológica do criminoso. Advirta-se para logo, porém, que não se trata de fazer psicologia livresca ou erudita, mas psicologia que todos nós sabemos fazer, psicologia intuitiva ou ensinada pelo traquejo da vida, psicologia acessível a todo homem sensato e de perspicácia comum, embora ignorante dos biopsicogramas de KRETSCHMER ou dos processos catárticos de FREUD.

Critérios para a concretização da pena

Convém insistir, para sossego dos individualistas românticos, que o arbítrio judicial concedido pelo novo Código não é *absoluto*. Não é a antiga *aequitas cerebrina*, que de si mesma se alimentava. Não é um arbítrio que possa exercer-se *fora de vila e termo* ou por *ignavas rationes*. Não é um arbítrio *in extensum*, ou *à la dérive*, deixado ao mero impulso do sentimento, à mercê da atrabilis ou da euforia do juiz; mas um arbítrio limitado, moderado, controlado. O que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de *cabra-cega*, o juiz *a legibus solutus*. Para evitar que redunde em puro capricho o poder discricional do juiz, a lei traça diretrizes ao seu exercício. De par com as *agravantes* e *atenuantes* e as *causas de especial aumento ou diminuição de pena*, que não dependem do arbítrio judicial, funcionando *ope legis*, são fixados, embora em fórmula amplíssima, os critérios segundo os quais deve o juiz pautar a concretização da pena. O art. 42 é *taxativo* e não meramente *exemplificativo*:

“Compete ao juiz, atendendo aos *antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime*:

“I, determinar a pena aplicável, dentre as cominadas *alternativamente*;

“II, fixar, dentro dos limites legais, a *quantidade da pena aplicável*.”

Não pode o juiz adotar critério algum de medida da pena além dessa órbita. Certamente, será difícil imaginar-se um elemento informativo que não esteja compreendido no texto acima transcrito; mas, ainda que a versatilidade dos casos concretos apresente algum outro, o juiz terá de abstrair-lo.

Como se vê, a fórmula do art. 42 é unitária, no sentido de que engloba, inseparavelmente, o critério da individuali-

zação objetiva e o da individualização subjetiva. Não há prevalência de um sobre outro, mas conjunção, sincronismo, entrosamento. A *quantidade* do crime e a *qualidade* do criminoso, o *mal externo* e o *mal interno* completam-se, integram-se, fundem-se numa unidade orgânica, para a apreciação do juiz. Todos os fatores e elementos circunstanciais do crime imputado, no seu duplo aspecto subjetivo e objetivo, podem ser levados em conta pelo juiz, desde que lhe pareçam ponderáveis, dentro do quadro do art. 42.

Segundo a ordem em que são enumerados no texto legal, são estes os elementos a que o juiz deve ater-se:

- a) antecedentes do réu;
- b) personalidade do réu;
- c) intensidade do dolo ou grau da culpa;
- d) motivos determinantes;
- e) circunstâncias e consequências do crime.

Correspondendo à necessidade da apuração de tais elementos em cada caso concreto, o novo Código de Processo Penal, logo ao regular o inquérito policial, determina que, de par com "todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias", devem ser averiguadas "a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos, que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter". No curso da ação penal, o juiz, por sua vez, não poderá descuidar de suprir, tanto quanto possível, quaisquer falhas da investigação policial, sendo-lhe facultada uma ampla atividade processual, independente de provocação das partes, no sentido do esclarecimento integral do crime em si mesmo e em função do seu autor.

Vamos discutir, ainda que de relance, sobre cada um dos elementos informativos acima referidos. Cumpre, porém, que se faça uma advertência preliminar: para o efeito da medida da pena, há que distinguir entre as *circunstâncias*

judiciais, isto é, as circunstâncias que, na órbita do art. 42, têm o seu reconhecimento e influxo deixados ao poder discricional do juiz, e as *causas expressas de aumento ou diminuição de pena*. Estas últimas dividem-se em duas classes: a) *circunstâncias legais* ou causas de obrigatório aumento ou diminuição de pena dentro dos *minima* e *maxima* cominados *in abstracto*, e são elas as *agravantes* e *atenuantes* (*accidentalia delicti*) previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código, à parte a *reincidência específica*, que é disciplinada particularmente (art. 47, n.º I); b) causas especiais de obrigatório ou facultativo aumento ou diminuição de pena em quantidade fixa (um sexto, um terço, metade, dobro, etc.) ou dentro de determinados limites (um sexto até metade, um a dois terços, etc.). As causas *sub b* repartem-se, por sua vez, em dois grupos, segundo sejam previstas na *parte geral* (arts. 12, parág. único, 20, § 2.º, 22, parág. único, 24, § 2.º, 43, parágrafo único, 48, parág. único, 51, §§ 1.º e 2.º, 53, 2.ª alínea, e 54 *in fine*) ou na *parte especial* (arts. 121, §§ 1.º e 4.º, 122, 129, §§ 4.º e 7.º, 133, § 3.º, 135, parág. único, 141 e parág. único, 146, § 1.º, 150, § 2.º, 151, § 2.º, 155, §§ 1.º e 2.º, 157, § 2.º, 158, § 1.º, 168, § 1.º, 170, 171, §§ 1.º e 3.º, 175, § 2.º, 187, parág. único, 208, parág. único, 209, parág. único, 221, 226, 244, parág. único, 250, § 1.º, 251, § 2.º, 258, 263, 264, parágrafo único, *in fine*, 266, parág. único, 267, § 1.º, 268, parág. único, 281, § 4.º, 285, 288, parág. único, 295, 296, § 2.º, 297, § 1.º, 299, parág. único, 312, § 3.º, 317, § 1.º, 332, parág. único, 333, parág. único, 334, § 2.º, 339, §§ 1.º e 2.º, 342, § 2.º, 347, parágrafo único, e 357, parág. único). No cálculo a fazer-se segundo o art. 42, não devem entrar as circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes) e as causas de especial aumento ou diminuição, pois que aquelas e estas só serão atendidas, sucessivamente, depois de apurada a *pena-base*, isto é, a pena primacialmente fixada na conformidade do citado artigo. Por outras palavras: o art. 42 traça critérios de orientação para toda vez que o juiz tenha de exercer o seu poder discricional, isto é, na fixação da pena fundamental *in concreto* e na ulte-

rior fixação do aumento ou diminuição desta, quando não haja limite de quota ou a quota possa variar, embora dentro de determinados limites; mas no cálculo da pena-base só devem entrar as circunstâncias *judiciais* (cabíveis no quadro do art. 42), abstraídas as circunstâncias legais e as causas de especial aumento ou diminuição; pois, de outro modo, umas e outras, entressachadas, funcionariam duas vezes, isto é, no cálculo da pena-base e no cálculo dos aumentos ou diminuição subseqüentes.

Feita esta observação prévia, passemos à análise do art. 42.

Antecedentes do réu

Os *antecedentes* a que se refere o art. 42 são todos os fatos ou episódios da *vita ante acta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime. Tanto os *maus* e os *péssimos* antecedentes, quanto os *bons* e os *ótimos*. Em primeiro lugar, devem ter-se em conta os antecedentes *judiciais*. As condenações penais anteriores, porém, serão abstraídas, desde que importem o reconhecimento da *reincidência*, pois esta, se específica, tem disciplina especial, e se genérica, deve ser computada, como qualquer outra agravante, depois de fixada a pena-base. Do contrário, incidir-se-ia na censura do *non bis in idem*. Segundo o livre convencimento do juiz, devem ser apreciados os demais antecedentes penais: processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes da sentença final irrecurável, inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenações ainda não passadas em julgado, sujeição a medida de segurança por fato não constitutivo de crime (art. 76, parág. único), processos em andamento, até mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova. Os antecedentes *judiciais* compreendem também os de natureza cível ou comercial (*in exemplis*: suspensão ou perda do pátrio-poder, condenação em ação de desquite, insolvência frau-

dulenta, falência). Por outro lado, deve ser pesquisado, na medida do possível, o sistema de vida pregressa do réu, quer do ponto de vista individual, quer do ponto de vista familiar ou social. Deve ser o réu identificado, notadamente, no seu ambiente social, no clima de moralidade em que se fez homem, nas suas boas ou más condições de educação. Cumpre indagar se o crime praticado é um episódio acidental de sua vida, ou se é um consectário de sua propensão ou habitual orientação para o mal e a indisciplina. Embora sem antecedentes judiciais, um indivíduo pode ter uma vida pontilhada de deslizes, de pequeninas infâmias ou faltas morais, que revelam nele um elemento mal-ajustado à ordem social. Para que se reconheçam bons antecedentes ao réu, não basta que ele seja *sceleris purus*: é também necessário que seja *integer vitae*. Pode acontecer igualmente que um indivíduo com antecedentes judiciais já tenha praticado atos de benemerência ou de especial valor social. Ao juiz compete extrair-lhe a *conta-corrente*, para ver se há *saldo credor* ou *devedor*.

Personalidade do agente

Quando se diz *personalidade*, quer-se dizer, antes de tudo, caráter, síntese das qualidades morais do indivíduo. É a psique individual no seu modo de ser permanente. O juiz deve ter em atenção a boa ou má índole do delinqüente, seu modo ordinário, de sentir, de agir ou reagir, a sua maior ou menor irritabilidade, o seu maior ou menor grau de entendimento e senso moral. Deve retrair-lhe o perfil psíquico. Deve procurar reconhecê-lo no seu temperamento, na sua *moralité foncière* (como diz SALEILLES), quer em face do crime, quer fora dele. É por essa identificação psicológica que se pode apurar a *criminosidade* do réu ou a sua *capacidade de delinquir*, não se devendo, porém, confundir esta com a *periculosidade*, que é critério para a imposição de *medida de segurança* (arts. 76, n.º II, e 77), de caráter meramente *preventivo*, e não para fixação da *pena*, de cunho essencialmente

repressivo. Como ensina PETROCELLI, a capacidade de delinquir não é a probabilidade futura de que o réu venha a cometer novos crimes, mas o grau atual de rebeldia contra a lei. A pena não pode ser irrogada pelo que pode acontecer, mas pelo que já realmente aconteceu.

Intensidade do dolo ou grau da culpa

Por *intensidade do dolo* se deve entender a maior ou menor afirmação da *mens rea*. O dolo tem uma escala, que vai desde uma intervenção mínima de consciência e vontade até o pleno domínio da inteligência sobre a violação. Intensidade do dolo é o grau de determinação consciente com que se realiza a ação criminosa. Assim o *dolo eventual* é um *minus* de intensidade em relação ao *dolo direto*. Costuma-se dizer que no extremo inferior da escala do dolo está o *dolo de impeto* e no extremo superior o *dolo premeditado*. Não se deve, porém, neste particular, proceder com um critério apriorístico. Nem sempre a *premeditação* é início de maior criminalidade, da mesma forma que o *impetus* não revela, em todos os casos, menor perversidade. O novo Código não inclui a *premeditação* entre as agravantes obrigatórias, deixando-a entre as circunstâncias *inominadas* ou *indeterminadas* do art. 42, para ser apreciada, de caso em caso, pelo juiz. Havia razões de sobra para tal critério. Muito antes do advento da Escola Positiva (que pleiteia o radical cancelamento da agravante da *premeditação*), já HOLTZENDORFF evidenciara que a *premeditação*, ao contrário do conceito tradicional, não revela, por si mesma, perversidade ou abjeção de caráter, senão resistência à idéia criminosa. É mais perverso aquele que mata *ex improviso*, mas por um motivo *imoral*, do que aquele que mata depois de longa reflexão, mas por um motivo de valor moral ou social. O indivíduo ponderado, cujo poder de auto-inibição oferece resistência aos motivos determinantes de uma conduta anti-social, não é mais capaz de crime do que o indivíduo impulsivo, que não sabe *sobrestar antes de*

começar. Segundo a clássica definição de CARMIGNANI, a premeditação caracteriza-se pelo *intervalo de tempo* (*mora habens*) e a *frieza e calma de ânimo* (*frigidus pacatusque animus*). Ora, o primeiro elemento é tudo quanto há de mais arbitrário e inconcludente. Quanto ao segundo, não passa, como justamente acentua COSTA, de um atributo da personalidade psicofísica ou psicofisiológica do agente, e nada tem a ver com o processo volitivo. A frieza e calma de ânimo é um modo de ser do temperamento. Com frieza e calma de ânimo, tanto se pode cometer um crime quanto uma ação nobilíssima (FERRI). Na tentativa de reabilitar a premeditação como agravante, cuidou-se de ampliar o seu conceito: deve ser referida à índole moral dos motivos determinantes e à escolha dos meios que tornem mais fácil ou menos aleatória a execução do crime. Tal critério, porém, levou à conclusão lógica de que se devia abolir, por inexpressiva e inútil, a agravante em questão, bastando que se formulassem agravantes referidas aos motivos e aos meios empregados ou modo de execução.

Não impediu o descrédito da *premeditação* a defesa que lhe fez ROCCO (ALFREDO), na *Relazione* sobre o projeto do atual Código italiano (devendo notar-se que nos anteprojetos não figurava essa agravante): "*Vi sarebbe ragione di escluderla, se la premeditazione non fosse altro che quella specie di dolo che si contrappone al dolo d'impeto. Ma nel dolo vi è una scala, che sale per gradi, dal cosiddetto dolo d'impeto, alla riflessione normale, ed infine alla premeditazione. Questa aggiunge un quid pluris a quel grado di riflessione, che è comune alla maggior parte delle azioni delittuose.*" Mas, que é o *quid pluris* a que se refere ROCCO? Para ANGIONI, a *tensão do propósito até a fixação* é que constitui esse *quid pluris*, em cotejo com o grau de reflexão comum à maior parte das ações delituosas. Ora, semelhante *tensão*, sobre ser inaferrível, não significa outra coisa senão a continuada predominância do *motivo mais forte*; de modo que este, sim, é que deve ser apreciado na sua *qualidade*, para dele se deduzir a maior ou

menor punibilidade do agente. Quando da elaboração do projeto de Código suíço, com toda razão observou GAUTIER: "*La préméditation est un critère qui manque tout-à-fait de précision, puisque l'on n'a pas pu, jusqu'ici, se mettre d'accord sur le sens de ce mot. C'est un critère extrêmement incertain aussi pour la raison que la préméditation, qu'on l'entende dans l'un ou dans l'autre sens, est toujours un fait purement intérieur et qui peut fort bien ne pas se traduire par des actes perceptibles. C'est de plus un critère faux et incomplet, en se qu'il ne dénote pas avec certitude et dans tous les cas sans exception un caractère criminel particulièrement dangereux.*" Entre nós, a premeditação tem adversários declarados. OSMÂ LOUREIRO acentua e aplaude a tendência moderna no sentido de "proscrever dos códigos a premeditação, "como agravante, por se confundir com o simples mecanismo da vontade criminosa, substituindo-se esta indicação "pela investigação dos motivos". COSTA E SILVA assim se pronuncia: "Os modernos autores de psicologia criminal despiram a premeditação de sua antiga importância. Hoje "ela nem sempre indica, na pessoa do delinqüente, grau mais "elevado de depravação moral." CÂNDIDO MOTA FILHO é dos que defendem ponto de vista diverso, na sua erudita monografia *Da premeditação*; mas esta foi o canto de cisne da velha agravante no direito brasileiro. A premeditação é desconhecida dos Códigos peruano, argentino, soviético, dinamarquês e polonês. Os projetos GALDINO, SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO já a haviam abolido, quer como agravante genérica, quer como agravante específica. O novo Código não tinha outro caminho a seguir. Na visão de conjunto do fato criminoso *in concreto*, a premeditação poderá eventualmente ser levada em conta pelo juiz; mas deixou de ser uma circunstância obrigatória de exasperação de pena.

Tal como o dolo, a culpa tem igualmente a sua graduação, determinada pela maior ou menor previsibilidade do evento lesivo. A escala sobe desde o grau mínimo da culpa *aquiliana* ou a culpa levíssima, a entestar com o *caso fortuito*,

até a culpa consciente ou com previsão, fronteira da culpa eventual. Mas, aqui, também, não se devem adotar critérios prefixos. A culpa com previsão pode revelar *antenas menos insensíveis* do que a culpa inconsciente. Ter-se previsto o evento lesivo, mas *esperando* que este não ocorra, pode ser menos grave do que não se ter previsto coisa alguma. Não foi, aliás, por outro raciocínio que o nosso novo Código, enjunctando o exemplo do Código italiano, não incluiu entre as agravantes obrigatórias a *previsão do evento no crime culposos*.

Motivos determinantes

Motivos são os antecedentes psíquicos da acção, a força propulsora da vontade atuante. Constituem, na expressão feliz de SCHOPENHAUER, “a causalidade vista de dentro”. Os motivos determinantes (motivos conscientes da acção) representam, no direito penal moderno, a *pedra de toque* do crime. Não há crime *gratuito* ou sem motivo, e é no motivo que reside, como diz VERGARA, a significação mesma do crime. O motivo é o *adjetivo* do elemento moral do crime. É através do “porquê” do crime, principalmente, que se pode rastrear o valor psicológico do criminoso e aferir da sua maior ou menor anti-sociabilidade. Para a medida da pena, é imprescindível ter-se em conta a *qualidade* dos motivos que impeliram o indivíduo ao crime. Desprezadas miúdas subdistinções, os motivos podem ser classificados em duas grandes categorias: motivos *imorais* ou *anti-sociais* e motivos *morais* ou *sociais*, conforme sejam, ou não, contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade. O amor à família, o sentimento de honra, a gratidão, a revolta contra a injustiça, as paixões nobres em geral podem levar ao crime; mas o juiz terá de distinguir entre esses casos e aqueles outros em que o *movens* é o egoísmo feroz, a cólera má, a prepotência, a malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a *auri sacra fames*, o mesquinho espírito de vingança, a empolgadura dos vícios. É na consideração dos motivos do crime que o

juiz há de sempre encontrar um critério essencial na individualização da pena.

Circunstâncias e conseqüências do crime

As *circunstâncias* são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime. Muito em atenção deve ter o juiz o comportamento do réu contemporâneo ou subsequente à atividade criminosa. Profunda é a diferença, por exemplo, entre o assassino que agiu com sangue frio e cinismo, regozijando-se, ou ficando indiferente em face do cadáver da vítima, e o homicida que revela angústia e remorso. Bem diverso daquele que, de sua própria iniciativa, val entregar-se à prisão, para prestar contas à justiça, é o criminoso que, não obstante a evidência dos fatos comprovados, nega obstinadamente a autoria do crime, ou procura embaraçar a investigação da verdade.

Por último, refere-se o art. 42 às *conseqüências* do crime, isto é, à maior ou menor gravidade do dano ou perigo de dano ocasionado à vítima e o maior ou menor alarma social provocado. Em face de todos esses elementos, unitariamente apreciados, é que o juiz terá de fixar o *quantum* da pena-base, abstraídas as agravantes ou atenuantes e as causas de especial aumento ou diminuição. Pode acontecer que haja discrepância entre os dados coligidos no processo: maus antecedentes do réu e motivo de valor social, abjeção de caráter e insignificância do *effectus sceleris*, etc. Em tais condições, deve o juiz *balancear* os *prós* e *contras*: se estes prevalecem, deve a pena-base aproximar-se do máximo da pena *in abstracto*; se, ao contrário, prevalecem aqueles, a pena-base tomará a direção do mínimo; se uns e outros se equiparam, a pena-base será um termo médio entre o mínimo e o máximo. Fixada a pena-base, sobre esta, a seguir, terá de versar o aumento ou diminuição decorrente das agravantes ou ate-

nuantes, se houver, respeitados os *minima* e *maxima* da pena cominada ao crime. Se ainda ocorre alguma causa de especial aumento ou diminuição, versará esta ou aquela sobre o *quantum* precedentemente fixado. O primeiro cálculo (isto é, o cálculo discricional, na conformidade do art. 42) é feito tendo-se em vista, necessariamente, a pena *in abstracto*; mas cada aumento ou diminuição subsequente se fará sobre o *quantum anteriormente concretizado*. É a aplicação da regra do 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."

Agravantes e atenuantes

Convém repetir que, no fixar a quantidade do aumento ou diminuição decorrente de agravantes ou atenuantes, isoladas ou em concurso, ou de causas de especial aumento ou diminuição variável dentro de determinados limites, os critérios guias são ainda os do art. 42, aplicável sempre que o juiz tenha de usar sua faculdade de arbítrio.

Nos casos em que a quota de aumento ou diminuição é rígida ou fixa, o juiz nada mais terá a fazer do que adicioná-la ou descontá-la do *quantum* precedentemente apurado.

Tratando-se de causas de especial aumento ou diminuição, o juiz não fica adstrito aos mínimos e máximos da pena *in abstracto*, podendo transpô-los, salvo, quanto ao aumento, os limites estabelecidos no art. 55 (isto é, 30 anos para as penas privativas de liberdades e cem mil cruzeiros para a pena pecuniária).

No concurso de causas de especial aumento ou de causas de especial diminuição previstas na *parte geral*, os aumentos ou diminuições se farão cumulativamente, enquanto que, no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na *parte especial*, o juiz deve limitar-se a um só aumento ou

a uma só diminuição, dando prevalência, todavia, à causa que mais aumente ou diminua (art. 50, parág. único).

No concurso de agravantes e atenuantes, o critério de solução é marcadamente subjetivista: "a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes, da personalidade do agente e da reincidência" (art. 49). É de notar-se, mais uma vez, porém, que a *reincidência específica* tem disciplina peculiar, importando, necessariamente, a "aplicação da pena acima da metade da soma do mínimo com o máximo" (art. 47, n.º I), e tal efeito não pode ser impedido por quaisquer atenuantes concorrentes: estas, de par com outras agravantes acaso também concorrentes e as circunstâncias judiciais (art. 42), influirão tão-somente na fixação da pena além da "metade da soma do mínimo com o máximo".

Não cuida o Código, expressamente, da equivalência entre agravantes e atenuantes concorrentes, pois é óbvio que, em tal caso, a influência de umas é neutralizada pela de outras, de modo que é como se não existissem.

Se concorre causa de especial aumento com causa de especial diminuição, compensam-se as respectivas quantidades e o *saldo*, se houver, a favor ou contra o réu, é o que subsistirá para ser aditado ou subtraído.

Acontece, às vezes, que, em virtude de uma circunstância especial, a lei estabelece, não já um aumento ou diminuição da pena ordinária do crime, mas uma pena de espécie diversa (exemplos: art. 129 e seus §§ 1.º e 3.º, art. 351 e seus §§ 1.º e 3.º), ou uma pena da mesma espécie, mas independente da pena ordinária ou dentro de novos limites (exemplos: arts. 121, § 2.º, 129, § 3.º, 133, §§ 1.º e 2.º, 155, § 4.º, 227, §§ 1.º e 2.º). Em tais hipóteses, se ocorre somente a circunstância que produz tal efeito, não há senão que aplicar a pena autônoma ou de espécie diversa, segundo a regra geral do art. 42; mas, se concorrem outras circunstâncias ou causas

legais, o aumento ou diminuição delas resultante se opera, não sobre a pena ordinária, mas sobre a pena independente ou diversa.

O aumento de pena pelo *cúmulo jurídico*, no concurso de crimes (concurso formal, crime continuado, *aberratio ictus* com duplicidade de resultado), deve operar-se depois de fixada a pena para cada crime concorrente, como se não houvesse o concurso. Somente depois desse cálculo múltiplo é que se pode saber qual a pena única *in concreto* a ser aumentada. A redução ou aumento por circunstâncias comuns a todos os crimes concorrentes deve fazer-se, previamente, sobre a pena-base de cada um deles separadamente. No crime continuado, o aumento deve ser feito de modo que a pena unificada seja inferior à soma das penas dos crimes-membros, pois o instituto da *continuação* foi criado em favor, e não em detrimento dos réus. Também no concurso formal, a pena complexiva não deve ser igual ou superior à soma das penas dos crimes concorrentes, salvo quando estes resultem de desígnios autônomos, não obstante a unidade da ação ou omissão. Admitir-se solução contrária importaria abstrair-se a razão de ser da *unidade complexa*, que a lei, no caso, reconhece, para tratamento diverso do estabelecido em relação ao *concurso material*.

Algumas hipóteses e respectivas soluções

Formulemos, agora, algumas hipóteses, para resolvê-las na conformidade das regras que vimos de expor.

A) TENTATIVA DE HOMICÍDIO

Figure-se que certo indivíduo, possuído de violenta emoção, logo em seguida a uma injusta provocação, desfecha tôda a carga do seu revólver sobre o adversário, que, entretanto, escapa ileso. Trata-se de uma *tentativa* de homicídio, e dispõe o art. 12: "Salvo disposição em contrário, pune-se a

tentativa com a pena correspondente ao crime consumado diminuída de um a dois terços." Tem-se, pois, na espécie, de começar por um *processo hipotético*, mediante o qual o juiz deve determinar, *in abstracto*, dentro dos respectivos limites, a pena que, segundo os critérios diretivos do art. 42, teria de aplicar, se o crime se tivesse consumado. No exemplo figurado, se o crime se consumasse, teríamos uma das modalidades de *homicidium privilegiatum* (art. 121, § 1.º), em que ao juiz é facultado reduzir de um sexto a um terço a pena ordinária do homicídio simples. É um caso de facultativa diminuição especial de pena, de modo que o juiz não está adstrito ao *minimum* prefixado na lei. Suponhamos que o juiz, em face dos bons antecedentes do acusado, da sua comprovada boa índole, do arrependimento que revelou após o crime, etc., e na ausência de qualquer agravante, lhe devesse aplicar, ainda que tivesse atingido a *meta optata*, a pena mínima do homicídio simples, isto é, seis anos de reclusão. Será esta a pena-base, sobre a qual versará a redução de um a dois terços, determinada no art. 12. Admita-se que o juiz, atendendo às circunstâncias da tentativa em si mesma, entre as quais a de não ter sido cruenta, resolva descontar a fração máxima, isto é, dois terços: teremos a pena-base reduzida a dois anos de reclusão. Finalmente, usando da faculdade que lhe confere o § 1.º do art. 121, e orientando-se de novo pelos critérios do art. 42, poderá o juiz ainda diminuir de um terço esse *quantum*. E, assim, a pena concretizada será de um ano e quatro meses de reclusão. Em condições idênticas, perante o Código de 90, o juiz estaria obrigado, inflexivelmente, a aplicar a pena de quatro anos de prisão celular, evidentemente excessiva.

Figuremos outra hipótese:

B) "ABERRATIO ICTUS"

Tício desfecha tiros contra o septuagenário Mévio, que fica apenas ferido, mas acontecendo que um dos projéteis

também atinge e mata Caio, que estava junto de Mévio. É um caso de *aberratio ictus* com duplicidade de resultado. O novo Código vê na *aberratio* uma *unidade simples* (isto é, um só crime doloso) ou uma *unidade complexa*, conforme fique ou não incólume a pessoa visada. Se esta é também atingida, tem-se de aplicar a regra do concurso formal. Eis o que dispõe o 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, 2.ª parte. No caso de “ ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1.º do art. 51.” Assim, no caso figurado, Tício responderá por homicídio doloso consumado, na sua forma simples, mas aumentada a pena de um sexto até metade. Suponha-se que o juiz se convença de que há equivalência entre os elementos desfavoráveis e favoráveis ao acusado: teria este agido por simples vingança, mas não é censurável o seu *curriculum vitae*, e a execução do crime não se teria revestido de circunstância indiciária de maior perversidade. É razoável, portanto, que a pena-base represente um termo médio entre o mínimo (seis anos) e o máximo (20 anos) da pena *in abstracto*, ou seja 13 anos de reclusão. Em seguida, dentro do mesmo critério de proporção, o aumento da pena-base, dada a ocorrência de uma das agravantes previstas no art. 44, II, letra *i* (“ter o agente cometido o crime contra velho”), deve ser uma quantidade igual ou próxima à metade da diferença entre 13 e 20 anos (grau máximo da pena *in abstracto*), digamos três anos. Sobre a pena, assim concretizada, de 16 anos, irá versar o especial aumento determinado no art. 53, *in fine*. Ainda pelo mesmo critério anterior, o *quantum* desse aumento deve ser uma quota intermédia entre um sexto e a metade de 16 anos (isto é, entre dois anos e oito meses e oito anos), digamos, cinco anos. Teríamos, assim, a pena total fixada em 21 anos.

Suponhamos, no caso figurado, que, ao invés de uma agravante, houvesse uma atenuante, por exemplo, a da menoridade do agente. Como tal atenuante é do mais alto relevo, e nada, além do crime em si mesmo, deporia contra o réu, o juiz poderia reduzir a pena-base até o mínimo da pena *in abstracto*, isto é, seis anos. O aumento especial seria uma quantidade média entre um sexto e a metade de seis anos, ou seja, dois anos. A pena total seria de oito anos.

Figure-se, agora, o seguinte caso:

C) FURTO QUALIFICADO

Tício, penetrando na casa de Mévio, mediante arrombamento, dali subtrai um objeto valioso. Trata-se de um *furto qualificado*, a que é cominada a pena de reclusão por dois a oito anos, além da multa de dois a 12 mil cruzeiros (art. 155, § 4.º, n.º I). Segundo se verifica dos autos, o acusado é um indivíduo de mau caráter e péssimos costumes, degradado pelos vícios, calaceiro, além de ser um *reincidente específico*. Há, porém, uma nota favorável: o acusado sempre foi um desprotegido da sociedade, tendo nascido e crescido em meio miserável, sem nenhuma orientação para o caminho do bem. Como é *reincidente específico*, a pena tem de ser fixada, necessariamente, além da metade da soma do mínimo com o máximo abstratos, isto é, deve ser superior a cinco anos de reclusão. O juiz, tendo em consideração a mísera condição de vida social do réu, poderá limitar-se ao acréscimo de um mês apenas a esse prazo, e a fixar a multa no mínimo, abstraída a *periculosidade presumida* (art. 78, n.º IV), que só diz com a sucessiva imposição da medida de segurança a que ficará sujeito o condenado após o cumprimento da pena.

D) FURTO SIMPLES

Suponha-se, a seguir, um caso de *furto simples*, cuja pena *in abstracto* é reclusão por um a quatro anos e multa de

Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00. O valor da coisa subtraída é mínimo e o acusado é primário, demonstrando os autos que se trata de um *sem trabalho*, levado ao crime apenas pela tentação de uma boa oportunidade (criminoso de emergência). Pode o juiz escolher entre as várias soluções que lhe oferece o § 2.º do art. 155. Demos que ele opte pela metamorfose da reclusão em detenção, que ainda poderá diminuir de um a dois terços. Considerando as circunstâncias especiais do caso, fixará o juiz em um ano a pena-base de detenção e em dois terços a especial diminuição desta, obtendo, assim, o resto de quatro meses, que, com a multa, naturalmente aplicada no mínimo, será a pena total.

Suponha-se, porém, que entre as circunstâncias do fato se apresente a de ter sido o crime praticado “durante o sossego noturno”: o juiz terá de aumentar de um terço a pena-base (art. 155, § 1.º) e, em seguida, quanto à detenção, fazer a redução de dois terços, ou fazer esta redução e depois aquele aumento: o resultado será, em qualquer caso, cinco meses e 10 dias (além da multa de Cr\$ 660,00, desprezadas as frações de Cr\$ 10,00, de acordo com o art. 9.º).

Ainda uma outra hipótese:

E) ROUBO

Tício, Mévio e Caio, mediante prévio concerto, assaltam a casa de Semprônio e, ali, enquanto um deles domina a resistência da vítima, apontando-lhe um revólver, os outros subtraem as jóias que encontram. É um caso de *roubo*, com duas causas de especial aumento de pena (art. 157, § 2.º, ns. I e II). Apura-se dos autos que Tício é reincidente específico, Mévio é reincidente genérico e Caio, primário. Tício e Mévio são indivíduos de má casta, inimigos do trabalho e propensos ao mal, enquanto Caio é apenas um indivíduo de vontade fraca, súcubo de Tício e Mévio. Fazemos os cálculos quanto à pena de reclusão, que é cominada entre os limites de quatro a 10 anos.

A pena-base, em relação a Tício, deve ser superior a sete anos (art. 47, n.º I), podendo o juiz, de acordo com o artigo 42, fixá-la, digamos, em oito anos.

Quanto a Mévio, a pena-base poderá ser fixada, razoavelmente, em sete anos.

Finalmente, no tocante a Caio, pode ser calculada em quatro anos. Verifica-se do processo que Tício foi quem organizou e dirigiu o assalto, de modo que o Juiz, em razão dessa agravante (art. 45, n.º I), elevará a pena-base, digamos, a nove anos.

Quanto a Mévio, em razão da reincidência genérica, poderá o juiz fazer o aumento de um ano, resultando a pena de oito anos.

Como ambas as causas de especial aumento de pena são previstas na parte especial, o juiz pode limitar-se a um só aumento (parág. único do art. 50), dentro dos limites de um terço até metade, estabelecidos no § 2.º do art. 157. Admita-se que ele julgue razoável fazer o aumento de metade, quanto a Tício e a Mévio, e de um terço apenas quanto a Caio, e, assim, teremos: Tício condenado a 13 anos e seis meses de reclusão, Mévio a 12 anos, e Caio a seis anos e oito meses.

No que respeita à multa, devendo o juiz atender, principalmente (e não exclusivamente), à situação econômica dos réus (art. 43), poderá ser fixada em Cr\$ 3.000,00 para Caio, Cr\$ 4.000,00 para Mévio e Cr\$ 5.000,00 para Tício.

F) CRIME CONTINUADO

Formulemos, por último, uma hipótese de *crime continuado*: X comete furto de gado na estância de Y e, por vezes sucessivas, realiza o abigeato, sendo que, da última vez, se faz acompanhar de dois auxiliares, para maior segurança e proveito. Calculadas *in concreto* as penas dos crimes-membros (abstraida a circunstância da *continuação*), verifica-se que duas delas são, respectivamente, de reclusão por um e

dois anos e a restante (dada a agravante do inciso n.º I do art. 45) é de reclusão por cinco anos. Sobre esta última versará o aumento especial, decorrente da *continuação*, posto que o *quantum* desse aumento não pode redundar numa pena total que iguale ou ultrapasse a soma das penas dos crimes-membros. Suponha-se que o juiz entenda não comportar o caso o aumento máximo (dois terços), mas apenas o de um terço: a pena total será a de seis anos e oito meses de reclusão (afora multa).

Conclusões

Aí ficam delineadas algumas soluções que, na prática, talvez parecessem menos fáceis. Por necessidade de síntese da explicação, teve esta de assumir caráter um tanto esquemático; mas longe de mim o intuito de aconselhar ou inculcar, em relação ao arbítrio judicial, maiores restrições que as prescritas na lei. Não é possível enfeixar em fórmulas constantes para todos os casos a extensiva função que o novo Código Penal atribui ao juiz. Apenas procurei aduzir, de par com as genéricas diretrizes legais, alguns critérios lógicos e práticos sobre o *modus faciendi* da mensuração da pena, mas sem querer *estandardizá-los*. Na solução de cada caso concreto, há de forçosamente entrar a *alma*, o *contingente pessoal* do juiz, para dizer, à margem de induções de lógica abstrata na exegese dos textos legais, a justiça moldada na realidade humana, plasmada na *carne viva* dos que delinquem.

AINDA SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA *

Arts. 44, 45, 48, 49 e 50 do Código Penal

Ao tratarmos do “arbítrio judicial na medida da pena”, sustentamos que o art. 42 do novo Código Penal serve ao objetivo de fixação de uma *pena-base*, sobre a qual deverão versar os aumentos ou diminuições decorrentes das agravantes ou atenuantes obrigatórias (arts. 44, 45 e 48) ou das “causas de *especial* aumento ou diminuição”, quando umas ou outras existam. Entendemos que esse é o critério lógico, ditado, aliás, pelo art. 50, que não distingue entre causas *genéricas* e causas *especiais* de aumento ou diminuição de pena. Em contraste com o nosso ponto de vista, entretanto, tem-se pretendido que, quando se apresentem agravantes ou atenuantes obrigatórias (circunstâncias legais), devem estas ser apreciadas em *globo* com as circunstâncias judiciais (isto é, as circunstâncias deixadas ao arbítrio judicial, segundo o art. 42). Tal critério, porém, é inaceitável:

a) porque abstrai a necessidade de um *ponto de referência* (ou seja, de um *quantum* certo de pena), para que se proceda à agravação ou atenuação resultante, *obrigatoriamente*, das circunstâncias legais;

b) porque importaria, logicamente, que o juiz pudessem contrapor as circunstâncias judiciais às circunstâncias legais, de modo que estas viessem a ser *compensadas* ou *superadas* por aquelas (podendo acontecer, por exemplo, que a pena fosse aplicada no mínimo, não obstante a presença

* In *Revista Forense*, Rio, 1942, vol. 90, pág. 525.

de alguma agravante), e isto contra o iniludível enunciado dos arts. 44 e 48;

c) porque as circunstâncias judiciais existem *sempre* (embora nem sempre possam ser apuradas no caso concreto), ao passo que as legais têm caráter *excepcional*, representando um *plus* ou um *minus* em relação aos casos comuns, e, assim, devendo importar um *quantum* de pena a ser *somado* ou *subtraído* ao *quantum* da pena que deveria ser aplicada nos casos comuns;

d) porque não há razão para se excluírem as circunstâncias legais de agravação ou atenuação dentre as “causas de aumento ou diminuição dentro de determinados limites” a que *genericamente* se refere o art. 50, pois se trata, sem dúvida alguma, de causas que aumentam ou diminuem a pena “dentro de determinados limites”, isto é, dentro dos *minima* e *maxima* cominados *in abstracto*;

e) porque, se se calcula a pena-base (interpretado restritivamente o art. 50) sem abstração das circunstâncias legais, poderia acontecer que estas importassem, incontrolavelmente, um *quantum* de agravação ou de atenuação que, em si mesmo, fosse superior ao próprio *quantum* da pena que se acharia, se tais circunstâncias não existissem (*quod est absurdum*);

f) porque, antes de serem *medida* do *quantum* de agravação ou atenuação conseqüente às circunstâncias legais, as circunstâncias judiciais são um critério geral de mensuração da pena *in concreto* relacionada ao crime considerado *substantialmente* ou nos limites de sua definição legal;

g) porque, englobando-se as circunstâncias judiciais com as circunstâncias legais, confunde-se a *medida* com o *objeto a medir-se*, isto é, o critério de mensuração da influência dos *accidentalia delicti* (circunstâncias legais) com os próprios *accidentalia delicti*.

Outro ponto de vista que sustentamos é que o cálculo da pena-base deve procurar um *térmo médio*, quando se compensarem (ou não ficarem apuradas) as circunstâncias ju-

diciais favoráveis e desfavoráveis ao réu. Argúi-se que semelhante critério importaria um retorno ao Código de 90, em dissonância com o sistema do novo Código. Ora, o *termo médio* a que nos referimos não obedece a rigor aritmético (como no Código revogado) e resulta de uma injunção de lógica e de bom-senso, a que não poderia alhear-se o novo Código. Se as circunstâncias judiciais pró e contra o réu se equivalem (ou se não puderam ser apuradas no caso ocorrente), a *boa razão* não permite outra solução que não seja a de ser a pena-base uma pena *média* entre o mínimo e o máximo cominados *in abstracto*. Se, a seguir, verificar-se a inexistência de agravantes ou atenuantes obrigatórias, ou umas e outras se compensarem, *neutralizando-se* (solução ditada, *a contrario sensu*, pelo art. 49), a pena média (calculada como pena-base) passará a ser a pena aplicável *in concreto* (caso não ocorram causas de *especial* aumento ou diminuição). O novo Código suprimiu a *dosimetria* penal, e não a justeza do raciocínio.

O USO DOS MEIOS ANTICONCEPCIONAIS SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO

“Um dos mais desconcertantes problemas do mundo contemporâneo é, sem dúvida, o vertiginoso crescimento da população, em chocante desproporção com o aumento da produção de alimentos. Os prognósticos para um futuro não muito remoto, a respeito desse progressivo desequilíbrio, são deveras alarmantes. A famosa lei de MALTHUS, que parecia ter sido desacreditada, voltou a afirmar-se como uma cega lei natural: enquanto a população cresce em progressão geométrica (2, 4, 8, 16 e 32...), os meios de subsistência aumentam em proporção aritmética (2, 4, 6, 8, 10...). E esta desproporção ter-se-ia agravado nos tempos modernos, com o fato de que, enquanto não se cuida de generalizar o controle da natalidade, o progresso médico-científico fez diminuir a mortalidade infantil. Mesmo corrigidos os cálculos malthusianos segundo os justos reparos de MESSEDAGLIA, prevê-se, com irrecusáveis dados estatísticos que, se não forem tomadas, em todos os países, medidas preventivas, mais de um terço da população mundial, já no ano 2000, terá de viver sob regime de fome ou subnutrição. Por mais que se incrementem os meios e coeficientes de produção nas áreas cultiváveis do globo, serão eles cada vez menos correspondentes às exigências do consumo. Em todas as regiões da Terra, mesmo naquelas em que, pela sua extensão, não se apresenta relativa densidade de população, reconhece-se a necessidade de neutralização do incremento populacional, de restrição ao *crescite et multiplicamini* da Sagrada Escritura. Daí, a atual e intensa propagação da idéia de legitimidade ético-jurídica

do uso de meios anticoncepcionais, que deve constituir mesmo um programa estatal. No mundo de hoje, a restrição da natalidade ou a chamada “planificação da família”, ao invés de um mal sob o ponto de vista demográfico de cada país, passou a ser proclamado como um bem para toda a humanidade. Entre todos os povos, está-se difundindo cada vez mais, com ou sem intervenção do Estado, o emprego dos meios anticoncepcionais, por ser o recurso mais aconselhável. Quando se fala em meios anticoncepcionais, quer-se referir aos que comumente se denominam tais, isto é, substâncias químicas, objetos (condons, pessários, presilhas plásticas, supositórios vaginais, administrículos intra-uterinos), processos ou métodos, cuja aplicação se reitera a cada ato sexual, a fim de torná-lo infecundo. São os meios que acarretam a “esterilização copulativa”, assim designada para distingui-la da “esterilização somática”, resultante de especial intervenção cirúrgica e de caráter permanente. Enquanto esta se apresenta como ilícita, salvo quando indicada como indispensável ou necessário recurso terapêutico (como, por exemplo, nos casos de tumores do ovário, do útero, dos testículos, graves doenças do coração etc., etc.), aquela não atrita com a moral jurídica (posto que o meio empregado não possa, ainda eventualmente, acarretar interrupção de gravidez). A fecundação não constitui um dever jurídico, de modo que o seu impedimento, desde que não obtido por meio em si mesmo ilícito, não é contrário ao direito ou juridicamente reprovável. A esterilização somática, ainda que para o fim exclusivo de acarretar a *impotentia concipiendi*, é antijurídica, porque constitui uma *laesio corporis*, uma ofensa à integridade física da pessoa, além de poder, eventualmente, ocasionar transtornos fisiológicos e psíquicos. Ninguém pode duvidar de que a extração do útero ou dos ovários, a ligadura das trompas de Falópio, a vasectomia ou a rescisão dos canais deferentes, a ablação dos testículos, todos os processos, enfim, da esterilização somática configuram, tipicamente, o fato que a lei penal incrimina sob o *nomen juris* de “lesão corporal”, pouco

importando o prévio consentimento do paciente, pois a integridade corporal é um direito inalienável, indisponível ou irrenunciável. Ninguém pode dispor do próprio corpo para sofrer uma alteração permanente na sua integridade física (salvo se em benefício da própria saúde ou estética, desde que ressalvada a moral jurídica). Já a esterilização copulativa, desde que o empregado meio anticoncepcional não afete a saúde de qualquer dos protagonistas do ato sexual, não se operando qualquer alteração da personalidade física ou psíquica, não há razão alguma para que a lei do Estado a proíba por si mesma. Atualmente, em parte alguma do mundo, que eu saiba, se cuida de vedar a fabricação, o comércio ou o uso de meios anticoncepcivos. Antes de ocorrer a fecundação, a lei social não pode interferir com sua finalidade disciplinadora, por isso mesmo que a fecundação não é obrigatória nem podia sê-lo, pois não são incomuns os casos de infecundidade constitucional ou adquirida, e o Estado não pode intervir na vida sexual dos casais. Somente com o advento da concepção é que se impõe ou se justifica essa interferência, para o fim de tutelar, já agora, um ser humano em formação, uma *spes hominis*.

A própria Igreja Católica não é infensa à anticoncepção, condescendo, como se sabe, com o chamado "calendário Knaus", que assenta na suposta esterilidade fisiológica da mulher nos primeiros dez dias e a partir do décimo-oitavo dia após a menstruação, método, entretanto, muitíssimo aleatório, pois tem-se verificado que a ovulação pode processar-se até mesmo no período das regras (embora se deva reconhecer que antes o uso do calendário Knaus do que a inaplicação de qualquer processo preservativo da fecundação). É certo que recente encíclica papal condenou o uso dos meios anticoncepcionais; mas, como quer que seja, o problema tem de ser resolvido em face da moral social, e não da moral religiosa.

Argumenta-se que nos países, como o Brasil, em que não há excesso de população, o emprego dos meios impeditores da procriação ou a planificação da família se apresenta como

programa contrário ao interesse demográfico do Estado. Não vale, porém, o argumento, pois há o contra-argumento de que não se pode deixar de ter em conta a necessidade de se evitar, notadamente no seio das classes não abastadas, que concentram a maioria da população, o inconveniente das famílias numerosas. Sabe-se que, por imprevidência ou indiferença, tais classes são justamente as que mais concorrem para a procriação, parecendo justificar-se o conceito de DOUBLEDAY, de que "quanto pior é a nutrição, maior é a natalidade". A quase esterilidade dos ricos corresponde a fecundidade do pobres. Ora, se no seio de uma família desprovida de fortuna, um ou dois filhos podem ser, ainda que sofrivelmente, aparelhados para a competição da vida, com os limitados recursos do casal, a superveniência de outros exclui essa possibilidade, e todos acabam, em virtude da carência do mais elementar amanhã educacional, por se alistarem na melancólica legião dos subomens, fatalizados ao insucesso e à penúria. Também aqui a quantidade prejudica a qualidade.

Como quer que seja, porém, a necessidade de solução do problema mundial da hiperpopulação deve estar acima do transitório interesse de uma ou outra região, excepcionalmente necessitada de acréscimo populacional, podendo ser este mais convenientemente alcançado com ingressos imigratórios.

Nos países de população densa e economicamente desajustados, já se estão tomando medidas governamentais destinadas à planificação da família, isto é, já está procurando regular o advento de filhos segundo as possibilidades financeiras de cada núcleo familiar. E COLVILLE DEVERELL, delegado da ONU para estudar o tormentoso problema populacional e econômico da Índia (onde, abandonados certos escrúpulos, está até mesmo a esterilização somática, calculando-se em cerca de 300 as vasectomias que ali se realizam diariamente), faz a seguinte advertência, referindo-se ao emprego dos dispositivos anticoncepcionais intra-uterinos ou orais, na mais

antiga parte do Mundo: "É necessário que se generalize o que cuidam de fazer atualmente alguns países asiáticos e do Extremo Oriente, como parte de sua política sanitária e econômica, para combater o desenfreado crescimento da população, que ameça frustrar os heróicos esforços para melhorar as condições econômicas do homem comum".

Não vale dizer que ainda há vastas regiões do mundo a cultivar, pois estas, pela sua escassa fertilidade (exemplo: o Brasil central), não debelariam senão lenta e insuficientemente o fenômeno do desequilíbrio entre a produção de alimentos e a superpopulação, estando comprovado que o aumento de população a cada década anula quase por completo cada progresso econômico alcançado em qualquer região do globo. Nos dias vindouros, deve passar a ser função do Estado a de fomentar a fabricação e o fornecimento de meios anticoncepcionais, e organizar centros médicos ou de assistência sanitária, com equipes móveis e especializadas, para distribuição, às classes pobres, nas zonas urbanas e rurais, dos preservativos da procriação, ou de controle da natalidade. Já não mais se deve preconizar, e passou mesmo a ser contra-indicada, por ser um estímulo à hiperpopulação, a política de proteção do Estado às famílias numerosas, que a nossa Constituição assegura, platonicamente, no seu art. 164.

Sem dúvida que o Estado, de futuro, deve intervir, cautelosamente, para evitar que o generalizado emprego dos meios anticoncepcionais redunde num método de despopulação sem controle. A livre iniciativa particular deve ser preferido um sistema de intervencionismo discreto, notadamente para evitar o êxito do neomalthusianismo egoísta e gozador, que condena o advento de filhos para que haja livre ensejo aos prazeres da vida mundana.

Na atualidade, a lei do Estado abstém-se de proibir o uso de meios anticonceptivos, mas em um ou outro país procura-se impedir o sugestivo ou incentivador anúncio em torno deles. É considerado ilícito administrativo e mesmo penal o reclame indiscreto, a propaganda pública ou escandalosa dos

preservativos da fecundação: No Brasil, a Lei das Contravenções Penais, no seu art. 20, comina pena de multa (convertível em prisão simples) ao fato de “anunciar processo, substância ou objeto destinado a evitar gravidez”. Por sua vez, a Lei n.º 4.113, de 14-2-1942, proíbe aos médicos “anunciar tratamento para evitar gravidez, claramente ou em termos que induzam a este fim”, bem como veda, de modo geral, “anunciar, fora dos termos dos respectivos relatórios ou licenciamentos, produtos ou especialidades farmacêuticas e medicamentos, apresentando-os como preparados anticoncepcionais”. Como se vê o ilícito penal ou administrativo é apenas a publicidade da propaganda. Não são proibidos o fabrico, a importação, a venda, a exposição à venda ou o uso dos produtos em questão. É, no fundo, o mesmo critério da lei penal italiana. O chamado Código Rocco incrimina o fato de “quem publicamente incita as práticas contra a procriação ou faz propaganda a favor delas”. Tal critério restritivo, entretanto, já vai sendo atenuado no seu rigor. Na Suíça, o fato da propaganda ou exposição à venda de objetos destinados a evitar gravidez só é penalmente ilícito quando se apresenta ofensivo da moralidade ou decoro público, embora seja também incriminado o “envio de tais objetos (anticoncepcionais) ou dos respectivos reclames, recomendando o seu uso a pessoas que os não hajam solicitado ou não tenham interesse profissional a respeito deles”. A proibição limitada à propaganda atentatória do pudor público tende a generalizar-se. O projeto de Código Penal alemão de 1960, no seu art. 221, comina a pena de encarceramento até 2 anos, prisão simples ou multa “a quem, de modo ofensivo dos bons costumes ou da decência, anuncia ou recomenda, por qualquer meio de publicidade, meios ou processos cujo fim preponderante seja o impedimento da gravidez”. E o IX Congresso Internacional de Direito Penal, recentemente reunido em Haia, aprovou a seguinte resolução: “A difusão de informações e meios anticoncepcionais somente deve ser considerada infração da lei penal quando viola proibições legais contra a

pornografia ou a obscenidade, ou for contrária às necessidades de proteção à juventude.”

Será este o critério a adotar, segundo pretendo, na futura Lei de Contravenções, de cujo projeto estou incumbido pelo Governo Federal.

A permissão dos meios contraceptivos passou, nos dias que correm, a ser defendida como um dos recursos mais aconselháveis ou aceitáveis para conjurar as trágicas previsões malthusianas. Cumpre reconhecer, aliás, que se o Estado se dispusesse, por um sistema de proibições, a tornar impraticável o uso de tais recursos, poderia isso redundar em graves contragolpes, entre os quais o abuso de práticas artificiosas na indevassável intimidade das alcovas, como o *coitus interruptus* ou o onanismo conjugal, quando não os sórdidos amores contra a natureza. Ainda mais: o uso de meios preventivos da gravidez será também uma medida preventiva contra a prática do aborto, cuja frequência torna-se cada vez mais alarmante e cuja incriminação, esta sim, é perfeitamente legítima, pois o aborto não infringe apenas o princípio da intangibilidade da vida humana, mesmo quando ainda embrionária, senão também o da incolumidade da mulher, estando comprovado que a interrupção da gravidez, ainda quando executada *lege artis*, pode redundar em sério dano à saúde física e psíquica da gestante. Cabe aqui o antigo brocardo de que *melius est occurrere in tempore quam post exitum vindicare*. É preciso não esquecer que, segundo famoso conceito de um ginecólogo brasileiro, o número anual de abortos só no Rio de Janeiro é igual ao de cruzeiros que, de meio em meio metro, se colocassem entre a Cidade Maravilhosa e Petrópolis... E indaga-se, então: será preferível a continuidade dessas *hecatombes* por toda a face da Terra à generalização do uso dos meios anticoncepcionais? Ninguém teria coragem de responder afirmativamente.

Além das prementes razões de ordem econômica e terapêutica, tem-se procurado defender o emprego de meios anticoncepcionais, igualmente, por motivos de ordem eugênica,

para resguardar a pureza do genótipo racial. Não creio, entretanto, que devamos ir até aí. Um ilustre biólogo espanhol, VALLEJO NÁGERA, já definiu a eugenia como *hija de malos padres, que si no fuera porque halaga las bajas pasiones, no hubiera conseguido atraer la atención del vulgo y hasta de biólogos que no repudian celestinescos papeles*. É fato averiguado que indivíduos profundamente tarados podem gerar filhos da mais alta inteligência e até mesmo de genialidade. A teoria menos incerta em matéria de hereditariedade é o *mendelismo*, completado pela teoria cromossômica da MORGAN, a afirmar o caráter *recessivo* da herança patológica, isto é, o fato de que o *morbus* ou o *pathos*, latente e imperscrutável no plasma germinal, é quase sempre carregado pelos tipos mistos ou heterozigotos e vai surgir, inopinadamente, depois de várias intercaladas gerações indenes; e, assim, é irrecusável o raciocínio de que não se pode sacrificar toda uma série de gerações pela simples suspeita de que possa advir, eventualmente, no seio delas, uma percentagem de tarados. A justificação do uso de meios anticoncepcionais dispensa o apelo a teorias ainda imaturas, como a eugenia. Basta a necessidade de debelar o mal da superpopulação, tal como no-lo apresenta a fórmula de MALTHUS, para que se repudiem anacrônicos escrúpulos ou preconceitos e se encete, pelas cinco partes do Mundo, uma política que trate de aplicar à procriação humana medidas disciplinadoras, capazes de evitar que, dentro de alguns anos, 4 ou 5 bilhões de homens tenham de perecer por falta de alimentos. Os recursos anticoncepcionais devem ser preconizados como meios de salvação pública. Desde que não representem perigo à saúde de qualquer dos cônjuges (não devendo circular sem o *placet* da Saúde Pública), correspondem eles, irrepreensivelmente, à moral jurídico-social, que outra coisa não é senão tudo quanto se apresente como socialmente útil. Não há indagar se o seu emprego está em desajuste com a rígida moral religiosa. A lei social é feita para a dimensão terrena, e não para a *Civitas Dei*. Fosto que não constituam coisa ilícita em si mesmos, e seja

guardada a discrição do seu uso, os meios anticoncepcionais não podem incidir sob a censura da lei dos homens.

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS ADICIONAIS

HELENO CLAUDIO FRAGOSO

ABREVIATURAS USADAS NESTA PARTE DA OBRA

ANIBAL BRUNO	ANIBAL BRUNO, <i>Direito Penal</i> , tomo 4. ^o , Parte Especial, Rio de Janeiro, Forense, 1966.
ANTOLISEI, <i>Manuale</i>	F. ANTOLISEI, <i>Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale</i> , Milão, Giuffrè, 1956.
BINDING, <i>Lehrbuch</i>	KARL BINDING, <i>Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil</i> , Leipzig, Felix Meiner, 1902/1905.
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , São Paulo, Bushatsky, 1979 (3. ^a edição).
FRAGOSO, <i>Lições PG</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal, Parte Geral</i> , São Paulo, Bushatsky, 1978 (3. ^a edição).
FRAGOSO, <i>Lições PE I</i>	HELENO C. FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , São Paulo, Bushatsky, vol. I, 1978 (5. ^a edição).
FRANCHESCHINI, <i>Jur. Crim.</i>	J. L. V. DE AZEVEDO FRANCHESCHINI, <i>Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo</i> , São Paulo, Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1976 (4 vols.).

FRANK, <i>Kommentar</i>	REINHARD FRANK, <i>Das Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich</i> , Tübingen, Mohr, 1931.
FREDERICO MARQUES, <i>Tratado</i>	J. FREDERICO MARQUES, <i>Tratado de Direito Penal</i> , São Paulo, Saraiva, vol. 4. ^o , 1961.
MAGALHÃES NORONHA	MAGALHÃES NORONHA (E.), <i>Direito Penal</i> , vols. 2 a 4, São Paulo, Saraiva, 1977.
MAGGIORE	G. MAGGIORE, <i>Diritto Penale, Parte Speciale</i> , Bolonha, Zanichelli, 1953.
MANZINI	V. MANZINI, <i>Trattato di Diritto Penale Italiano</i> , Turim, UTET, 1951, vols. IV a IX.
MAURACH, <i>Lehrbuch</i>	R. MAURACH, <i>Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil</i> , Karlsruhe, Müller, 1969 (5. ^a edição).
QUINTANO RIPOLLÉS	A. QUINTANO RIPOLLÉS, <i>Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal</i> , Madri, Editorial Revista de Direito Privado, 1962/67, vols. I a IV.
RBCDP	Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.
RDP	Revista de Direito Penal.
RF	Revista Forense.
Riv. it.	Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale.

ABREVIATURAS

505

RT	Revista dos Tribunais.
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência.
SCHÖNKE - SCHRÖDER, <i>Kommentar</i>	A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, <i>Strafgesetzbuch Kommentar</i> , 19. ^a ed., atualizada por LENCKNER, CRAMER, ESER e STREE, Munique, Beck, 1978.
SOLER	S. SOLER, <i>Derecho Penal Argentino</i> , Buenos Aires, TEA, 1973, vol. 3 a 5.
WELZEL	H. WELZEL, <i>Das Deutsche Strafrecht</i> , Berlim, Gruyter, 1969.
ZStW	Zeitschrift f. die gesamte Strafrechtswissenschaft.

PARTE ESPECIAL

INTRODUÇÃO

BIBLIOGRAFIA: CÁRDENAS (R.F.), *Teoría General de la Parte Especial del Derecho Penal, Criminalia*, junho, 1968; FONTAN BALESTRA (C.), *Introducción a la parte especial del derecho penal*, no vol. *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, Giuffrè, 1952; FRAGOSO (H.C.), *Introdução ao estudo da Parte Especial do Código Penal*, MP, órgão oficial do Ministério Público do Paraná, n.º 1 (1972); GUTHERZ, *Studien zur Gesetztechnik, Strafrechtliche Abhandlungen*, vol. 13; MAIHOFFER (W.), *Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts*, no vol. *Programn für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt e Hamburgo, Fischer, 1968; MAURACH (R.), *Die Systematik des Besonderen Teiles eines neuen Strafgesetzbuchs*, no vol. *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I (*Gutachten der Strafrechtslehrer*), Bonn, 1954; Id., *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abweichungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, *Ibidem*; OEHLER (D.), *Wurzel, Wandel und Wert der Strafrechtlichen Legalordnung*, Berlim, Gruyter, 1950; PHILLIPSBORN, *Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen*, Berlim, 1906; PISAPIA (G.D.), *Introduzione alla Parte Speciale del Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1948; SCHNEIDWIN (K.), *Die Systematik des Besonderen Teiles eines neuen Strafgesetzbuchs*, no volume *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I (*Gutachten der Strafrechtslehrer*), Bonn, 1954; V. WEBER (Hellmuth), *Der Dekalog als Grundlage der Verbrechenssystematik*, no vol. *Festschrift für Wilhelm Sauer*, Berlim, Gruyter, 1949; WOLF (E.), *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, no vol. *Festschrift für R. Frank*, Tübingen, Mohr, 1930; WÜRTEMBERGER (Th.), *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzbuch seit 1532, Strafrechtliche Abhandlungen*, vol. 326 (1933).

1. A Parte Especial do código vigente inicia-se com os crimes contra a pessoa e termina com os crimes contra a administração pública, dando, assim, relevo aos valores da per-

sonalidade humana. O mesmo critério foi seguido pelo CP de 1969, que basicamente manteve o sistema de classificação adotado pelo CP de 1940, com pequenas alterações. Destacam-se a infeliz introdução de um capítulo sobre genocídio no título relativo aos crimes contra a pessoa; a introdução da usura (atualmente prevista na L. 1.521, de economia popular), em capítulo destacado, no título referente aos crimes contra o patrimônio; a previsão de novo capítulo denominado "crimes contra a moral familiar", entre os crimes contra a família, punindo o incesto. Entre os crimes contra os costumes, o capítulo "crimes contra a liberdade sexual" passou a chamar-se "crimes contra a disponibilidade sexual", e, nos crimes contra a família, o capítulo "crimes contra o pátrio poder, a tutela e a curatela" passou a chamar-se "crimes contra a guarda de incapazes". O título IV passou a denominar-se "Dos crimes contra a *liberdade* ou organização do trabalho".

2. Os países socialistas, seguindo o exemplo do CP soviético de 1961, dispõem os crimes na Parte Especial a partir dos que atingem o Estado. No CP soviético, os crimes contra a vida, a saúde, a liberdade e a dignidade da pessoa aparecem no capítulo terceiro, depois dos crimes contra o Estado e a propriedade socialista. Ao final, estão previstos os crimes militares. A Parte Especial do CP da República Democrática Alemã, de 1968, inicia-se pelos crimes contra a soberania da república, a paz, a humanidade e os direitos humanos (cap. 1), seguindo-se os crimes contra o Estado (cap. 2) e os crimes contra a personalidade (cap. 3). Termina também pela inclusão dos crimes militares. O CP búlgaro, de 1968, começa a sua Parte Especial com os crimes contra a república (cap. 1), aos quais sucedem os crimes contra a pessoa (cap. 2). No cap. 3 estão os crimes contra os direitos civis. Ao final estão os crimes militares e os crimes contra a paz e a humanidade (que incluem o genocídio). O CP húngaro, de 1961, igualmente inicia a Parte Especial pelos crimes contra o Estado, aos quais se segue um capítulo especial prevendo crimes con-

tra a paz e a humanidade. Os crimes contra a pessoa aparecem após os crimes contra a administração da justiça; a segurança pública e a ordem pública e a economia do povo. Este código também prevê, ao final, os crimes militares. O CP iugoslavo, de 1951, alterado em 1959, segue aproximadamente o mesmo sistema.

O novo CP austríaco, de 1975, começa a sua Parte Especial pelos crimes contra a vida e a integridade corporal, seguindo critério semelhante ao de nosso código vigente. Termina, porém, com os crimes que perturbam as relações com países estrangeiros e com o genocídio.

Na América Latina, temos um novo CP em Costa Rica, em vigor desde 1970, cuja Parte Especial começa pelos crimes contra a vida (aí incluídos, além do homicídio e do aborto, as lesões corporais, o duelo, a rixa e o abandono de pessoas) e a honra, para terminar com um capítulo especial relativo aos delitos contra os direitos humanos. Temos também um novo CP em El Salvador, vigorando desde 1974, cuja Parte Especial está dividida em cinco partes: delitos contra os bens jurídicos das pessoas, da família, da sociedade, do Estado e de transcendência internacional. O novo CP da Bolívia, em vigor desde 1973, tem em sua Parte Especial doze títulos, iniciando-se pelos crimes contra a segurança do Estado e terminando pelos crimes contra a propriedade.

Parece ser uma característica comum aos códigos recentes uma expressa previsão, em título ou capítulo autônomo, dos crimes contra a paz e a humanidade. Nesse sentido estava também constituído o projeto alemão de 1962, cujo último capítulo se referia aos crimes contra a comunidade de nações, sendo nessa categoria incluído o genocídio.

3. Organizada de acordo com o critério da objetividade jurídica dos crimes, a Parte Especial é necessariamente fragmentária, o seu estudo sistemático oferece dificuldades. Nem sempre os tratados e compêndios seguem a ordem com a qual os crimes se apresentam na lei. Na Itália, por exemplo, ANTONLISEI abandona a ordem do código e estuda os crimes em

três grandes grupos: *crimes contra o indivíduo* (contra a pessoa e o patrimônio); *crimes contra a sociedade* (contra a família, moralidade pública e os bons costumes, a incolumidade pública, fé pública, ordem econômica, o sentimento religioso e a piedade aos mortos e ordem pública) e *crimes contra o Estado* (crimes contra a administração pública, administração da justiça e personalidade do Estado).¹ Na Alemanha também BINDING abandonou, em sua obra clássica sobre a Parte Especial,² a ordem do código, começando pelos crimes contra a pessoa. Este critério é seguido em geral pelos tratadistas.³

A nosso ver, os crimes previstos na Parte Especial podem realmente ser classificados em três grandes grupos:

Crimes contra bens e interesses da personalidade:

Crimes contra a pessoa, em seus múltiplos aspectos; crimes contra o patrimônio e a propriedade imaterial.

Crimes contra bens ou interesses do corpo social:

Crimes contra a organização do trabalho; contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos; contra os costumes; contra a família; contra a incolumidade pública; contra a paz pública e a fé pública.

Crimes contra o Estado:

Crimes contra a administração pública.

Nessa última categoria deveriam também entrar os crimes contra a segurança do Estado, previstos em lei especial.

¹ ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1956. Em seu *Programma*, CARRARA expôs a matéria em dois grandes grupos: *crimes naturais* e *crimes sociais*. Como se sabe, CARRARA não tratou dos crimes políticos.

² BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Leipzig, Felix Meiner, 1902/1905, 3 vols.

³ A última obra a seguir a ordem do código é a de NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, 1950.

4. Para facilitar o estudo da Parte Especial, sem a constante remissão de uns artigos a outros, a doutrina vem trabalhando numa Parte Geral da Parte Especial, na qual se examinam alguns conceitos gerais retirados da estrutura dos tipos, tais como o sujeito ativo e o sujeito passivo, meios e modos de execução, elementos subjetivos e outras características da conduta típica.⁴ Trata-se de critério prático valioso, mas com limitações evidentes. Nas diversas figuras de delito o aspecto substancial dominante é o da ofensa a um bem ou interesse jurídico, que prevalece sobre as características formais e exteriores dos tipos. O estudo da Parte Especial deve ter por objeto o conhecimento das diversas infrações penais em seu conteúdo, alcance e significado, passando ao primeiro plano o que se refere à objetividade jurídica.

PARTE ESPECIAL

DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

BIBLIOGRAFIA: ALIMENA (B.), *Dei delitti contro la persona*, *Enciclopédia del diritto penale* de Pessina, vol. IX, Milão, 1909; ALTAVILLA (E.), *Delitti contro la persona. Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe. Trattato di diritto penale*, Milão, Vallardi, 1934; ESER (Albin), *Strafrecht III. Schwerepunkte. Delikten gegen die Person und Gemeinschaftswerte*, Munique, Beck, 1978.

CRIMES CONTRA A VIDA

BIBLIOGRAFIA: GUTIERREZ ANZOLA (J.E.), *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, Bogotá, Temis, 1956; PORTE PETIT CANDAUAP (C.), *Dogmatica sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1966; VANNINI (O.), *Delitti contro la vida y la incolumità individuale*, Milão, Giuffrè, 1958.

⁴ FRAGOSO, *Lições*, PE n.º 5. Veja-se particularmente o cap. 2 ("Questões gerais relativas à Parte Especial"). Cf. igualmente, CRISPIGNI (F.), *Diritto Penale Italiano*, Milão, Giuffrè, 1950, vol. II.

Art. 121

HOMICÍDIO

BIBLIOGRAFIA: BERNAL PINZÓN (J.), *El homicidio*, Bogotá, Temis, 1978 (2.^a ed.); BLINN (Keith W.), *First degree murder. A workable definition*, *Journal of Criminal Law, Crim. Pol. Sc.*, v. 40, n.º 6 (1950); BUSCH (W.), *Ueber die vorsätzliche Tötung*, no volume *Festschrift für Th. Rittler*, 1957; BUSTOS (J.) — FLIFISCH (C.) — POLITOFF (S.), *Omisión de Socorro y homicidio por omisión*, *Revista de Ciencias Penales*, set.-dez. 1966; CANGER RODRIGUES (A.), *Morte súbita e morte suspeita em Medicina Legal, Ciência Penal*, n.º 1 (1973); CARRARA (F.), *Omicidio per furore transitorio*, *Opuscoli di Diritto Criminale*, v. III, Prato, 1878; Id., *Omicidio colposo*, *Ibidem*, v. III; Id., *Veneficio*, *Ibidem*, v. III; *Omicidio. Complicità*, *Ibidem*, v. III; Id., *Omicidio mancato*, *Ibidem*, v. III; COBO (Manuel), *La supresion del articulo 428 delCodigo Penal de 1944 por el texto revisado em 1963*, no volume *Estudios Penales, Homenaje al R.P. Julian Pereda*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965; CONTRERAS PULIDO (O.), *Estudios sobre el homicidio*, Caracas, Tip. Vargas, 1963; CORMIER (B.), *Psychodynamics of homicide committed in a marital relationship*, no volume *XII Curso Internacional de Criminologia*, Jerusalém, 1963; COSTA E SILVA (A.J.), *Do homicidio*, *Justitia*, v. 42; CRESPO SOLIS (O.), *Psicologia de las victimas del homicidio pasional*, *Criminalia*, agosto de 1966; CRUCHO ALMEIDA (M.R.), *Alguns dados estatísticos sobre o homicidio em Portugal*, no volume *Pena de Morte*, Coimbra, 1967; FERRACUTI (F.), *Recent trends in research on violent behavior*, *Annales Internationales de Criminologie*, 1965, n.º 2; Id., *La personalità dell'omicida*, *Quaderni de Criminologia Clinica*, 1961, n.º 3; FERRACUTI (F.) — WOLFGANG (M.E.), *O comportamento agressivo violento como fenómeno sociopsicológico*, in FERRACUTI (F.) (ed.), *Temas de Criminologia*, São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1975; Id., *Design for a proposed study of violence*, *British Journal of Criminology*, 1963, n.º 2; FINZI (M.), *La intenzione di uccidere*, Milão, Giuffrè, 1954; Id., *L'intenzione di uccidere considerata in relazione al mezzo lesivo adoperato*, no volume *Studi giuridici in onore di V. Manzini*, Pádua, Cedam, 1954; GRAVEN (J.), *Meurtre, assassinat ou meurtre par passion? L'affaire Raymond*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Festgabe Ernst Hafter*, 1946; Id., *La répression de l'homicide en droit Suisse*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1939, n.º 2; HALL (K.A.), *Ueber die Teilnahme an Mord und Totschlag*, no volume *Festschrift für Eb. Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961; HARLAN (Howard), *Five hundred homicides*, *Journal of Criminal Law, Crim. Pol. Sc.*, v. 40, n.º 6 (1950); HEINITZ (E.), *L'omi-*

cidio doloso nel diritto tedesco, no volume *Studi in memoria di F. Grispigni*, Milão, Giuffrè, 1956; HELDMANN (H.), *Der Homicide Act*, 1957, ZStW, vol. 71, fasc. 2; HENTIG (H.v.), *Estudios de Psicología Criminal*, v. II, *El Asesinato*, trad., Madrid, Espasa-Calpe, 1960; HOLTZENDORFF (F.), *Psychologie des Mordes*, Berlin, 1875; JIMENEZ DE ASÚA (L.), *Homicidio en estado de psicosis de situación*, *El Criminalista*, 2.ª série, tomo V, Buenos Aires, Zavalia, 1961; Id., *Un homicidio provocado en situación de emoción violenta y alucinante*, *Ibidem*; LEVENE HJO (R.), *El delito de homicidio*, Buenos Aires, Depalma, 1977; LONDOÑO JIMENEZ (H.), *El homicidio ante el jurado*, Bogotá, Temis, 1976; LÓPEZ BOLADO (Jorge D.), *Los homicidios calificados*, Buenos Aires, Plus ultra, 1975; LULIES (S.), *Das Problem der Tötungshemmung beim Mörder*, Berlin-Munich, Duncker & Humblot, 1971; LUNDE (Donald T.), *Murder and Madness*, San Francisco, San Francisco Book, 1976; MARC (Gilbert), *L'homicide en droit pénal anglais depuis la loi de 1957*, Paris, 1966; MARINI (C.), *Il fatto ingiusto nella provocazione*, *Riv. it.*, 1961, p. 806; MARQUES PORTO (H.A.), *Homicidio privilegiado, Emoção violenta*, *Justitia*, v. 41; NOGUEIRA ITAGIBA (I.), *Do homicídio*, Rio de Janeiro, Forense, 1945; NUÑEZ (Ricardo), *El homicidio en estado emocional*, in *Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958; PODOLSKY (E.), *Mind of the murderer*, *Journal of Crim. Law, Crim. Pol. Sc.*, v. 45, n.º 1 (1954); POKORNY (Alex D.), *Human violence*, *Journal of Criminal Law, Crim. Pol. Sc.*, v. 56, n.º 4; ROESEN, *Der Mord, seine Täter, Motive und Opfer nebst eine Bibliographie zum Problem des Mordes*, ZStW, v. 56; SÁ PEIXOTO (A.S.), *Acusação de homicídio-suicídio*, Goiânia, Araújo, 1976; SAVERIO (S.), *L'omicidio*, Pádua, Cedam, 1965; SAX, *Der Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten und bei der Abtreibung*, ZStW, v. 64; SCHAFFSTEIN (F.), *Zur Auslegung des Begriffs der "heimtückischen" Tötung als Mordmerkmal*, no volume *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Mayer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966; SCHRÖDER (H.), *Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte*, no volume *Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn, 1954; SICILIANO (S.), *L'omicidio*, Pádua, Cedam, 1965; VANNINI (O.), *Quid juris*, v. VI, *Omicidio colposo*, Milão, Giuffrè, 1951; Id., *Il delitto di strage*, no volume *Raccolta di alcuni scritti minori*, Milão, Giuffrè, 1952; WOLFGANG (M.E.), *Patterns in criminal homicide*, Filadélfia, 1958; WOLFGANG (M.) — FERRACUTI (F.), *Un analisis interpretativo del homicidio*, *Criminalia*, outubro de 1967; Id., *Sub-cultura de la violencia. Analisis interpretativo del homicidio*, *Criminalia*, novembro de 1965; ZIFF (Heinz), *Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte unter besonderer*

berücksichtigung des neuen oestereichischen Strafrechts, no vol. *Festschrift f. Thomas Würtenberger*, Berlim, Duncker & Humblot, 1977.

Introdução

1. Este volume dos *Comentários* foi o primeiro escrito por NÉLSON HUNGRIA e o único que, segundo os planos originais do editor, lhe estava destinado. Sem imaginar que, posteriormente, escreveria o primeiro volume da série, HUNGRIA propôs-se a refazer o caminho dos praxistas e encetou, a propósito do crime de homicídio, o exame de todas as questões fundamentais da Parte Geral, apresentando na matéria o mais completo tratado que existe em nossa bibliografia jurídica. As questões relativas à Parte Geral foram pelo mestre retomadas, em profundidade, no importante primeiro volume, e não é o caso de sobre as mesmas nos determos. Assim sendo, as notas que se seguem limitam-se ao exame de questões específicas do crime de homicídio.

A vida e a morte

2. Os transplantes cardíacos, por um lado, e, por outro, o notável desenvolvimento das técnicas de reanimação, convocaram a atenção dos juristas, nos últimos anos, para o reexame de uma série de difíceis questões, entre as quais se destaca a que se refere à própria conceituação da vida e da morte.¹ A primeira intervenção cirúrgica para transplante

¹ O transplante de órgãos deu lugar ao aparecimento de vasta bibliografia: JIMENEZ DE ASÚA (L.), *Consideraciones jurídicas sobre los trasplantes cardíacos*, *Rev. Derecho Penal y Criminología*, n.º 2 (abr.-jun. 1968); *Il trapianto degli organi umani e il diritto*, Millão, Gluffrè, 1968 (atas do simpósio realizado pelo *Istituto per la documentazione e gli studi legislativi*, em março de 1968); RIBACOBA Y RIBACOBA (M.), *Los trasplantes de órganos humanos ante el derecho*, *Boletín del Instituto de Derecho Penal Comparado* (Buenos Aires), n.º 3, 1971; Id., *Los trasplantes de órganos humanos ante el derecho Penal*, *Rev. de Ciencias Penales* (Chile), set.-dez. 1968; KAISER (G.), *Influence of advances in biology and medicine on penal law*, *Law and*

de coração realizou-se na cidade do Cabo, em 3 de dezembro de 1967, e a este feito notável seguiram-se várias outras cirurgias da mesma natureza em diversas partes do mundo, acompanhadas sempre de publicidade espetacular. O relativo

State, v. 7 (1973); CODAGNONE (M.), *Il trapianto degli organi, il diritto e la nuova legge sui trapianti del rene*, *La Giustizia Penale*, I, col. 105, março de 1968; ANZOATEGUI (M.), *Problemas penales de los trasplantes cardiacos*, *La Ley*, 8/9/69; FREITAS GOMES (L. Roldão), *Inegociabilidade da matéria orgânica. Transplante de órgãos ou partes do corpo*, *Revista de Direito*, Ministério Público da Guanabara, n.º 7 (1969); COSTE-FLORET (P.), *La greffe du coeur devant la morale et devant le droit*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1969, n.º 3; GRAVEN (J.), *Les données nouvelles de la "vie" et de la "mort" et leurs incidences juridiques. A propos de la greffe du coeur*, *Rev. Int. de Crim. et de Police Technique*, 1968 n.º 1; GARRETTON (A.), *Algunas reflexiones acerca de los aspectos médicos del problema del trasplante cardíaco como método terapéutico*, *Rev. Ciencias Penales* (Chile), set.-dez., 1968; ROA (A.), *Los trasplantes y la ética*, *Ibidem*; VARGAS (A.), *Síntesis de diagnóstico de la muerte en medicina legal*, *Ibidem*; ETCHEBERRY (A.), *Los trasplantes de órganos ante los principios jurídicos generales*, *Ibidem*; STRATENWERTH (G.), *Zum juristischen Begriff des Todes*, no volume *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1969; BOCKELMANN (P.), *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968; TOZZINI (Carlos A.), *El problema de la muerte del donante en los trasplantes de corazón*, no volume *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Homenaje al prof. JIMENEZ DE ASÚA, Buenos Aires, Panedille, 1970; Id., *La ley 21.541, de Trasplantes orgánicos en seres humanos*, NPP n.ºs 13/14 (1977); NOVOA MONREAL (E.), *Problemas del trasplante del corazón*, *Ibidem*; JIMENEZ HUERTA (M.), *Los Trasplantes de corazón y la tutela penal del bien jurídico de la vida*, *Ibidem*; LEITE (Gervásio), *A manifestação da vontade nos casos de transplantes*, *Revista Inf. Legislativa*, n.º 29 (1971); SAVATIER (J.), *Définition de la mort*, *Revue des Droits de l'homme*, v. VII, fasc. 2-4 (1974); FAVERO (F.), *O transplante de coração em seus aspectos médico-legais*, no volume *Ética Médica*, Rio de Janeiro, Cremeg, 1974 (também publicado na RT 389, 1968); HEINITZ (E.), *Rechtliche Fragen der Orgatransplantation*, Berlim, 1970; KORTHALS (G.), *Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation*, Hamburgo, 1969; MANTOVANI (Fernando), *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Pádua, Cedam, 1974; COSTA JR. (Paulo José), *O transplante do coração face ao Direito Penal Brasileiro*, RT 389 (1968).

êxito dessas operações dependia de uma rápida extração do órgão do doador, antes que sobreviesse a destruição celular (morte biológica). De outro lado, as novas técnicas de reanimação vieram permitir que se prolongassem artificialmente as grandes funções vitais do organismo, como a circulação e a respiração.

A morte é um processo lento e gradual, havendo incerteza, na determinação médico-biológica, do exato momento em que ocorre.² Parece que o fim da existência não pode ser exatamente determinado pela biologia. Distingue-se a *morte clínica* (paralisação da função cardíaca e da respiratória) da *morte biológica* (destruição celular) e da *morte cerebral* (paralisação das funções cerebrais).³

A morte clínica pode desaparecer com os processos de reanimação. É aqui que se estabelece a dramática luta corporal do médico com a morte, colocando-se difíceis problemas jurídicos com a decisão precipitada de abandonar o esforço para reanimar quem, em termos clínicos, está *morto*. A reanimação permite manter vida vegetativa, mesmo após a superveniência de morte cerebral.

Para a realização de transplantes, tem-se adotado o critério da *morte cerebral*.⁴

Em junho de 1968, um grupo de médicos convocados pelo Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas, vinculado à Organização Mundial de Saúde e à UNESCO, reuniu-se em Genebra, na sede da OMS, emitindo declaração aprovada por unanimidade, sobre o que se deve entender por

² KAISER (G.), *Influence of Advances in biology and medicine on penal law, Law and State*, vol. 7 (1973), 90.

³ STRATENWURTH (G.), *Zum juristischen Begriff des Todes*, no vol. *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1969, 532.

⁴ Entre muitos outros autores, cf. HEINITZ (E.), *Rechtliche Fragen der Organtransplantation*, Berlim, 1970, 18; GRAVEN (J.), *Les données nouvelles de la "vie" et de la "mort" et leurs incidences juridiques. A propos de la greffe du coeur*. *Rev. Int. de Crim. et de Police Technique*, 1968, n.º 1, 11.

morte do doador, em casos de transplantes. Tal declaração assinala: "O doador deve evidenciar estado de ausência completa e irreversível das funções do cérebro. Esse critério deve basear-se em: 1. perda de todo sentido de *ambiente*; 2. debilidade total dos músculos; 3. paralisação espontânea da respiração; 4. colapso da pressão sanguínea no momento em que deixa de ser mantida artificialmente; 5. traçado absolutamente linear do eletroencefalograma."

3. A L. 5.479, de 10/8/68, que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver, requer a "prova incontestável da morte", sem especificar em que deve consistir essa prova. Pune com a pena de detenção, de um a três anos, o fato de realizar-se o transplante, sem que exista a *prova incontestável* a que se refere.

4. Parece-nos que do ponto de vista social a morte deve ser identificada com a cessação da atividade espontânea da função cardíaca e da respiratória, com a paralisação circulatória irreversível. O critério legal mais insistentemente proposto pela medicina, no estágio atual da evolução da ciência, é, no entanto, o da morte cerebral, apesar das controvérsias a que dá lugar.⁵ Se assim for, o jurista não pode deixar de admitir que a vida humana subsiste até que se declare a cessação da atividade cerebral, não excluindo, portanto, que, tal seja o caso, possa haver homicídio culposo ou doloso diante de simples morte clínica. Os critérios para a determinação da morte cerebral são objeto da controvérsia. Exige-se que, em conjunto, haja perda da consciência, ausência de respiração espontânea, midríase bilateral e ausência de reação à luz, além do traçado linear no eletroencefalograma.

Como veremos, ao tratar do aborto, os modernos anticoncepcionais também tornaram problemática a determinação do início da concepção.

⁵ Vejam-se as incisivas observações do prof. GIOVANNI B. RICCI, no volume *Il Trapianto degli organi umani e il diritto*, Milão, Giuffrè, 1968, 17.

Eutanásia

5. Nosso sistema de direito continua infenso à admissão da eutanásia. Os autores indicam, em geral, para o caso, a solução do homicídio privilegiado. A eutanásia praticada por médicos ou familiares, principalmente a chamada eutanásia passiva ou por omissão (ortotanásia), passa em geral despercebida, e não chega aos tribunais.⁶ O debate, no entanto, prossegue, favorecido por acontecimentos sensacionais. Assim, por exemplo, o famoso processo de Liège, relativo às deformidades causadas pela "Talidomida". Essa droga, como se sabe, era tranqüilizante lançado por um laboratório alemão, em 1957, e foi responsável pelo nascimento de inúmeras crianças com graves deformidades, particularmente as pernas torcidas e os braços atrofiados ("focomelia").

O processo de Liège refere-se ao homicídio de uma criança nascida sem braços, em 22 de maio de 1962. A própria mãe, Susanne Vandeput, com a aquiescência do pai e dos outros membros da família, ministrou ao recém-nascido dose letal de um tranqüilizante, causando-lhe a morte. Processados por infanticídio, a autora e os partícipes foram absolvidos pelo júri, em 11 de novembro de 1962.

Como se percebe, a situação não era de eutanásia. Eutanásia é a morte piedosa, para evitar sofrimento, que na hipótese não havia.⁷ Nesse sentido pronuncia-se JIMENEZ DE ASÚA no estudo citado, entendendo, a nosso ver sem qualquer fundamento, que a absolvição se justificava pela inexigibilidade de outra conduta.⁸ Diante de nosso sistema de direito

⁶ BARRÈRE (I.) e LALOU (E.), *Le dossier confidentiel de l'euthanasie*, Paris, Editions Stock, 1962.

⁷ Nesse sentido, cf. JIMENEZ DE ASÚA (L.), *La talidomida y el derecho penal*, no volume *Estudios Penales, Homenaje al R.P. Julian Pereda*, Universidade de Deusto, Bilbao, 1965, 434.

⁸ Sobre o processo de Liège, cf. JACOB (M.), *Le Procès de Liège*, Paris, Les Yeux Ouverts, 1962; RIBACOA Y RIBACOA (M.), *El proceso de Lieja, Criminalia*, feb. 1968; GRAVEN (J.), *Les procès de l'euthanasie*, *Revue Pénale Suisse*, 80/121 (1964).

não há solução técnica para fatos como esses, que estão fadados à absoição pelo júri.

Em 1976, a Corte Suprema do Estado de Nova Jersey, nos Estados Unidos, decidindo o famoso caso *Quinlan*, afirmou que uma mulher, mantida viva artificialmente por longo tempo, sem possibilidades de voltar a ter vida sem o auxílio das máquinas e de recobrar a consciência, tinha o direito de morrer com graça e dignidade (*the right to die with grace and dignity*). Esse pronunciamento judicial, introduzindo no debate a existência de um *direito a morrer*, é significativo, pois no sistema da *common law*, a eutanásia é, pelo menos teoricamente, considerada homicídio.⁹ Embora se pudesse ver, nesse tipo de situação, em tese, eutanásia, parece-nos que o prognóstico seguro de irreversibilidade do estado de coma exclui o homicídio. Trata-se de um prolongamento artificial e inútil da vida, tendo-se já estabelecido, em definitivo, um estado de morte. Como diz o professor LOUIS COTTE, "*le coma dépassé ne suscite plus maintenant de discussions: quand le diagnostic est médicalement affirmé (les critères de ce diagnostic sont maintenant bien établis), c'est-à-dire quand l'irréversibilité est certaine, il est non seulement licite mais nécessaire d'interrompre la réanimation*".¹⁰

6. As legislações que prevêm a eutanásia como forma de homicídio privilegiado, na linha do modelo alemão (§ 216) e austríaco (§ 77), exigem a solicitação expressa e insistente da vítima. O CP italiano (art. 579), altamente repressivo, refere-se ao homicídio do consenciente, que pune com a pena

⁹ M. CHERIF BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Springfield, Charles C. Thomas, 1978, 265. A solução dos casos de eutanásia levados a julgamento nos Estados Unidos é, em geral, benevolente.

¹⁰ Cf. COTTE (L.), *Le droit à la mort*, *Revue de Droits de L'Homme*, 1974, VII, 2-4, 459. Na mesma revista, com o mesmo título, veja-se também o trabalho de LEON DEPAULE (p. 464). Sobre o direito a morrer, cf., igualmente, MOELLERING (J.), *Schutz des Lebens. Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, Stuttgart, Enke, 1977.

de seis a quinze anos de reclusão. Entre os novos códigos da América Latina, há previsão expressa do homicídio por piedade, no CP de Costa Rica, art. 116 (exigindo o pedido sério e insistente); no CP de El Salvador, art. 156 ("*ruegos reiterados y expresos*") e no CP boliviano, art. 257 ("*apremiantes instancias del interesado*"). Neste último permite-se, inclusive, o perdão judicial.¹¹

Sujeito passivo

7. Mestre HUNGRIA esclarece que sujeito passivo do crime de homicídio pode ser o feto a termo ou viável *durante o parto*. Quanto a isto, não há dúvida. Há aqui, no entanto, matéria de controvérsia, na fixação exata do momento a partir do qual há homicídio, e não aborto. Os autores alemães, em geral, entendem que esse momento se identifica com o *início do parto*, que é referido às dores que conduzem ao desprendimento do feto.¹² Em data recente procura-se dar maior precisão à matéria, tendo em vista a evolução da medicina e a grande relevância jurídica que apresenta. Há dores que precedem o início do parto e que são *sinais* dele. O parto propriamente inicia-se com as dores da dilatação, às quais normalmente se segue o rompimento do saco aniótico, que

¹¹ Sobre eutanásia, além dos trabalhos citados por NÉLSON HUNGRIA e de seu próprio estudo sobre ortotanásia (publicado como apêndice ao volume VI), cf. PONZO (M.), *Possibilità di variazioni nella concezione di eutanasia ricavate da un caso immaginato da J. London*, no volume em homenagem a GRISPIGNI (Milão, Giuffrè, 1956); EHRHARDT (H.), *Euthanasie*, no volume *Arzt und Recht* (HANS GÖPPINGER, ed.), Munique. Beck, 1966; JURET (R.), *A propos de l'euthanasie*, *Rev. Int. Droit Pénal*, 1967, 3/4; SANER (H.) e HOLZHEY (H.), eds., *Euthanasie, Zur Frage von Leben-und Sterbenlassen*, Basileia e Stuttgart, Schwabe, 1976; KNEVELS (W.), *Euthanasie, Hilfe beim Sterben, Hilfe zum Sterben*, Hamburgo, Reich, 1975; GOETZLER (R.), *Gedanken zum Problem der Euthanasie "de lege lata" und "de lege ferenda"*, *Revue Pénale Suisse*, 1950, p. 403.

¹² Veja-se SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 211, *Vorbem*, 9 e outros autores ali citados. No mesmo sentido, STRATENWERTH, 20, e SOLER, III, 18.

precede a expulsão do feto.¹³ É indiferente que o início do parto seja natural ou artificialmente provocado. Na operação cesariana, o parto inicia-se com a cirurgia.

Homicídio qualificado

8. Qualifica-se o homicídio quando é praticado por determinados *motivos* particularmente reprováveis (motivo fútil ou torpe) ou através de certos *meios* que envolvam dissimulação, crueldade ou perigo de maior dano; quando praticado por certos *modos*, que dificultem ou tornem a defesa da vítima impossível, ou, ainda, quando o crime é cometido para certos *fins* (facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime).

O CP de 1969 aludia também ao crime praticado por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais. Tais elementos podem incluir-se na fórmula genérica que a lei vigente adota, pois são motivos torpes. O acréscimo feito no novo código inspirou-se no CP alemão (§ 211), que expressamente se refere a tais circunstâncias na configuração da forma mais grave do homicídio. Cupidez é cobiça. Há homicídio por cupidez quando o agente mata por ambição de ganho ou de vantagem patrimonial.

9. Na identificação do *motivo fútil*, tem-se salientado a desproporção entre o antecedente psicológico e a reação homicida (RF 185/351; 187/364; 200/252; RT 277/153; 274/221). É fútil o motivo incapaz de dar ao fato explicação razoável (RF 214/354).

Não se pode reconhecer a existência de motivo fútil na simples falta de razão para o crime (RF 211/319), pois em tal caso desconhecem-se os motivos do fato. Motivo fútil, por outro lado, não é motivo *injusto* (RF 172/468; 219/375), nem há futilidade se o crime é cometido por ciúme (RF 145/438;

¹³ Cf. LUTTGER (H.), *Geburtshilfe und Menschwerdung im strafrechtlicher sichts*, Heintz Festschrift, 1972, 359.

200/300; 214/354). A embriaguez exclui o reconhecimento do motivo fútil, tendo-se em vista os seus efeitos sobre o psiquismo (RF 159/383; 202/337. Contra, sem fundamento, RT 405/134).

Tem-se identificado a qualificativa de que estamos tratando na motivação frívola, ridícula nas suas proporções (RT 400/133), como, por exemplo, o fato de ter a vítima zombado do agente, ao vê-lo cair do cavalo (RF 207/344); o rompimento de namoro (RT 395/119) ou do noivado (RT 238/119); o desentendimento banal e corriqueiro (RT 377/127), como o do réu que matou a companheira que se recusou a acompanhá-lo na visita a parentes (RT 413/108) ou o que surge em partida de futebol (RT 377/125) etc.¹⁴

10. *Meio* é o instrumento de que se serve o agente. *Modo* de execução é forma de conduta.¹⁵

A qualificação relativa a *meio dissimulado* não se confunde com as modalidades "à traição" e "de emboscada".¹⁶ Refere-se a lei, nessa passagem, ao *meio executivo* capaz de iludir a vítima em sua *vigilância*.

A *traição* é caracterizada pela perfídia e pela deslealdade (RF 159/385; 165/334). É o procedimento insidioso, com disfarce da intenção hostil, de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque, e é colhida de surpresa (RF 106/128; 159/385). Há traição quando o agente realiza ataque súbito e sorrateiro, atingindo a vítima descuidada e confiante (RF 172/468; 209/339).

Diversamente do que fez o CP de 1969, o vigente não prevê expressamente a *surpresa* como circunstância qualificativa do homicídio, embora a jurisprudência, nem sempre com acerto, a inclua na fórmula genérica do recurso que di-

¹⁴ Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 288.

¹⁵ FRAGOSO, *Lições PE*, I, n.º 12.

¹⁶ MESTIERI (J.), *Curso de Direito Criminal*, Rio de Janeiro, Editora Alba, 1970, 62.

ficulta ou impede a defesa da vítima (RT 398/123; RF 156/427; 187/354; 194/359; 202/311 etc.). Outras decisões a incluem na traição (RF 106/129; 159/385), com evidente equívoco. A surpresa se aproxima da traição, mas o que a caracteriza é a deslealdade. Há surpresa quando o ataque é feito de modo inesperado, colhendo a vítima desatenta e indefesa (RF 106/128; 154/385). A dissimulação consiste na ocultação do verdadeiro propósito por parte do agente, que, assim, surpreende a vítima, dificultando-lhe a defesa (RT 218/120; 370/157).¹⁷

Como nota NÉLSON HUNGRIA, a superioridade em força (que o CP de 1890 previa como agravante genérica) não constitui recurso que dificulte ou impeça a defesa. Para que se configure a qualificação do homicídio é necessário que a dificuldade ou a impossibilidade resultem do *modo* por que o agente atua, e não das condições em que se apresenta o sujeito passivo (RF 220/354).

Causas de privilégio e homicídio qualificado

11. Não se exclui que possa o homicídio ser praticado em circunstâncias que envolvam privilégio, através de meios e modos que determinem a qualificação. O homicídio privilegiado se caracteriza pela presença de certos elementos *subjetivos* (motivo de relevante valor social ou moral e violenta emoção), que certamente não podem concorrer com as circunstâncias subjetivas de qualificação (motivo fútil ou motivo torpe; assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime). Também não será possível conceber o crime praticado sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, com o emprego de meio insidioso ou à traição, de emboscada ou mediante dissimulação.¹⁸ Todavia, é possível que haja homicídio

¹⁷ FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 287.

¹⁸ SILVEIRA (Euclides Custódio), *Direito Penal*, São Paulo, Max Limonad, 1959, 72.

por motivo de relevante valor social ou moral, com emprego de fogo, veneno, explosivo ou mediante asfixia ou meio cruel. A violenta emoção também é compatível com tais meios de execução.

A disposição na lei pareceria indicar que, no concurso de causas de privilégio e qualificação, prevalecem estas, pois o homicídio privilegiado, estando no § 1.º, só poderia ocorrer havendo homicídio simples.¹⁹ Essa não nos parece, no entanto, a melhor solução. Em realidade, a lei prevê um tipo privilegiado e um tipo qualificado, ambos derivados do tipo básico. Deve prevalecer aquele que se refere a circunstâncias que nosso direito considera preponderantes, segundo o critério estabelecido pelo art. 49, CP.²⁰

No concurso de tipos atenuados e agravados, MEZGER entende que a matéria deve ser examinada em cada caso, para que se veja qual o mais importante fundamento, no sentido da lei, pois este é que deve prevalecer. Em caso de dúvida deve aplicar-se a atenuação.²¹ MAURACH ensina que, quando as consequências jurídicas da qualificação e do privilégio se contrapõem, deve prevalecer a hipótese privilegiada.²²

¹⁹ É o argumento de MAGALHÃES NORONHA, II, n.º 261.

²⁰ No mesmo sentido, cf. ANIBAL BRUNO, IV, 126; OLIVEIRA (Oliveira), *O delito de matar*, São Paulo, Saraiva, 1962, 165; GARCIA (Basileu), *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, n.º 149. Sobre a vacilante jurisprudência na matéria, cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 284.

²¹ MEZGER, *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, Berlin, Gruyter, 1957 (8.ª edição), I, 44.

²² MAURACH invoca aqui um efeito de bloqueio do tipo atenuado ("*Sperrwirkung des milderer Tatbestandes*"). *Lehrbuch*, § 20, IV. Referindo-se também ao efeito impeditivo do tipo privilegiado, WESSELS, *Direito Penal*, Parte Geral, trad., Porto Alegre, Fabris, § 4, II, 2. Veja-se também, sobre a matéria, JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, n.º 700.

Lei de segurança nacional

12. Como crime político está previsto o homicídio na L. 6.620, de 17/12/78, em seu art. 30: "Matar, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, quem exerça autoridade ou estrangeiro que se encontrar no Brasil, a convite do governo brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo."

O que caracteriza o homicídio como crime político é o fim de agir. Em princípio, é político todo homicídio praticado com o fim de atentar contra a segurança do Estado, ou seja, com o propósito político-subversivo. É isso o que se pretende dizer com as expressões "motivo de facciosismo ou inconformismo político-social". Nem todo homicídio praticado com esse especial fim de agir constituirá crime político, pois a lei limita (aliás, defeituosamente) a condição pessoal do sujeito passivo: deve ser (a) — pessoa que exerça autoridade ou (b) — estrangeiro que se encontra no Brasil a convite do governo brasileiro, ou a serviço de seu país, ou em missão de estudo.

Exerce autoridade o civil ou militar que atua, ainda que em pequena parcela, o poder de império e dominação do Estado na administração da coisa pública. O estrangeiro deve estar no Brasil a convite do governo brasileiro ou a serviço de seu país. Pode estar também em missão de estudo, mas é claro que essa *missão* deve ser oficial. Se o homicídio for praticado contra simples estudante estrangeiro, o crime é comum.

Não será crime político, portanto, o "justiçamento" praticado por grupos subversivos contra "traidores", nem o homicídio de cidadão comum por motivos políticos.

Ausente o especial fim de agir, o crime será sempre comum. O STF já decidiu que não age por inconformismo ou facciosismo político aquele que, conquanto envolvido em atividades subversivas, pratica o crime para impedir a prisão.²³

²³ PRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 285.

Homicídio culposo. Circulação de veículos

13. A circulação de veículos é a grande fonte de homicídios e lesões corporais culposas, infrações penais que amplamente dominam as nossas estatísticas judiciárias.²⁴ A matéria tem ocupado largamente os estudiosos e é hoje objeto de vasta bibliografia.²⁵ Por igual, a Criminologia tem procurado trazer sua contribuição.²⁶ Inúmeras reuniões de es-

²⁴ Cf. *Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão*, RDP 7/8 (1972). Relatório de responsabilidade do autor apresentado pelo Conselho Federal da OAB.

²⁵ LEIRIA (A.J. Fabricio), *Delitos de Trânsito*, Porto Alegre, Ed. Síntese, 1976; NOGUEIRA (Paulo Lúcio), *Delitos do Automóvel*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1974; WELZEL (H.), *Culpa e delitos de circulação*, trad., RDP, n.º 3 (1971); FRAGOSO (H.C.), *Crimes do automóvel*, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, n.º 1 (1963); BÜRCHLER (U.), *Kann das Strafrecht an die Verkehrssicherheit einen Beitrag leisten?*, Zurique, Schulthess, 1973; GOMEZ DE LIANO (F.), *La imprudencia punible en el uso de vehículos a motor. Aspectos sustantivo y procesal*, Salamanca, 1973; REYES MONTERREAL (J.L.), *Comentarios a la ley de uso y circulación de vehículos de motor*, Barcelona, 1965; CIGOLINI (F.), *La responsabilità della circolazione stradale secondo la nuova legislazione*, Milão, Giuffrè, 1963; BOCKELMANN (P.), *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1967; *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención* (vários autores), Universidade de Valência, Valência, 1975.

²⁶ MIDDENDORFF, *Traffic Criminology*, XII Curso Internacional de Criminologia, Jerusalém, 1963, vol. II; Id., *El automóvil y la criminalidad profesional*, *Revista de Der. Penal y Criminologia* (Buenos Aires), 1971, n.º 2; MANCA (P.), *L'allarmante fenomeno della criminalità stradale*, *Arch. Pen.*, maio-junho, 1964; KAISER (G.), *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention. Untersuchungen zur Kriminologie der Verkehrsdelikte und zum Verkehrsstrafrecht*, 1970; LEGGERE (G.), *Aspetti antropologici dell'automobilista*, *Quaderni di Criminologia clinica*, abr.-junho 1964; BERISTAIN (A.), *Delincuencia de tráfico y delinquencia juvenil*, no volume *Estudios Penales. Homenaje al R.P. Julian Pereda*, Universidade de Deusto-Bilbao, Bilbao, 1965; WILLET (T.C.), *Criminal on the road: a study of serious motoring offenses and those who commit them*, Londres, Tavistock, 1971; PINATEL (J.), *La Criminologie devant la criminalité routière d'imprudence*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1963, fasc. 3; PARA-

tudo têm sido celebradas.²⁷ O Conselho da Europa realizou uma convenção europeia para a repressão das infrações de trânsito, em 1964. Vários trabalhos têm sido publicados sobre os aspectos técnicos e médico-legais,²⁸ bem como sobre a vasta jurisprudência na matéria.²⁹

14. Estão de acordo os especialistas ao reconhecer que a segurança do trânsito exige mais engenharia que direito penal. Todavia, não será possível dispensar um sistema repressivo eficaz, seja na esfera administrativa, seja na judicial. Tal sistema não existe entre nós. Cogita-se de elaborar lei

²⁷ A Câmara dos Deputados realizou em 1973 um simpósio nacional (*Anais do Simpósio Nacional de Trânsito*, Brasília, 1973); Centro Naz. Prev. e Defesa Social, *I reati della circolazione stradale, Convegno Italo-yugoslavo*, Milão, Giuffrè, 1963; *Journées franco-hispaniques sur les infractions routières*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1977, fasc. 3; *Road Traffic Offenses by Foreigners*, Colóquio de Dubrovnik, *Rev. Int. Droit Pénal*, 1971, 3/4; *Le problème des infractions routières*, VI Congresso Int. Dir. Comparado, Hamburgo, 1962, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1964, fasc. 1 etc. A matéria também foi tratada no V Congresso da ONU, realizado em Genebra, em 1975.

²⁸ BEUX (Armando), *Acidentes de Trânsito na Justiça*, vols. I e II, Porto Alegre, Globo, s/d; vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1973/74; BONVICINI (E.), *L'iter dell'incidente stradale*, Milão, Giuffrè, 1957; VARGAS BAESA (A.), *Aspectos medico-legales en la represión de los accidentes del tránsito*, *Revista de Ciencias Penales* (Santiago), set.-dez. 1967; JOLIER (M.), *Die polizeiliche Untersuchung von Verkehrsunfällen*, Bonn, Schweitzer, 1957; LOPEZ MUÑOZ (M.), *Accidentes de tráfico. Problemática e investigación*, Madri, 1971.

²⁹ BUSSADA (W.), *Acidentes de trânsito interpretados pelos tribunais*, São Paulo, Pró-livro, 1977; VALLER (W.) — MORAIS (P.H.), *Acidentes de trânsito à luz da jurisprudência*, Rio de Janeiro, Kennedy Ed., 1974 (2 vols.); FONTANA CARDOSO (Vicente), *Crimes em acidentes de trânsito*, Rio de Janeiro, Forense, 1974.

DISO (P.), *Profil Criminologici della circolazione stradale*, Roma, Bulzoni, 1975; BUSTOS RAMIREZ (Juan), *Aspectos político-criminales del Derecho Penal del tránsito en Latinoamérica*, *Doctrina Penal*, n.º 0 (1977).

especial sobre as infrações penais cometidas na circulação de veículos. A OAB, por seu Conselho Federal, ofereceu valiosa contribuição, com a elaboração de um anteprojeto, acompanhado de extensa e importante justificação, que constitui documento de consulta obrigatória para os estudiosos da matéria.³⁰

São evidentes as insuficiências da legislação vigente. Nela encontramos apenas as agravantes previstas para os crimes de homicídio culposo (art. 121, § 4.º) e lesão corporal culposa (art. 129, § 7.º), bem como as contravenções de falta de habilitação para conduzir veículo (art. 32 LCP); direção perigosa de veículo na via pública (art. 34), e remoção, inutilização ou omissão de sinais de perigo (art. 36). A suspensão da licença para conduzir veículo está prevista como pena acessória (art. 69, IV e seu parág. único, IV, CP).

O CP de 1969, em regras muito defeituosas, introduziu a incriminação da embriaguez ao volante (art. 289), a violação perigosa de regulamento do trânsito (art. 290) e a fuga de local de acidente (art. 291).³¹

O homicídio culposo e a lesão corporal culposa seguem o processo sumário das contravenções, introduzido em disposição infeliz pela L. 4.611.³²

15. Já deixamos exposta, no lugar oportuno, a teoria geral dos crimes culposos (*Comentários*, vol. I, tomo II, n.º 32 *et seq.*). O crime culposo consiste, em substância, na violação reprovável do dever de cuidado, atenção ou diligência a que estava adstrito o agente, causando assim o resultado que configura o delito.

³⁰ Com base no trabalho da OAB, o Sen. ACCIOLY FILHO apresentou ao Senado projeto, que não teve seguimento. Veja-se o texto na obra de LEIRIA, *Delitos de Trânsito*, cit., 99. O trabalho da OAB já invocado, está publicado na RDP 7/8 (1972).

³¹ Veja-se a crítica a tais disposições no relatório da OAB n.º 6.

³² Sobre os problemas a que conduz a aplicação dessa lei, cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.ºs 435, 473 e 480. A portaria que dá início ao processo não interrompe a prescrição.

Trata-se de *tipos abertos*,³³ nos quais não se apresenta completa a descrição da conduta incriminada. Dela apenas se sabe, no caso, que deve ser realizada com negligência, imprudência ou imperícia, violando o dever objetivo de cuidado que cumpria ao agente observar. A *tipicidade* determina-se pela comparação entre a conduta do agente e aquela que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários.

O dever objetivo de cuidado deflui de normas e regulamentos e é fixado pela jurisprudência dos tribunais. Destacam-se as normas previstas no Cód. Nac. de Trânsito (L. 5.108, 2/9/66), destinadas a regular a circulação de veículos e que constituem o resultado de vasta previsão de riscos e de perigo. Veja-se o art. 13. É claro que na circulação de veículos há sempre riscos e perigo inevitáveis, que devem ser mantidos nos limites da conveniência e da utilidade social, que as regras de trânsito procuram fixar. Fala-se, a propósito, no *risco permitido* que necessariamente acompanha certas atividades socialmente úteis.³⁴ Os riscos inevitáveis, decorrentes do uso regular da máquina ou do exercício de certas atividades, não tornam a ação ilícita, mesmo quando surja o perigo concreto. Isso se demonstra muito bem com certas intervenções cirúrgicas.

16. Examinaremos a seguir algumas questões específicas sobre a culpa nos delitos de circulação de veículos, começando com as que se relacionam diretamente com as agravantes previstas no código.

³³ FRAGOSO, *Lições PG*, n.º 159.

³⁴ Cf. BRICOLA (F.), *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, *Bolletino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Università degli Studi di Pavia, 1960/61, 89; OEHLER (D.), *Die Erlaubte Gefährdung und die Fahrlässigkeit*, *Eb. Schmidt Festschrift*, 232; PREUSS (W.), *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlim e Munique, Dunckler & Humblot, 1974; ROEDER (H.), *Die Einhaltung des sozial adäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlim e Munique, Dunckler & Humblot, 1969.

A inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício somente agrava o homicídio culposo se se trata de um *profissional*. Referindo-se ao motorista, decidiu em sentido contrário o STF (RTJ 56/695), entendendo que tanto os amadores como os profissionais são obrigados à mesma habilitação para dirigir e estão obrigados à observância dos mesmos deveres. A inobservância de regra técnica, o tribunal entendeu que ocorria, no caso, com o excesso de velocidade atribuído ao réu.

A agravação surge através de um *plus* de culpabilidade que não pode estar, evidentemente, no próprio fato constitutivo da culpa. Como observa HANS-JÜRGEN BRUNS, um dos primeiros erros descobertos pela teoria da aplicação da pena foi o da inadmissível dupla valoração de características do tipo, consideradas de novo pelo juiz na identificação de certas agravantes.³⁵ Se o excesso de velocidade por parte do motorista é elementar à culpa, não pode haver aqui uma agravante.

A agravante da inobservância de regra técnica aplica-se somente ao profissional, pois este tem acrescidos deveres. Somente em tal caso se ampliam a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis. Se não se trata de um profissional, o componente da culpabilidade não excede o que regularmente se requer para a configuração do crime culposo em sua hipótese típica básica, de modo que o reconhecimento da agravante significaria uma *dupla valoração* inadmissível. Como ensina nosso excelente ANIBAL BRUNO, “não é a imperícia do agente que se torna agravante na primeira hipótese, mas a inconsideração com que age, *desprezando as regras de seu ofício*, e por esse desinteresse, provocando o fato punível”.³⁶

No CP espanhol (art. 565) também se contempla agravante para o homicídio culposo e as lesões corporais culposas,

³⁵ BRUNS (H.J.), *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, Colônia, Berlin, Bonn e Munique, Carl Heymanns, 1967, 96 e 335.

³⁶ ANIBAL BRUNO, IV, 129.

quando resultarem de “imperícia ou de negligência profissional”. QUINTANO RIPPOLÉS explica que a jurisprudência inicialmente se orientou no sentido de aplicar o citado dispositivo legal a todos os condutores habilitados, reservando, no entanto, posteriormente, dita agravação para os condutores profissionais em sentido estrito. De outra forma, argumenta o grande penalista, o cumprimento da obrigação de conduzir veículos com autorização competente, constituiria absurda agravação de responsabilidade para o motorista habilitado e inadmissível privilégio para o condutor não habilitado, pois a este não se aplicaria a agravante.³⁷

O antigo § 222 do CP alemão (modificado em 1940) também mandava aumentar a pena se o crime fosse praticado com violação de deveres de cargo, ofício ou profissão. A doutrina interpretava esse dispositivo no sentido de limitá-lo às ações que constituíam exercício de uma profissão. FRANK ensinava que “o fundamento da mais severa punibilidade encontra-se na culpa mais grave (*Schweren Verschulden*) que tem o agente pela omissão dos deveres profissionais”.³⁸

17. A pena do homicídio culposo também é agravada se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências de seu ato ou foge para evitar a prisão em flagrante.

A omissão de socorro funciona como agravante se é praticada pelo autor do homicídio culposo. Se o acidente foi causado sem culpa, a omissão de socorro constitui crime autônomo.³⁹

³⁷ QUINTANO RIPPOLÉS, I, 106. Veja-se, também, do mesmo autor, *Derecho Penal de la Culpa*, Barcelona, Bosch, 1958, 546.

³⁸ FRANK, *Kommentar*, § 222, II, 3; WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Beck, Munique, 1914, 315; GERLAND, *Deutsches Strafrechts*, Berlin e Leipzig, Gruyter, 1932, 477. Sobre a jurisprudência, cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 162.

³⁹ FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 372.

A fuga do local do acidente está relacionada, na lei, com a prisão em flagrante. Todavia, não haverá prisão em flagrante se o agente permanecer no local e prestar socorro à vítima (art. 123 CNT). Em tal caso, a autoridade policial que, na via pública ou em estabelecimento hospitalar, primeiro tiver ciência do acidente, anotará a identidade do condutor e o convidará a comparecer à repartição policial competente nas 24 horas imediatamente seguintes. Se o causador do acidente foge do local, não é, pois, para evitar a prisão em flagrante, que não haveria se ele ali permanecesse. Trata-se, para o condutor do veículo, em tais circunstâncias, de escapar às responsabilidades jurídicas decorrentes do acidente. A agravação contida na última parte do § 4.º do art. 121 é, pois, juridicamente inconcebível.

A fuga do local do acidente, como já anotávamos no citado relatório da OAB, não pode ser prevista como simples agravante, nem basta a simples incriminação da omissão de socorro. O que a fuga do local do acidente atinge é o interesse da administração da justiça, devendo constituir crime autônomo. É possível não fugir e não socorrer, e é possível socorrer e fugir.⁴⁰

Não se exclui que a fuga se enquadre no dispositivo segundo o qual a pena é agravada "se o agente não procura diminuir as consequências de seu ato".

18. Constitui regra básica na circulação de veículos a que estabelece preferência para o que vier da direita (art. 13, IV, CNT). Essa regra não se aplica quando se trata de *via preferencial*, pois nesta há sempre prioridade de trânsito (art. 16, § 2.º, CNT). Via preferencial não é a avenida nem a rua mais larga. Ela deve ser necessariamente assinalada, seja com o sinal característico, seja com a placa "Pare" colocada na via secundária. A legislação de trânsito não cogita

⁴⁰ Sobre a fuga do local de acidente, cf. VELOTTI (G.), *Il reato di fuga nel nuovo codice stradale*, no vol. *Scritti Giuridici in onore di A. de Marsico*, Milão, Giuffrè, 1960, II, 617.

de preferências técnicas, mas, objetivamente, da que resulta da sinalização (RT 190/192; 338/285).

O direito à prioridade, conferido ao veículo que trafega por via preferencial, não é absoluto. Os tribunais têm aludido a importantes limitações, notadamente à exigência de velocidade moderada nos cruzamentos e à precedência de fato, reguladas por certas premissas de tempo e espaço. Se o veículo que provém de via secundária penetra no cruzamento com distância razoável do veículo que vem pela preferencial, com tempo bastante para completá-lo, tem precedência de fato. O mesmo ocorre quando, tendo penetrado na via preferencial, o motorista já não disputa a preferência, por estar findando o cruzamento.⁴¹

Em relação à ultrapassagem, e, principalmente, aos cruzamentos, aplica-se o chamado “princípio da confiança”, segundo o qual os usuários da via devem confiar em que os demais respeitarão, por igual, as normas de prudência que regem a circulação de veículos. A aplicação desse princípio permite determinar o comportamento exigível do motorista, para saber se ocorrem, ou não, específicos deveres de atenção ou cuidado.

19. A *derrapagem*, em regra, não exclui a culpa, pois não é imprevisível e pode ser evitada, se o veículo é conduzido com atenção e cuidado. Nesse sentido orienta-se a jurisprudência.⁴² A colisão de automóvel com veículo que trafega à frente constitui situação em que a culpa do motorista que segue atrás é quase sempre indiscutível. Seja porque não trafega ele mantendo distância de segurança entre o veículo que dirige e o que segue imediatamente à sua frente (art. 83, III, CNT), seja porque não dirige com atenção (art. 83, I,

⁴¹ Veja-se, extensamente, sobre a matéria, FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.ºs 165, 167 e 175. Igualmente, NUVOLONE (P.), *Biforcazioni e incroci*, no vol. *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, Cedam, 1969, II, 1.256; BONVICINI (E.), *L'iter dell'incidente stradale*, Milão, Giuffrè, 1957, 174.

⁴² FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 166.

CNT), ou porque desenvolve velocidade excessiva ou imprópria. É este o *círculo de ferro* da culpabilidade nesses casos, em que não se exclui a culpa concorrente do motorista que trafega à frente, o qual tem sempre o dever de fazer sinal regulamentar de braço ou acionar dispositivo luminoso indicador antes de reduzir a velocidade (art. 83, IX, CNT).⁴³

Isenção de pena

20. A L. 6.416 introduziu no art. 121 um § 5.º, que reza: "Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária."

O projeto original dessa nova disposição de lei referia-se a princípio de caráter geral, aplicável a todos os crimes, e inspirava-se no § 60 do CP alemão ("O tribunal declarará a isenção de pena, se as consequências do fato que atingem o agente são de tal forma graves, que tornem a imposição de pena evidentemente descabida. A isenção é inaplicável, se o agente, pelo fato, deve ser condenado a pena privativa da liberdade superior a um ano").⁴⁴

Sempre tímido, o legislador brasileiro preferiu limitar a isenção de pena aos casos do homicídio culposo e da lesão corporal culposa. As consequências que atingem o agente de forma grave podem apresentar-se relativamente à vida e à integridade corporal, mas não se excluem as de caráter patrimonial. Podem referir-se ao próprio agente ou a pessoa a ele ligada por laços de parentesco ou de afeição. As conse-

⁴³ Sobre os delitos da circulação de veículos, cf. FRAGOSO, *Lições* PE, n.º 52.

⁴⁴ "Das Gericht sieht von Straf ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, dass die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre. Dies gilt nicht, wenn der Täter für die Tat eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verwirkt hat."

quências devem ser *graves*, ou seja, devem referir-se claramente a uma situação na qual o agente já esteja suficientemente punido com o que foi provocado por sua ação. Cogita-se das consequências imediatas, ligadas causalmente ao fato que constitui o crime, e não das consequências remotas. Em qualquer caso, deve ser considerada a situação individual do agente, não se aplicando aqui critérios objetivos.

O *quantum* da pena a ser imposta é irrelevante. Trata-se de *perdão judicial*. Declara-se, através dele, extinta a punibilidade com sentença que nem absolve, nem condena. O réu favorecido pelo perdão não se torna reincidente, se for primário, nem deverá ser obrigado a pagar as custas do processo. A matéria é objeto de controvérsia, mas essa solução é a única compatível com os fundamentos do perdão judicial.⁴

Art. 122

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO

BIBLIOGRAFIA: AMELUNXEN (C.), *Der selbstmord. Ethik, Recht, Kriminalistik*, Hamburgo, Verlag Kriminalistik, 1962; ASUNÍ (T.), *Attempted suicide in Nigeria*, no volume XII Curso Internacional de Criminologia, Israel, 1963; BARBERO SANTOS, *El Suicidio, problemática y valoración*, Madri, 1966; BORJOQUES (Olga) et al., *El Suicidio, Criminalia*, junho, 1966; BOLLEA (G.), et al., *Il problema del suicidio nell'età evolutiva*, *Quaderni di Criminologia clinica*, 1964, fasc. 4; CHESNAIS (J.C.), *Suicides en milieu carcéral et en milieu libre*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1976, fasc. 2; COSTA E SILVA (A.J.), *Induzimento, instigação e auxílio ao suicídio*, *Justitia*, v. 43; DESHAIES (Gabriel), *Psychologie du Suicide*, Paris, PUF, 1947; DRAPKIN (I.), *Algunas características del suicidio en Israel*, *Criminalia*, dez. 1966, também publicado na *Revista de Ciencias Penales*, Santiago, set.-dez. 1966; DURLIN (Louis I.), *Suicide. A Sociological and statistical study*, Nova Iorque, Ronald Press, 1963; GIMBERNAT ORDEIG (E.), *Inducción y auxilio al suicidio*, no volume *Estudios de Derecho Penal*, Madri, Civitas, 1976, também publicado em *Revista de Ciencias Penales* (Santiago), jan.-abr. 1972; HENDIN (H.), *El suicidio en Escandinavia*, trad., Barcelona, Ariel, 1965; HES (J.Ph.), *Social change and suicide*, no vo-

⁴⁵ Cf. ROMEIRO (J.A.), *Perdão judicial* no volume *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 153.

lume XII Curso Internacional de Criminologia, Israel, 1963; MUELLER (Richard Albert), *Selbstmord und amerikanisches Duell unter Berücksichtigung des geltenden und künftigen deutschen Strafrechts sowie der einschlägigen ausländischen Gesetze*, Colônia, Orthen, 1940; NUVOLONE (P.), *Linee fondamentali di una problematica giuridica del suicidio*, no vol. *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, Cedam, 1969, II; OECONOMO (J.C.), *Le comportement suicide et le problème de la tentative*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1959, fasc. 4; OLESA-MUÑO (F.F.), *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, Bosch, 1958; PALAZZO (D.), *Il tentato suicidio*, *Giustizia Penale*, jan. 1965, I col. 14; PORTA (V.), et al., *Suicidio e tentato suicidio*, *Quaderni di Criminologia clinica* 1967, fasc. 3; SIMSON (Gerhard), *Die Suizidtat. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, Munique, Beck, 1976; STENGEL (Erwin), *Suicide and attempted suicide*, Londres, Pelican, 1966; TOZZINI (Carlos A.), *El Suicidio*, Buenos Aires, Depalma, 1969; VANNINI (O.), *Quid juris?* IV, *Istigazione o aiuto al suicidio*, Milão, Giuffrè, 1950; VEDRINNE (J.), *Le droit face au suicide*, *Revue Int. Crim. Pol. Tech.*, jul.-set. 1977.

21. Têm desaparecido das leis estrangeiras as antigas disposições que incriminavam o suicídio e a tentativa de suicídio. Na Inglaterra, desde 1882, as penas estavam limitadas à privação de cerimônias religiosas. Com o *Suicide Act*, de 1961, o suicídio não mais constitui crime, sendo punível apenas o auxílio e a incitação a cometê-lo.¹ O antigo CP boliviano, de 1834, que punia a tentativa de suicídio (arts. 519 e 520), foi substituído pelo novo código de 1973, que, com o *nomen iuris* "homicídio-suicídio", pune apenas a instigação e o auxílio (art. 256).

22. No CP de 1969 figurava também a provocação *indirecta* ao suicídio, que se verificava no caso em que o agente, "desumana e reiteradamente, inflige maus-tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso,

¹ *Suicide Act*, 1961, s. 1: "The rule of law whereby it is a crime for a person to commit suicide is hereby abrogated." Constitui crime (s. 2) "to aid, to abet, counsel or procure the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide". Cf. CURZON (L.B.), *Criminal Law*, Londres, Macdonald & Evans, 1973, 90. No mesmo sentido do vigente direito inglês, o CP canadense (§ 224).

à prática do suicídio". O crime, em tal hipótese, era mais brandamente punido (um a três anos de detenção).² Essa provocação indireta, prevista como crime próprio, só se configurava se o homicídio viesse a consumir-se, sendo esse resultado *preterintencional*. O dolo se limitaria na vontade livre e consciente de infligir maus-tratos, sem que o agente quisesse ou assumisse o risco do suicídio. Neste último caso, haveria provocação *direta*, sob forma de induzimento.³

23. Desejamos anotar nossa discrepância com a lição de mestre HUNGRIA, no que tange ao auxílio ao suicídio mediante omissão, admitido quando haja o dever jurídico de impedir o resultado.⁴ *Prestar auxílio* só pode ser comportamento positivo. Não presta auxílio ao suicídio o pai que deixa, propositadamente, que o filho menor, acusado de fato desonroso, ponha termo à vida; ou o carcereiro que nada faz para impedir a morte do preso, em greve de fome, ou, ainda, o enfermeiro que, percebendo o desespero do doente e seu propósito de suicídio, não lhe toma a arma ofensiva de que está munido e com que vem, realmente, a matar-se.⁵ Pressuposto o dolo, o crime, em tais casos, seria o de omissão de socorro (art. 135, CP). Na hipótese, não haveria homicídio. Se, instigando ou induzindo ao suicídio, o garantidor da não-superveniência do resultado comete o crime do art. 122, CP, não poderia cometer homicídio se omite impedimento. A ação de matar não se confunde com a de contribuir para que alguém se mate.⁶ Pela

² Incriminações desse tipo aparecem também no CP iugoslavo, de 1951 (art. 139, 4); e no CP soviético, de 1960 (art. 107).

³ Cf. FRAGOSO, *Lições PE*, I, n.º 74; RF 161/414.

⁴ No mesmo sentido, ANIBAL BRUNO, IV, 137; MAGALHÃES NORONHA, II, n.º 265. Não admitem o auxílio por omissão, FREDERICO MARQUES, *Tratado*, IV, 130; ROBERTO LYRA, *Noções de Direito Criminal*, Rio de Janeiro, — Editorial Nacional de Direito, 1944, I, 73; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal*, São Paulo, Max Limonad, 1959, 95. Na doutrina estrangeira, veja-se, por todos, SOLER, III, 94.

⁵ Os exemplos são de HUNGRIA.

⁶ NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica giuridica del suicidio*, no volume *Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, Cedam, II, 1.010.

mesma razão, não poderia haver homicídio culposo na ação de quem, culposamente, auxilia alguém a se matar.⁷

24. O resultado de morte e o de lesões corporais graves, indispensáveis à existência do crime, são condições de punibilidade, de natureza subjetiva. Não são condições *objetivas* de punibilidade, como em geral se supõe, porque devem, necessariamente, estar cobertas pelo dolo. O que caracteriza as condições objetivas de punibilidade é o fato de que elas não precisam estar cobertas pelo dolo (embora, eventualmente, estejam), e não precisam situar-se no desdobramento causal da ação (embora isso possa ocorrer).⁸ A tentativa é, evidentemente, inadmissível.

Art. 123

INFANTICÍDIO

BIBLIOGRAFIA: FOSCHINI (G.), *Uccisione di neonato deforme e infanticidio a causa di onore*, no volume *Reati e pene*, Milão, Gluffrè, 1960; GEYER (Franz), *Der Kindsmord im deutschen Recht unter Berücksichtigung des französischen, schweizerischen und italienischen Rechts*, Coburgo, Tageblatt-Haus, 1932; JESUS (Damásio E.), *Infanticidio e concurso de agentes em face do novo Código Penal*, tese apresentada ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, São Paulo, 1971; LATAGLIATA (A.R.), *Consideraciones sobre el relieve penal del feticidio no cometido por motivo de honor*, *Nuevo Pensamiento Penal*, I, n.º 2 (1972); LÉAUTÉ (J.), *Recherches sur l'infanticide*, Paris, Dalloz, 1968; MARREY (Adriano), *O crime de infanticidio*, *Justitia*, v. 43; MELLO (Dirceu), *Infanticidio*, RT 455/292; PELOSSI (D.N.), *Problemática en el delito de aborto e infanticidio*, Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1976; PIZZOTTI MENDES (N.), *O crime previsto no art. 123, CP*, *Justitia*, v. 48; RIBEIRO DE FARIA, *Do infanticidio*, Manaus, 1963; RIBEIRO (Leonídio), *O crime de infanticidio e a Legislação Penal do Brasil*, RBCDP n.º 8 (1965); SANT'ANA (Nilson) - SALES (Nilton), *O infanticidio no anteprojeto de código penal, Considerações médico-legais*, *Revista de Direito* (MP da Guanabara), n.º 8 (1969).

⁷ VANNINI, *Delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Milão, Gluffrè, 1958, 84.

⁸ Cf. FRAGOSO, *Lições PG*, n.º 206.

25. Embora continue a ser previsto, com critérios diversos, nas codificações mais recentes, parece-nos que num CP moderno não há mais lugar para o crime de infanticídio. A orientação adotada pelo código vigente é particularmente insustentável, não havendo notícia de que o estado puerperal, por si só, possa produzir na mulher parturiente perturbação de ânimo capaz de levá-la à morte do próprio filho. No largo tempo de vigência do atual código foram raríssimos os casos de infanticídio, e seguramente em nenhum deles surgiu o quadro fisiológico capaz de justificar o privilégio que a lei aqui confere ao homicídio.

LEONÍDIO RIBEIRO, em crítica contundente, afirma que nunca foi possível caracterizar, na prática, “essa suposta e problemática influência do estado puerperal, no psiquismo da parturiente”.¹ No mesmo sentido pronunciaram-se NILSON SANT’ANNA e NILTON SALLES, assinalando que “a observação jamais comprovou a existência real de tais situações anômalas”, que apresentariam, de resto, problemas médico-legais insolúveis.²

Pode-se dizer, assim, sem exagero, que a incriminação do infanticídio, com base no chamado critério fisiológico, está fora da realidade.

Do ponto de vista jurídico surge, ainda, o problema da fundamentação do privilégio que se relaciona com uma impunitividade diminuída, sem atingir, porém, os limites previstos no art. 22, parág. único, CP. Pretende-se que as dores do parto, a perda de sangue e o grande esforço muscular provocados

¹ LEONÍDIO RIBEIRO, *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil*, RBCDP n.º 8, 80 (1965); Id., *Infanticídio*, no volume *Reforma do Código Penal*, Rio de Janeiro, Livraria São José, 1973, 50: “Depois de trinta anos decorridos da aplicação do novo Código Penal, não tive conhecimento da publicação de perícia onde tivesse ficado provado ter a paciente matado o próprio filho em consequência de perturbação mental ligada ao estado puerperal.”

² NILSON SANT’ANNA e NILTON SALLES, *O infanticídio no anteprojeto de Código Penal. Considerações médico-legais*, *Revista de Direito* (MP da Guanabara), n.º 8, 93 (1969).

pelo parto tornem razoavelmente justificado o homicídio. O estado puerperal, no entanto, jamais poderia, por si só, provocar na mulher uma tal agressividade contra o próprio filho, violando o impulso natural da maternidade. Ou existe uma precedente situação de anomalia psíquica que a gravidez e o parto precipitam (e estaríamos então na esfera do art. 22 e seu parágr. único), ou existem fatores de ordem social (gravidez fora do casamento, extrema severidade dos pais, intensa reprovação dos parentes) que provocam grave perturbação de ânimo capaz de conduzir ao crime. Esta última hipótese é a do motivo de honra, que muitas legislações adotam e que, historicamente, explica a manutenção do infanticídio no direito moderno.

Ocorre, no entanto, que a vida moderna trouxe, nos últimos tempos, transformações importantes na moral pública sexual, ampliando a esfera de liberdade da mulher e liberando-a de velhos e intoleráveis preconceitos. Parece claro que caminhamos para reconhecer *desonra* precisamente no fato de a mulher não assumir a responsabilidade de seu comportamento sexual, não hesitando em praticar crime grave para preservar o que já constitui valor moral duvidoso. O motivo de honra, a nosso ver, não poderia justificar o privilégio, como há vários anos observava MAGGIORE.

26. Na configuração do infanticídio o CP de 1969 adotou o motivo de honra, fixando, no entanto, um limite temporal: a ação deve ser praticada durante o parto ou logo após.³ Com essa fórmula, atende-se também à possível influência do estado puerperal, sempre presente durante e logo após o nascimento. O anteprojeto Hungria, revelando a perplexidade do legislador, adotava, alternativamente, os dois critérios (art. 119).

27. Renunciando à escolha de critérios, alguns códigos e projetos mais recentes limitam-se a definir o infanticídio como a morte, pela mãe, do próprio filho durante o parto,

³ No mesmo sentido, CP alemão (§ 127); projeto Soler (art. 113).

ou logo após. Assim, o projeto alternativo alemão (§ 100, 3, 2) e o novo CP austríaco (§ 79). Uma combinação de critérios, na linha da solução adotada pelo CP de 1969, encontramos nos novos códigos da Guatemala (art. 129), da Bolívia (art. 258), de Costa Rica (art. 113, 3) e de El Salvador (art. 155). Este último dispõe: *"La madre que matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de las setenta y dos horas subsecuentes, en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable, será sancionada con prisión de uno a cuatro años."*

28. Permanecem controvertidas em nosso direito as soluções a serem dadas aos casos de cooperação do *extraneus*. HUNGRIA inaugurou entre nós a corrente dos que entendem que o terceiro que coopera no delito comete o crime de homicídio, pois neste caso, afirmava, não se comunica a circunstância elementar. Essa solução é pacífica no direito suíço, que inaugurou e adota, no art. 116, CP, o critério fisiológico, mas desconhece a regra do art. 26 de nosso código.⁴ A circunstância pessoal aqui atenua apenas a culpa e não a ilicitude, devendo prevalecer a regra de que cada um dos que concorrem no fato deve responder segundo a própria culpabilidade.⁵

Muitos autores, em nossa doutrina, no entanto, entendem que a regra do art. 26 CP constitui exigência intransponível, e que, assim, em consequência, o partícipe deve responder, por igual, por infanticídio. Dessa solução, no entanto, alguns se afastam quando o *extraneus* pratica atos de execução.⁶

⁴ A respeito de circunstâncias de caráter pessoal, o art. 26 CP suíço dispõe: *"Les relations, qualités ou circonstances personnelles spéciales dont l'effet est d'augmenter, de diminuer ou d'exclure la peine, n'auront cet effet qu'à l'égard de l'auteur, l'instigateur ou complice qu'elles concernent."*

⁵ STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, Berna, Stämpfli, 1973, I, 40.

⁶ Assim, BASILEU GARCIA, *Apostilas*, 3.º ano, 1957, 117; FREDERICO MARQUES, *Tratado*, IV, 141; EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal*, São Paulo, Max Limonad, 1959, 114; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Rio de Janeiro, Record, 1959, IV, 39.

Sempre entendemos que era correta a lição de HUNGRIA, pois nos parece evidente que um crime privilegiado em virtude de diminuição da imputabilidade não pode ser praticado por quem não apresenta essa especial condição personalíssima. Essa é uma daquelas situações que não se resolvem com a lógica do sistema, ou com o que JESCHECK chama de "automatismo dos conceitos teóricos".⁷

Em consequência, o estranho que participa no infanticídio pratica o crime de homicídio. A solução é a mesma, e com maior soma de razões, se o estranho pratica atos de execução. Se a mulher parturiente, neste último caso, pratica apenas atos de participação cometerá o crime do art. 123 CP, e não homicídio, desde que tenha atuado sob influência do estado puerperal.

29. A manter-se a incriminação do infanticídio, a fórmula do CP de 1969 deve ser adotada. Uma boa solução será a de introduzir no artigo que se refere ao homicídio um novo parágrafo, pois assim se resolve o difícil problema que apresenta o concurso de estranho.⁸

Arts. 124 a 128

ABORTO

BIBLIOGRAFIA: *Abortion Laws. A survey of current world legislation*, Organização Mundial de Saúde, Genebra, 1971; ALENCAR (Ana Valderez A. N. de), *Aborto*, *Rev. Informação Legislativa*, n.º 35; ARRUDA MIRANDA (Darci), *O crime de aborto*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, Forense, 1962; *Avortement: une loi en procès, L'affaire de Bobigny*, Paris, Gallimard, 1973; BATES (Jerome E.), *The abortion mill: an*

⁷ Cf. a respeito ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad., Barcelona, Bosch, 1972, 28.

⁸ Nesse sentido veja-se a tese de DAMÁSIO E. DE JESUS aprovada no IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (1970), indicada na bibliografia. Cf. também o projeto alternativo alemão (§ 100, 3, 2).

institutional study, *J. Crim. Law, Crim. and Pol. Sc.*, vol. 45 (1954); BAUMANN (J.), *El amparo de la vida en formación. Un objetivo necesario y un metodo discutido*, no volume *La reforma penal en los paises en desarrollo*, México, UNAM, 1978; BELTRAMI (G.), VENEZIANI (S.), *Da Erode a Pilato. Il problema dell'aborto e del controle delle nascite in Italia*, Pádua, Marsilio, 1973; BEMMANN (G.), *Zur Frage der Strafbarkeit der Abtreibung*, *ZStW*, vol. 83 (1971); BOGNETTI (G.), *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1974, fasc. 1; CALLAHAN (Daniel), *Abortion: Law, choice and morality*, Nova Iorque, Macmillan, 1972; DASSANO (F.), *Sulla natura circostanziale della "causa honoris" nelle fattispecie di cui all'art 551 CP*, *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1974, fasc. 4; DECOCQ (A.), *Les dérogations au droit commun en matière d'interruption volontaire de la grossesse*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1975, n.º 3; DICKENS (B.), *Abortion and the law*, Londres, MacGibbon & Kee, 1966; DOURLIN ROLLIER (A.M.), *Le problème de l'avortement dans les pays de la Communauté européenne*, *Rev. Int. Criminologie et Police Technique*, 1973, 277; GUTTMACHER (Alan F.) (ed.), *The Case for Legalized Abortion Now*, Berkeley, Diablo Press, 1967; HANACK (E.W.), *Künstliche Eingriffe in die Fruchtbarkeit*, no volume *Arzt und Recht*, Göppinger (H.) (ed.), Munique, Beck, 1966; HERRMANN (J.), *La Suprema Corte degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto*, *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1974, fasc. 2; HOGGETT (A.J.C.), *The abortion act 1967*, *Crim. Law Review*, Maio, 1968; KAISER (G.), *Influence of Advances in biology and medicine on Penal Law*, *Law and State* vol. 7 (1973); Id., *Eugenik und Kriminalwissenschaft heute. Die Frage nach der strafrechtlichen Zulässigkeit der Unfruchtbarmachung und des Schwangerschaftsabbruchs aus eugenischer Indikation*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, 538; KLINGHARDT (H.), *Die Abtreibung*, *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Band, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, Bonn, 1955; KOFFKA (E.), *Zur Reform des Abtreibungsrechts*, *Heinitz Festschrift*, Berlin, Gruyter, 1972; *L'aborto nelle sentenze delle corti costituzionale. USA, Austria, Francia e Repubblica Federale Tedesca*, Milão, Giuffrè, 1976; LADER (Lawrence), *Abortion*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1966; *Legislazione sull' aborto. Prospettive di una riforma. Atti di un convegno*, Nápoles, Jovene, 1975; LOPEZ REY Y ARROYO (M.), *El delito de aborto en España y America Latina*, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n.º 49 (1964); MAMMANA (C.Z.), *O aborto ante o direito, a medicina, a moral e a religião*, São Paulo, 1969; MARCUS (F.), *Das neue dänische Schwangerschaftsgesetz*, *ZStW* 69; MARONGIU (A.), *Aborto (storia)*, *Enciclopedia del Diritto*, Milão, 1958, vol. I, 126; MILANESI (Maria Luiza), *O aborto provocado*, São

Paulo, Livraria Pioneira, 1970; NARDI (E.), *Procurato aborto nel mondo greco-romano*, Milão, Giuffrè, 1971; PALMIERI (R.), *Osservazioni in tema di regolamentazione dell'aborto*, *L'Indice Penale* 1976 n.º 1; PANNAIN (R.), *Aborto*, *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, 1957, I, 81; PELOSSI (Dener N.), *Problematica en el delito de aborto e infanticidio*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1976; PERLINE (E.W.), *Abortion in Canada*, Toronto, New Press, 1972; PINATEL (J.), *Aperçu des aspects criminologiques de l'avortement*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1973 n.º 3; POLAG (B.), *Die Berechtigung des künstlichen Abortus*, Strassburg, Lindolf Benst, 1909; RUDOLPHI (H.J.), *Straftaten gegen das werdende Leben*, *ZStW*, vol. 83 (1971); SCHAFER (S.), et al., *Rethinking the abortion problem*, *Criminologica*, vol. IV n.º 4 (1967), trabalhos apresentados na reunião anual da American Society of Criminology, novembro de 1966; SCHRÖDER (H.), *Die neugestaltung der Abtreibungsdelikte*, *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band. Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn, 1954; SCHULTZ (H.), *La réforme du droit pénal suisse en matière d'interruption de la grossesse*, *Méthode législative et résultats*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1974, fasc. 2; SCHUR (Edwin M.), *Abortion and the Social System*, no volume *The family and the sexual revolution*, SCHUR (Edwin M.) (ed.), Bloomington, Indiana University Press, 1964; SCHWARZ (F.) — COMTESSE (F.), *Gerichtsmedizinische und juristische Betrachtungen zum Abtreibungsversuch*, *Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht* (Ernst Hafer Festgabe), 1946; SECOND (G.), *Vers un nouveau droit de l'avortement en Suisse*, *Rev. Int. Criminologie et Police Technique*, 1973, 388; SIMMS (M.), *Abortion. A note on some recent developments in Britain*, *British Journal of Criminology*, vol. 4 n.º 5; Id., *Abortion law reform*, *Ibidem*, vol. 6 n.º 3; SIMMS (M.) — HINDELL (K.), *Abortion Law reformed*, Londres, Peter Owen, 1971; SOUSA SANTOS (B.), *L'interruption de la grossesse sur l'indication médicale dans le droit pénal portugais*, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLIII, Coimbra (1967); STERN (L.), *Abortion: Reform and the law*, *J. Crim. Law, Crim. and Pol. Sc.*, vol. 59 (1968); TOCCI (A.), *Il procurato aborto*, Milão, Giuffrè 1954; TOCILDO (Suzana Huerta), *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madri, Graf. Perez Galdós, 1977; VANNINI (O.), *Quid juris?* vol. V, *Aborto. Omicidio preterintenzionale*, Milão, Giuffrè, 1950; VOLCHER (Robert) et al., *L'avortement*, Paris, Éditions Universitaires, 1971; WILLIAMS (Glanville), *Legal and illegal abortion*, *British Journal of Criminology*, vol. 4 n.º 6 (1964), ZUCCALÀ (G.), *Aborto*, *Enciclopedia del diritto*, Milão, 1958, I, 128.

O início da vida

30. O surgimento dos modernos anticoncepcionais, hoje

largamente difundidos, reabriu a questão relativa ao instante em que passa a existir vida humana suscetível de tutela jurídica. Os juristas costumam dizer que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a *concepção* (art. 4.º, Cód. Civil), que ocorre no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide. A gravidez evolui, então, com a marcha do ovo através da trompa, a caminho do útero, onde se implantará, num período de tempo variável entre 3 e 7 dias. Com a nidação do ovo no endométrio, evolui a gravidez, com o desenvolvimento do embrião e do feto.

As pílulas, chamadas de anticoncepcionais, no entanto, agem, conforme o caso, de forma diversa: elas podem, efetivamente, através de hormônios esteróides artificiais, inibir a ovulação ou impedir o acesso do espermatozóide ao óvulo, tornando o muco cervical hostil ao gameta masculino. As pílulas que agem dessa forma realmente impedem a concepção. Há, porém, pílulas cujo efeito é acelerar a passagem do ovo pela trompa, de modo a que atinja ele o útero sem condições de implantar-se, e, também, as que transformam o endométrio para criar nele condições adversas à implantação do ovo.¹ As pílulas deste último tipo seriam, pois, *abortivas*, pois agem após a fecundação do óvulo, ou seja, após a concepção. O mesmo se diga dos dispositivos intra-uterinos (DIU), embora não se conheça, exatamente, o mecanismo através do qual atuam (aceleração da chegada do ovo ao útero, provocação de modificações bioquímicas no endométrio, ou outras transformações impeditivas da implantação do ovo). Em qualquer caso o efeito ocorreria após a fecundação.

Procurou-se, no entanto, fixar, no plano biológico e, particularmente, no plano jurídico, o início da gravidez no momento da nidação do óvulo fecundado. Depondo em CPI da Câmara dos Deputados, em 14 de setembro de 1967, o então

¹ ASSIS PACHECO (Mário Victor), *Início da gravidez. Anticoncepção e aborto provocado* (subsídios para o novo CP brasileiro), Rio de Janeiro, 1973. Documento técnico aprovado pelo Conselho Deliberativo da Associação Médica do Estado da Guanabara. (Mimeo.)

ministro Clovis Salgado afirmou: "Para o obstetra, a gravidez só começa depois da implantação do ovo no útero. Portanto, para o obstetra, microaborto não é aborto. Só quando se estabelecem relações materno-fetais é que há gravidez."² Afirma-se que os estímulos hormonais do blastócito no organismo materno ocorrem somente com a nidação e que cerca de 50% dos óvulos fecundados não se implantam no útero, perdendo-se.³ A argumentação, no entanto, não procede. Como recorda ASSIS PACHECO, "o ovo humano, quando se constitui, no terço externo ou na junção dos terços externo e médio da trompa, é formado por uma única célula, a qual em seguida se transforma em duas, quatro, oito, dezesseis, e, no período evolutivo chamado mórula, atinge a cavidade uterina. Nesse itinerário pela trompa, além de se segmentar em várias células, o ovo nutre-se de secreções tubárias. Enquanto o ovo migra pela trompa, o endométrio, anteriormente proliferado pelo estrogênio, torna-se adequadamente secretor, graças ao progesterônio produzido pelas células lutênicas do corpo amarelo gravídico. A fase de migração é, portanto, o período da gravidez que permite o processo fisiológico da segmentação da célula única inicial, sua nutrição, e prazo bastante e necessário para que o leito endometrial se torne suficientemente nutritivo".⁴

Conquanto submetida a consequências aleatórias, existe uma relação metabólica recíproca entre o ovo e a mulher antes da implantação, e, como diz KAISER, a idéia de que a gravidez antes desta ainda não começou parece ter sido formada arbitrariamente, com vistas aos efeitos de ordem social e de política criminal.⁵

Entre nós, os juristas sempre se referiram ao momento da concepção. A lição de NÉLSON HUNGRIA é, a propósito, repre-

² *Diário do Congresso Nacional*, 23/9/70, 118.

³ Vejam-se os autores citados por KAISER (G.), *Influence of Advances in biology and medicine on penal law, Law and State* n.º 7 (1973), 78.

⁴ *Ibidem*.

⁵ KAISER, ob. cit., 79.

sentativa, correspondendo à opinião comum dos autores.⁶ Não faltaram, porém, os que reclamavam, como termo inicial da gravidez, a implantação do ovo.⁷ Esta última corrente terminou por receber, na Alemanha, consagração legislativa, com a reforma introduzida em 18/5/1976, constando hoje expressamente do § 219, d, CP.⁸ Resolve-se, assim, para os juristas, uma contradição incômoda entre os fatos e a lei, que subsiste, no entanto, em sistemas de direito como o nosso.

Panorama legislativo atual

31. A tendência liberalizante em matéria de aborto domina hoje as reformas legislativas mais recentes, realizadas algumas vezes depois de decisões importantes que examinaram a matéria no plano constitucional. Essa tendência é irreversível e terminará por impor-se, mais cedo ou mais tarde, à generalidade das leis penais.

Os sistemas altamente repressivos, como o nosso, dão lugar a um número fantástico de abortos ilegais, que comprometem a autoridade da lei e põem em risco a saúde das mulheres. As leis proibitivas são discriminatórias contra os pobres e não têm qualquer efeito para a tutela do bem-interesse que procuram proteger, ofendendo a consciência de muitos numa sociedade aberta e pluralística.⁹

⁶ Cf. MANZINI, VII, 531; MAURACH, *Lehrbuch, bes. Teil*, § 5, I (2.^a ed., 1956); MEZGER, *Strafrecht, bes. Teil*, § 10, III (9.^a ed., 1960) e muitos outros.

⁷ Representativo desta opinião, WELZEL, § 41, I: "*Angriffsobjekt ist die Leibesfrucht von der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter (Nidation) an bis zum Beginn der Geburtswehen.*"

⁸ O § 219, d, CP, na nova redação, reza: "*Handlung, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes.*" O Model Penal Code (1962) seguiu outro caminho, dispondo (sect. 230, 7): "*Nothing in this section shall be deemed applicable to the prescription, administration or distribution of drugs or other substances for avoiding pregnancy, whether by preventing implantation of a fertilized ovum or by any other method that operates before, at or immediately after fertilization.*"

⁹ Cf. CALLAHAN (Daniel), *Abortion: law, choice and morality*, Nova Iorque, Macmillan, 1972, 487.

32. As soluções legislativas adotadas variam entre os sistemas de proibição estrita e os que prevêem, em termos mais ou menos amplos, a liberdade de praticar aborto, pelo menos em certos limites de tempo após a concepção.

As leis mais severas contemplam apenas a permissão do aborto quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Alguns juristas julgaram dispensável expressa previsão legislativa dessa hipótese, incluindo-a no estado de necessidade.¹⁰ Leis moderadas prevêem, com maior ou menor amplitude, as diversas situações em que o aborto é permitido, seguindo o chamado modelo das indicações, aplicado com maior ou menor rigor. É o caso, em geral dos países socialistas, e de sistemas, como o sueco, o dinamarquês e o norueguês. A maior parte dessas leis subordina a permissão do aborto ao pronunciamento de um órgão técnico-administrativo, cujos critérios podem variar consideravelmente.¹¹

Os sistemas legislativos mais liberais são os que permitem livremente a realização do aborto, com a simples manifestação de vontade da mulher, desde que realizado dentro de certos limites de tempo, a contar da data da concepção (a chamada *solution du délai* ou *Fristen-Modell*).

Será ilustrativo observar as transformações legislativas operadas em alguns países.

33. Com o *Abortion Act* de 1967, a Inglaterra introduziu em sua legislação disposições que permitem, de forma bastante ampla, a realização do aborto, sem limite de tempo. Pode o aborto ser realizado por médico, desde que dois outros médicos atestem que a gravidez envolve riscos para a vida da mulher ou dano à sua saúde física ou mental ou à de

¹⁰ É o caso do Código Rocco, em sua fórmula original, bem como do Código Zanardelli. Veja-se a *Relazione al Re*, relativa a este último (n.º CXIV), que MANZINI, VIII, 532, reproduz.

¹¹ A Suécia, sem alterar a legislação em vigor, modificou por completo sua orientação em matéria de aborto, aplicando, a partir de 1965, com maior liberalidade, os critérios da lei. Cf. CALLAHAN, ob. cit., 204.

outros filhos acaso existentes em sua família; ou, ainda, risco substancial de grave anormalidade física ou mental para o nascituro. Na determinação do dano à saúde física ou mental, a lei manda considerar as circunstâncias de vida da mulher no presente e em futuro previsível.

Com essa fórmula legal a realização do aborto dependerá, em última análise, dos médicos e da orientação que entendam de adotar. Os médicos passaram a ter a liberdade de decidir exclusivamente em vista do bem-estar do paciente, sem temer conseqüências legais. Praticamente, o aborto passou à categoria de medida terapêutica como qualquer outra.¹² Embora haja referência, sobretudo no período inicial, à resistência e ao espírito conservador dos médicos em geral, os resultados da aplicação da lei, ao que parece, são satisfatórios.

'34. A reforma da lei inglesa teve grande impacto nos Estados Unidos, e já em 1970 16 Estados haviam alterado suas leis, embora limitadamente, com base no sistema do *Model Penal Code* (Sect. 230.3). Segundo tal sistema, o médico pode realizar o aborto se, a juízo seu e de outro médico, a continuação da gravidez pode gravemente comprometer a saúde física ou mental da mulher, ou dar lugar ao nascimento de criança com grave defeito físico ou mental, ou ainda, se a gravidez resulta de estupro, incesto ou outro crime sexual. A própria mulher só será punível se cometer aborto após a 26.^a semana de gravidez.

Em 1.º de julho de 1970 entrou em vigor no Estado de Nova Iorque lei extremamente liberal, permitindo o aborto praticado por médico a qualquer tempo, para salvar a vida da gestante, ou dentro das primeiras 24 semanas, com a simples manifestação de vontade da mulher. A mesma orientação foi adotada em alguns outros Estados.

Em 1973, a Corte Suprema dos Estados Unidos proferiu importantes decisões, nos casos *Roe v. Wade* e *Doe v. Bolton*,

¹² SIMMS (M.) — HINDELL (K.), *Abortion law reformed*, Londres, Peter Owen, 1971, 216.

nas quais se fez larga apreciação histórica da punição do aborto na *common law*,¹³ concluindo-se que o direito à intimidade (*right of personal privacy*), garantido pela 14.^a Emenda à Constituição, inclui a decisão de realizar aborto. Na consideração das limitações que podem ser impostas ao direito da mulher, a Corte se referiu a três diferentes períodos: (a) — Até o terceiro mês, a mulher tem o direito, com o consentimento e a assistência de seu médico, de decidir sobre o aborto. O Estado poderá aqui, no máximo, exigir que a intervenção se faça por médico que julgue o aborto conveniente para a mulher e que assuma a responsabilidade da cura. Na decisão se afirma que a interrupção da gravidez na sua primeira fase, realizada com a técnica médica, de resto muito simples e de fácil emprego, representa risco menor para a vida e a saúde da mulher do que a gravidez e o parto. (b) — Do quarto mês em diante, tendo em vista os maiores riscos que então existem na interrupção da gravidez, embora se reconheça o direito da mulher de decidir sobre o aborto, admite-se que a lei possa aqui formular exigências para preservar a sua saúde (relativamente às qualificações da pessoa que realiza o aborto e sua licença, ao local em que o aborto deve ser feito e às formalidades a que deve obedecer, etc.). (c) — Quando o feto se torna capaz de vida autônoma, o que ocorre entre a 20.^a e a 24.^a semana, justifica-se plenamente a intervenção do Estado, que pode, nesse período, proscrever o aborto, salvo se não houver outro meio para salvar a vida da gestante.¹⁴

Assentou, assim, o tribunal, em nome de um direito que não está expresso na Constituição, os parâmetros do direito americano em matéria de aborto, obrigando à liberalização geral das leis. Como se percebe, o tribunal dá prevalência ao

¹³ A tradição da *common law* sempre foi da indulgência. Cf. BOGNETTI (G.), *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1974, fasc. 1, 9.

¹⁴ Cf. BASSIOUNI (C.), *Substantive Criminal Law*, Springfield, Charles C. Thomas, 1978, 236; BOGNETTI, ob. cit., 20.

que afirma ser direito individual da mulher, abandonando a perspectiva de interesses de ordem coletiva, relacionados com a vida humana em formação.

35. O projeto alternativo alemão sobre os crimes contra a pessoa (1970) excluiu o aborto do Direito Penal, se realizado nas primeiras quatro semanas, permitindo que ele se realizasse por médico e por recomendação deste, no segundo e no terceiro meses (§ 106). Após o terceiro mês, o aborto seria punível, salvo se realizado por médico para afastar grave perigo para o corpo ou a vida da gestante, ou, ainda, quando houvesse probabilidade de dano físico ou mental ao nascituro (§ 106).

A 5.^a lei de reforma penal, em 18/6/74, inspirada no projeto alternativo, introduziu permissão ampla nos primeiros três meses. A Corte Constitucional Alemã, no entanto, declarou, em 25/2/75, a inconstitucionalidade dessa fórmula, entendendo que tal lei violara o direito à vida, que a Constituição alemã assegura no art. 2.^o, § 2.^o. Pôs-se, assim, o tribunal, com a decisão surpreendente, em perspectiva inteiramente diversa da que adotou a Corte Suprema dos Estados Unidos.

Tendo em vista o pronunciamento da Corte Constitucional, uma nova lei foi aprovada, em 18/5/76, alterando mais uma vez o CP, adotando, de forma bastante liberal, o modelo das indicações. Assim, o aborto é permitido, se realizado por médico, nas primeiras 12 semanas, tendo em vista conflitos ou dificuldades familiares ou sociais (*Sozialen notlage indication*) ou se a gravidez resulta de crime sexual. É também permitido o aborto, se realizado nas primeiras 22 semanas, se houver risco de dano físico ou mental ao nascituro, com a gravidez e o parto. Finalmente, a qualquer tempo, permite-se o aborto para afastar perigo para a vida ou a saúde da gestante, se houver consentimento desta. É o direito vigente (§ 218, a, CP alemão).¹⁵

¹⁵ Veja-se o excelente e completo estudo de ESER na atualização de SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar, Vorbem.* § 218 (19.^a ed.).

36. O novo CP austríaco de 1975 (§ 97) incorporou as soluções do projeto alternativo. Permite-se o aborto realizado por médico nos primeiros três meses. Permite-se também, sem limite de tempo, a realização do aborto para afastar perigo para a vida ou a saúde da gestante ou se há possibilidade de dano ao corpo ou à mente do nascituro, e também se a mulher é de menoridade.¹⁶

37. Após largos debates, a França e a Itália também modificaram as suas leis. Na França, a lei 75-17, de 17 de janeiro de 1975, suspendeu, por um período de 5 anos, as disposições punitivas do art. 317 CP, se a interrupção voluntária da gravidez for realizada antes do final da 10.^a semana, por médico, em estabelecimento hospitalar.

Na Itália, a lei de 22 de maio de 1978 revogou integralmente o título X da Parte Especial do CP, cuja inspiração fascista é bem conhecida (*Dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*). Tornou lícito o aborto consensual, a qualquer momento, se a gravidez ou o parto acarretam grave perigo para a vida da mulher, ou quando se verifica a existência de processos patológicos, entre os quais os que se referem a relevantes anomalias ou malformações no nascituro, capazes de determinar grave perigo para a saúde física ou psíquica da mulher. A lei também tornou lícito o aborto praticado nos primeiros 90 dias, se a mulher apresentar circunstâncias nas quais o prosseguimento da gravidez e do parto ou a maternidade acarretam sério perigo para a sua saúde física ou psíquica, em relação, seja a seu estado de saúde, seja às suas condições econômicas, sociais ou familiares, ou às circunstâncias em que ocorreu a concepção ou à previsão de anomalias ou malformações da criança.

Subordina a lei a permissão para o aborto a certas formalidades burocrático-sanitárias que tornam a lei positiva-

¹⁶ Veja-se a justificação contida na Exposição de Motivos do projeto, *Dokumentation zum Strafgesetzbuch*, Viena, Druck und Verlag der Oesterreichischen Staatsdruckerei, 1974, 134.

mente ruim. A experiência já demonstrou amplamente que a previsão de um processo laborioso e vexatório para obter a autorização não funciona e continua a provocar abortos ilegais. É o caso da Suécia, antes de 1965, e de vários países socialistas.¹⁷

De notar que na Itália a Corte Constitucional, em 1975, havia declarado a inconstitucionalidade do art. 546 CP, na parte em que tornava punível o aborto por motivo de saúde física ou mental da mulher, fora das situações de estado de necessidade.¹⁸

38. A Dinamarca e a Finlândia também ampliaram, em 1970, o catálogo de indicações que permitem a realização do aborto. O CP da República Democrática Alemã, de 1968, não contém qualquer dispositivo relativamente à mulher que pratica o aborto ou consente na sua realização.

A legislação brasileira

39. Não há alterações na lei brasileira. Como em geral ocorre com os estatutos altamente repressivos da América Latina, nosso código prevê a cláusula permissiva de salvação da vida da gestante, incluindo também a chamada indicação ética ou criminológica (gravidez resultante de estupro). É evidente, em consequência, a necessidade de reforma.

O anteprojeto NÉLSON HUNGRIA, elaborado antes da intensa revolução operada relativamente à moral pública sexual, a partir da metade dos anos 60, manteve basicamente as soluções da lei vigente, passando a exigir, porém, no caso de estupro, “decisão judicial reconhecendo, em face das provas, a existência do crime” (art. 127, parág. único). Tal disposição era lamentável.¹⁹ O texto definitivo do CP de 1969, no

¹⁷ CALLAHAN, ob. cit., 200 e 234.

¹⁸ Pode ver-se o texto integral da lei italiana, com breve comentário crítico de NUVOLONE, em *L'Indice Penale*, Ano XII, n.º 2, (1978), 261.

¹⁹ Veja-se nossa crítica *A reforma da legislação penal*, RBCDP, n.º 4, 93 (1964).

entanto, suprimiu a permissão do aborto em caso de estupro, dando assim, decisivamente, um passo atrás no sistema já atrasado da lei vigente. Introduziu, por outro lado, o aborto por motivo de honra (art. 127), mantendo, neste ponto, a solução do anteprojeto.

40. Pratica-se largamente o aborto entre nós, o que demonstra a inconsistência entre o sistema de valores adotado e a realidade. As pessoas pobres, ou seja, a imensa maioria da população, estão sujeitas a graves riscos, com o recurso a charlatães e o emprego de meios abortivos rudimentares.

Pesquisa realizada em 1965 por Maria Lucila Milanesi, em São Paulo, com relação a 3.000 mulheres, demonstrou que 10,7% das entrevistadas haviam provocado ao menos um aborto, e que 5,9% das gestações resultaram em aborto provocado.²⁰ Uma projeção desses números sobre a população feminina brasileira em idade de casamento permite facilmente avaliar as proporções do problema.

41. A reforma de nosso direito nesta matéria deverá ter presente as tendências gerais, que podem ser assim sintetizadas: 1. Permissão do aborto realizado por médico, com a manifestação de vontade da mulher nas primeiras 12 semanas. Nesse período, parece claro, a intervenção pode ser feita com riscos mínimos; 2. Proibição para o aborto após a 12.^a semana, a menos que haja graves conseqüências com a continuação da gravidez e o parto para a vida ou a saúde da mulher, ou ainda graves riscos de anormalidade para o nascituro.

Os serviços públicos de assistência deveriam oferecer (mas não exigir), antes do aborto, um processo formal de assistência e consulta, com pessoal especialmente treinado, no qual se proporcionasse informação completa sobre a natureza da intervenção e suas conseqüências. Nessa oportunidade, pode-

²⁰ MILANESI (M.L.), *O aborto provocado*, São Paulo, Livraria Pioneira Editora e Editora da USP, 1970.

riam ser oferecidas alternativas para o aborto, se possível, seja na forma de ajuda financeira,²¹ conselho psiquiátrico, inclusive para o casal, assistência social à família etc. A lei deveria prever uma “cláusula de consciência” (como se fez na Itália), especificando os casos em que, por motivos éticos, podem os médicos abster-se de realizar o aborto.²²

²¹ Sugerida na Suíça por comissão especial que estudou a reforma da legislação penal nesta matéria. Cf. SCHULTZ (H.), *La réforme du droit pénal suisse en matière d'interruption de la grossesse. Méthode législative et résultats*, Rev. Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1974, fasc. 2, 264.

²² Sobre as recomendações para uma reforma, cf. CALLAHAN, ob. cit., 488.

Art. 129

LESÃO CORPORAL

BIBLIOGRAFIA: ANTON ONECA (J.), *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, no volume *Estudios Penales*, homenaje al P. Julian Pereda, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965; BATISTA (Nilo), *Notas sobre deformidade permanente*, RDP 9/10 (1973); BERNARDI (A.), *Ancora sul pericolo di vita*, Scuola Positiva, 1964, fasc. 1; BULLONE (P.B.), ZAGREBELSKY (V.), *Percosse e lesioni personali*, Milão, Giuffrè, 1975; COSTA E SILVA (A.J.), *Lesões corporais*, *Justitia*, vol. 53; DE VICENTIIIS (G.), *Sulla distinzione tra percossa e lesione*, *Giust. Pen.*, nov. 1966, I col., 409; FRANCHESCHINI (J.L.V.A.), *Anotações sobre o conceito forense de deformidade permanente*, *Justitia*, vol. 56; GIAMPAOLI (G.), *Il pericolo di vita di cui all'art. 583 Cod. Pen.*, Scuola Positiva, 1963, fasc. 1; PELLEGRINI (R.), *Della malattia come lesione personale*, no volume *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, Milão, Giuffrè, 1960, II; VANNINI (O.), *Quid juris*, vol. II, *Lesioni personali*, Milão, Giuffrè, 1948.

Generalidades

42. O crime de lesão corporal domina amplamente as estatísticas, constituindo muitas vezes uma criminalidade de bagatela, que perturba e prejudica a ação da Justiça, impedindo-a de ocupar-se com assuntos mais graves. Uma reforma legislativa nesta matéria deveria incluir necessariamente a exigência de representação, excluindo o procedimento de ofício no caso de lesões leves e culposas. Nesse sentido orientava-se o CP de 1969 (art. 133), seguindo o exemplo de diversas legislações que, com maior ou menor amplitude, subordinam a ação penal à iniciativa do ofendido.¹

¹ CP italiano (art. 582, § 1.º); alemão (§§ 223 e 230); suíço (arts. 123 e 125); grego (art. 315). Projeto alternativo alemão (§ 108,

O direito penal moderno orienta-se no sentido de comprimir ao máximo o sistema repressivo, limitando-se a solução penal aos casos de ofensa a bens-interesses de marcada relevância. Significativo é o efeito que se vem concedendo nesta matéria ao consentimento do ofendido, que entre nós geralmente se afirma ser irrelevante. O CP alemão (§ 226, a) expressamente consigna que o autor de lesão corporal com consentimento da vítima só atua antijuridicamente se o fato é contrário aos bons costumes. No mesmo sentido se orientava o projeto alternativo (§ 112). Eleva-se assim a integridade corporal à categoria de bem jurídico disponível.²

Para dar ao direito penal seriedade nesta matéria convém ter presente que não haverá lesão corporal punível sem dano juridicamente apreciável. Isto significa que não há crime no pequeno arranhão insignificante.³

A solução legislativa

43. Nosso código adotou solução legislativa adequada, partindo da lesão corporal simples e prevendo, conforme o resultado, as lesões corporais graves e gravíssimas, bem como a seguida de morte. Nas lesões graves e gravíssimas, os resultados, em regra, podem ser dolosos ou culposos. Regula-se, assim, a gravidade da lesão pelo resultado, segundo antigos critérios que se fundam na máxima *vulnera non dantur ad mensuram*.

É evidente, no entanto, que a gravidade da lesão é bem diversa, se os resultados são dolosos ou culposos. Por isso mesmo, parecem-nos bem orientadas as legislações que distinguem, para diverso merecimento de pena, as situações em que os resultados mais graves são dolosos daquelas em que são preterintencionais. Assim dispunha o CP de 1969 (arts.

² Veja-se também o CP austriaco (§ 90). FRAGOSO, *Lições*, PE I, n.º 99.

³ Cf. ANIBAL BRUNO, IV, 183.

2); projeto SOLER (art. 128); projeto português de EDUARDO CORREIA (art. 160), etc.

122 e 123), bem como os códigos da Austria (§ 87) e da Alemanha (§ 225).⁴

Intervenção cirúrgica

44. A intervenção cirúrgica continua dando lugar a controvérsia, sobretudo nos casos de castração e esterilização, e, ainda mais, nos de transexualismo.

Como se sabe, a doutrina, entre nós, resolve geralmente a hipótese de intervenção cirúrgica como exercício regular de direito.⁵

A solução com base no exercício regular de direito é, no entanto, imperfeita, como observa VASSALLI.⁶ Nenhuma das normas gerais que se invocam para justificar foi criada com vista ao tratamento médico. Há falta de expressa regulação legal, fixando os limites e os pressupostos da intervenção, para proteger o médico de boa fé de perseguições indevidas.

Esses pressupostos (do exercício regular de direito na intervenção cirúrgica) são dois. O primeiro é o consentimento; o segundo é o interesse ou recomendação médica.⁷

Muitos entendem que o consentimento opera, nessa hipótese, como causa autônoma de exclusão da ilicitude, proclamando-se a disponibilidade da integridade corporal, se não há ofensa ao que se convencionou chamar de moral e bons costumes. Assim, BETTIOL ensina que "*quando, invece, soggetto passivo del presunto delitto di lesioni è anche il sog-*

⁴ Essas legislações exigem para a hipótese dolosa o dolo direto.

⁵ Mestre HUNGRIA, embora neste volume se refira à ausência de dolo, sustenta, no exame específico da matéria, a exclusão da ilicitude por exercício regular de direito (*Comentários*, I, n.º 100), desde que se trate dos casos aconselhados pela arte médica e haja consentimento do enfermo.

⁶ VASSALLI, *Algunas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad en el tratamiento médico-quirúrgico*, Nuevo Pensamiento Penal, Ano 2, n.º 1, 1973, 48.

⁷ Cf. VASSALLI, ob. cit., 51: "O critério primário é do consentimento." No mesmo sentido, com indicação de bibliografia, MAGGIORE, I, 334; BETTIOL, *Dir. Pen.*, Pádua, Cedam, 1976, 322.

*getto che esprime il consenso, nessun limite legale dovrebbe sussistere alla libera disponibilità del proprio corpo".*⁸

O consentimento é expressamente previsto na legislação argentina como condicionante da legitimidade da intervenção curativa.⁹

O segundo pressuposto é constituído pelo critério da *recomendação médica* ou do interesse curativo ou reparador. Costumava-se falar aqui em *necessidade*, mas é óbvio, diante da cirurgia plástica, que *necessidade* nesta matéria tem de ser entendida como recomendação ou interesse médico, que abrange também a cirurgia reparadora de deformidades e, inclusive, a cirurgia estética. Nesse sentido é que PAUL LOMBARD se refere a "*intérêt médical*".¹⁰

45. Não é incorreto, no entanto, falar aqui também em ausência de dolo. Já o velho CARRARA dizia que a verdadeira razão da inocência de tais atos reside na ausência de dolo.¹¹ O médico não age para causar dano, mas exatamente no sentido oposto: para curar ou minorar um mal. É o que já dizia BINDING.¹²

Como ensina MAURACH, "lesão corporal é lesão do interesse corporal".¹³ Pela exclusão do dolo, os finalistas excluem a tipicidade da lesão corporal no tratamento curativo, e isso corresponde, pode-se dizer, à natureza das coisas. Quem quer curar não quer ferir. WELZEL é enfático: "Os tratamentos curativos adequados à arte e indicados pelo médico não são, absolutamente, lesões corporais."¹⁴ MAURACH também é claro:

⁸ BETTIOL, ob. cit., 306.

⁹ CABALLERO (J.S.), *El consentimiento del ofendido*, Cuadernos de los Institutos, n.º 93, Univ. Nac. de Córdoba (1967), 107.

¹⁰ LOMBARD (P.), *Le médecin devant ses juges*, Paris, Robert Laffont, 1973, 129.

¹¹ CARRARA, *Programma*, § 1.405.

¹² BINDING, *Lehrbuch*, I, 56: "*Die angemessene Aktion des Arztes bildet nach Volks — und Rechts Anschauung in der Tat keine Unterart der Gesundheitsverletzung, sondern ihr Gegenteil: sie ist grundsätzlich Gesundheitsmehrung.*"

¹³ MAURACH, *Lehrbuch*, § 8, II, 1: "*Körperverletzung sei körper-interessenverletzung.*"

¹⁴ WELZEL, § 14, VII, 2.

"A ciência mantém unanimemente o critério segundo o qual a intervenção médica não requer causa de justificação alguma, desde o momento em que, sempre que se tenha realizado conforme à *lex artis* e tenha tido resultado feliz, não realizará nunca o tipo da lesão corporal. O fim de curar exclui a lesão corporal. A vontade de curar, própria dos médicos, é incompatível com o dolo de maus-tratos, exigido nos crimes de lesão corporal." ¹⁵

A atividade do médico é no sentido de favorecer, não de diminuir, o valor que a lei penal tutela. É este o grande critério decisivo da adequação social como princípio de validade geral na exclusão do tipo de ilícito. O que salva a ação do médico, excluindo o dolo, é a superioridade de seu propósito. Como explica CARLO FIORE: "*Criterio fondamentale: che la condotta rischiosa abbia nel suo contenuto un valore positivo; e precisamente il rispetto degli stessi beni che essa mete in pericolo*". E prossegue o autor: "A adequação social exclui o tipo do fato proibido, porque a ação socialmente adequada não realiza a lesão do valor de ato que dá relevância à lesão do bem tutelado e cuja constatação está implícita no juízo de tipicidade." ¹⁶

46. Como logo se compreende, a questão é mais complexa no que se refere à esterilização e à castração, quando não haja, como em geral não há, indicação médica, ou seja, recomendação terapêutica constitutiva da *necessidade*.

Se não se admite, como admitimos (contra a opinião geral), a disponibilidade da integridade corporal, a única possível conclusão jurídica é no sentido da ilicitude da esterilização e da castração, mesmo praticadas segundo as *legis artis*, se não houver recomendação médica. Essa solução está fora da realidade, no entanto. Os médicos vão continuar a *ligar*

¹⁵ Nesse sentido pronuncia-se antiga e autorizada doutrina. Cf. FRANK, *Kommentar*, 478; ENGISCH, *Aertzliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung*, ZStW 58/1; BETTIOL, ob. cit., 308.

¹⁶ FIORE (C.), *L'Azione socialmente adeguata nel Diritto Penale*, Nápoles, Morano, 1966, 140.

as *trompas* das mulheres que não querem procriar, e não vai acontecer nada.¹⁷

47. Paradoxalmente, a solução é mais simples no caso de transexualismo, porque neste existe a indicação terapêutica na cirurgia com que se procura dar ao paciente as exterioridades do sexo oposto.

A questão do transexualismo é nova, e dela não tratam os livros de medicina legal ao estudar a sexologia forense. O exame da copiosa literatura médica disponível esclarece que a expressão “transexual” não era utilizada antes do famoso caso de Christina Jorgensen, em 1952. Atribui-se a CAULDWELL o emprego da expressão latina “*psychopathia transexualis*”, em 1949. A palavra “transexualismo” só ganhou foros de cidadania na medicina depois que HARRY BENJAMIN a empregou, em 1953,¹⁸ e em sua obra fundamental sobre o tema publicada em 1966.¹⁹

Trata-se de anomalia, hoje bem caracterizada e conhecida, claramente distinta de outros fenômenos de intersexualidade, como o homossexualismo e o transvestismo. Entende-se por transexualismo uma inversão da identidade psicossocial, que conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral. A etiologia do transexualismo (que é fenômeno relativamente raro) é basicamente desconhecida, embora existam várias hipóteses especulativas.²⁰ O desconhecimento das causas levou à formulação de definições fenomenológicas, com as quais se des-

¹⁷ Para resolver expressamente o problema, o Projeto Alternativo previa disposições específicas sobre a matéria (§ 112, 2 e 3). No direito alemão e no austriaco, que dão relevância ao consentimento, o debate se transfere para a questão de saber se tais cirurgias ofendem, ou não, os bons costumes.

¹⁸ BENJAMIN (H.), *Transvestism and transsexualism*, Int. J. of sexology, n.º 7, 12.

¹⁹ BENJAMIN (H.), *The transsexual Phenomenon*, Nova York, Julian Press, 1966.

²⁰ WALKER (Paul A.), *Transsexualism*, no volume *Sex and Life Cycle*, OAKS (W.) (ed.), Nova York, Grune & Stratton, 1966; MONEY (J.) e GASKIN (R.J.), *Sex reassignment*, J. of Psychiatry, Nova York, Science House, 1970/71, vol. 9, 249.

creve o fenômeno. Assim, o professor JOHN MONEY, uma das maiores autoridades na matéria, entende que o transexualismo constitui um distúrbio na identidade do próprio gênero, no qual a pessoa manifesta, com persistente e constante convicção, o desejo de viver como membro do sexo oposto integralmente. Como diz IHLENFELD, no transexualismo o indivíduo sente que nasceu com o corpo errado (*"The patient feels simply that he was born with the wrong body"*).²¹ E, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter a aparência e o *status* social do sexo oposto.

A terapia de cura, em consequência, é ineficaz, porque o paciente a rejeita. Como diz o Dr. WALKER, no trabalho que já invocamos, *"usually, the transsexual will not participate in therapy which has cure as its goal. The very nature of transsexualism is such that the persistent desire to live as the opposite sex precludes cooperation in therapy aimed at maintaining the sex role appropriate to the genitals"*.

O único caminho indicado parece ser a cirurgia reabilitadora, e nesse sentido pronunciam-se os autores. Repetindo a experiência comum, BENJAMIN e IHLENFELD enfaticamente afirmam: *"For the adult transsexual, surgical sex reassignment is the final and confirming step in treatment."*²²

Em excelente estudo, DOUGLAS K. SMITH²³ faz ampla revisão da opinião médica, inclusive no exame dos casos submetidos à cirurgia. A intervenção cirúrgica aparece como solução indicada para os casos de transexualismo demonstrados após largo exame e investigação multidisciplinar. Citam-se as pes-

²¹ IHLENFELD (Charles L.), *Thoughts on the treatment of transsexuals*, J. of Contemporary Psychotherapy, vol. 6, n.º 1, 63 (1973).

²² BENJAMIN e IHLENFELD, *Transsexualism*, American J. of Nursing, vol. 73, n.º 3, 1973, 461. Veja-se também *Counseling the transsexual, Five conversations with professionals in transsexual therapy*, Erickson Educational Foundation, Baton Rouge, s/d, 35.

²³ SMITH (Douglas K.), *Transsexualism, sex reassignment surgery and the law*, Cornell Law Review, vol. 56, 963 (1971).

quisas feitas por PAULY ²⁴ e JOHN MONEY, ²⁵ indicativas de larga margem de êxito. Todos os pacientes masculinos, examinados pelo Dr. MONEY, estavam convencidos de que haviam feito a melhor coisa (*"unequivocally sure that they had done for themselves the right thing"*), tendo abandonado a psicoterapia a que antes da cirurgia estavam submetidos.

Após extensa análise de resultados e opiniões, DOUGLAS SMITH afirma que *"as declarações desses médicos, atuantes e experimentados nesse campo, deveria pelo menos colocar um pesado ônus da prova, nos que dizem que a cirurgia não é terapêutica"*. ²⁶

O transexualismo não se confunde com o homossexualismo. Os homossexuais convivem com o próprio sexo, e estão certos de pertencer a ele. Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas), e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos "fora do grupo" desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles freqüentado.

Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se, ora como indivíduos do sexo masculino, ora transvestidos. Há uma "tolerância" em relação a ambos os comportamentos em que há predominância de um ou de outro por um período variável, às vezes de certa maneira cíclica ou temporária, ocasional.

²⁴ PAULY, *The current status of the change of sex operation*, in *J. of Nervous and Mental Disease*, vol. 147, 460 (1968).

²⁵ MONEY (J.), in MONEY & EHRHARDT, *Transsexuelle nach Geschlechtswechsel, Tendenzen der Sexualforschung*, SCHMIDT (G.) e SCHORSCH (E.) (eds.), 1970, 84.

²⁶ No original: *"The statements of these doctors, active and expert in this field, should at least place a heavy burden of the proof on one who argues that the surgery is not therapeutic"* (Ob. cit., 578).

Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino.

O transexual detesta ser confundido com os homossexuais e não busca homossexuais para o seu relacionamento amoroso.²⁷

A Associação Paulista de Medicina pronunciou-se sobre o transexualismo da seguinte forma: "1. O tema deve ser tratado com extrema seriedade por quantos dele tomarem conhecimento, eis que *o transexualismo é uma entidade nosológica e nosográfica bem definida que não deve ser confundida com o homossexualismo*. As atenções médicas são exigidas desde os primeiros anos de vida, requerendo tratamento contínuo, no âmbito da medicina. Reconhecemos que o senso comum da nossa população ainda não está suficientemente informado, ao contrário do de outros países, onde já existe, inclusive, jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer. 2. Conceito da Comissão sobre Transexualismo: transexual é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos. 3. Proposta a ser enviada à Diretoria da Associação Médica Brasileira, por intermédio da Associação Paulista de Medicina. A verificação das condições que recomendem o tratamento transexual será feita mediante conferência médica, nos termos do Código de Ética Médica, dela devendo participar médicos especialistas indicados pela Associação Médica Brasileira, por solicitação

²⁷ Veja-se sobre a matéria o excelente trabalho publicado na *Revista Brasileira de Medicina*, vol. 33 (1976), 369, bem como o estudo do Dr. PAULY, que acima mencionamos, onde está dito: "*Transsexuals are not homosexual. They consider themselves to be members of the opposite sex cursed with the wrong sexual apparatus. They desire the removal of this apparatus and further surgical assistance in order that they may enter into normal heterosexual relationships. On the contrary, a homosexual enjoys and uses his genitalia with members of his own anatomical sex*".

conjunta do paciente e do seu médico. Com a solicitação deverá, necessariamente, ser apresentado o prontuário médico do paciente, contendo todos os exames clínicos e subsidiários de diagnóstico de transexualismo".²⁸

É curioso notar que o transexual masculino, após a cirurgia, invariavelmente se torna mais atraente como mulher do que era, como homem. É a observação comum dos estudiosos.²⁹

Nenhuma dúvida pode haver, portanto, de que o transexualismo constitui enfermidade e que a intervenção cirúrgica constitui terapêutica adequada.

Parecem-nos mais difíceis os problemas jurídicos do transexual na esfera civil. Trata-se aqui de saber se é possível a mudança do estado civil, para que prevaleça, em relação a ele, o seu novo sexo, em todos os atos da vida civil.

Nos Estados Unidos da América, numerosos Estados permitem a alteração do registro civil. Na Louisiana existe lei que dispõe: "*Any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudo hermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on the original birth certificate of the individual, may petition a court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth.*"

Em Nova Jersey, em março de 1976, o Tribunal de Apelação declarou que um indivíduo que muda de sexo através de cirurgia pode desfrutar de todos os direitos que têm os do mesmo sexo, inclusive o casamento.³⁰

²⁸ O *Médico Paulista*, jornal da Associação Paulista de Medicina, n.º 169, dez., 1976.

²⁹ HASTINGS (Donald W.), *Inauguration of a research project on transsexualism in a University Medical Center*, no volume *Transsexualism*, MONEY & GREEN (eds.), John Hopkins Press, 1966, 248.

³⁰ Veja-se *Erickson Educational Foundation Newsletter*, vol. 9, n.º 1 (1976).

Lesões corporais graves

48. No que tange à incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, nenhum fundamento existe, a nosso ver, para que só se considerem as ocupações lícitas. Trata-se aqui de mero critério empírico para medir a gravidade da lesão, sendo de todo indiferente a natureza da ocupação da vítima.

Na contagem dos 30 dias inclui-se o dia do começo (art. 8.º CP). A verificação da incapacidade deve ser feita através de exame complementar, logo que decorre o prazo de trinta dias, a contar da data do crime (art. 168, § 2.º, CPP). Não será possível aqui aceitar um *prognóstico* ou uma *previsão* (RF 138/257; 142/398; 144/476; 149/413; 146/439; 146/431; 185/335; 207/347 etc.). Imprestável será também o exame complementar realizado após a cessação da incapacidade (RF 140/479; 200/262; 208/301) ou antes de completar-se o prazo (RF 198/287). Há, porém, casos excepcionais em que as lesões são evidentemente graves e duradouras, nos quais se tem admitido a ausência de exame complementar, que pode ser suprido pela prova testemunhal (art. 168, § 3.º, CPP).³¹

49. *Perigo de vida* significa probabilidade grave e imediata de morte. O perigo deve ser concreto e atual, não bastando um mero perigo potencial (RF 154/425; 158/372; 187/359). A *duração* do perigo é, no entanto, irrelevante (RF 187/356; 188/334; 214/312).

Uma das questões mais largamente examinadas pela jurisprudência é a que se relaciona com as deficiências dos laudos de exame. Os tribunais têm entendido que não basta, de forma alguma, a mera afirmação dos peritos de que a lesão causou perigo de vida (RF 146/439; 155/407; 203/323; 204/336; 212/382; RTJ 453/399; RTJ 70/91), salvo se a lesão, por sua própria fenomenologia e localização, possa ser tida logo como produtora do perigo de vida (RF 164/357).

³¹ FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 348.

É necessário que os peritos indiquem no laudo como se configurou o perigo de vida, descrevendo a lesão e as consequências que o determinaram (RF 205/349), ou os sintomas e fenômenos que o acarretaram, ainda que em determinado instante (RF 180/351; 184/300). O STF já decidiu que o exame pericial há de conter exata e minuciosa descrição do *processus* que se forma com o ferimento produzido no corpo do ofendido e na qual fique demonstrado o perigo de morte (RTJ 71/378). O laconismo dos laudos, todavia, pode ser suprido pela descrição de lesões que são evidentemente graves e perigosas, como, por exemplo, os ferimentos que causam ruptura de ossos cranianos e produzem compressão cerebral (RF 208/296); as lesões penetrantes no abdome (RF 205/340) ou na região peitoral esquerda (RF 153/485).³² O princípio geral é que, em regra, não basta que os peritos afirmem a existência do perigo de vida, sem o demonstrar (RF 163/464; 165/428). O exame complementar é desnecessário (RF 161/400; 169/382; 182/341; 185/367). O perigo de vida deve ser efeito imediato da lesão, pois é critério para aferir a sua gravidade. Não se exige que seja contemporâneo da ação lesiva, desde que a ela esteja indubitavelmente ligado por relação causal e apareça como quadro patológico, no momento do exame (RF 145/431).

Lesões corporais gravíssimas

50. Entre estas, consignaremos apenas algumas observações sobre a *deformidade permanente*, com a qual se têm ocupado largamente os tribunais.³³

Como ensina HUNGRIA, o conceito de *deformidade permanente* é, ao mesmo tempo, objetivo e subjetivo. Não basta, para caracterizá-la, que as lesões sejam aparentes e permanentes (RF 164/385). Exige-se desfiguração notável, ou seja,

³² Cf., ainda, RF 151/425; 200/270 e 208/285. O estado de choque e o estado de coma não são sinais certos de perigo de vida (RF 146/439; 167/377).

³³ Veja-se sobre a matéria o valioso estudo de NILO BATISTA, *Notas sobre deformidade permanente*, RDP 9/10 (1973).

dano estético visível e irreparável (RF 189/302) que cause desagrado, quando não-repugnância ou mal-estar (RT 128/457; 415/284; RF 90/131; 104/547; 115/599). Não basta a cicatriz, mesmo no rosto (RT 410/299; 417/347; RF 209/344), impondo-se meticulosa análise de seu efeito e das condições pessoais da vítima (RF 211/318; 149/420). Embora as lesões no rosto, naturalmente, apresentem especial relevo (RF 198/287), a deformidade poderá ser em qualquer parte do corpo, desde que aparente, ou seja, localizada em zonas habitualmente descobertas, ou que seja observada, apesar das roupas (RF 220/356). Convém que o laudo pericial seja sempre ilustrado com fotografias, que permitam a avaliação pelo julgador da opinião do perito.

Aceleração de parto e aborto

51. As disposições sobre aceleração de parto e aborto, como resultados que qualificam a lesão corporal, foram inspiradas no art. 583, §§ 3.º e 5.º, do CP italiano, que estão hoje revogados pela Lei 194, de 22/5/78, para onde passaram (art. 18). O CP de 1969 eliminou a hipótese de aceleração de parto, atendendo à crítica de muitos legistas, e deu solução diversa no caso de resultar aborto. As soluções da lei vigente são, por certo, defeituosas e exigem revisão.

Perdão judicial

52. A L. 6.416, de 24/5/77, introduziu, igualmente para o crime de lesão corporal culposa, a possibilidade de perdão judicial “se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção se torne desnecessária”. O dispositivo constitui o novo § 8.º do art. 129.

Já estudamos a matéria ao tratar do crime de homicídio. Cf. n.º 20, *supra*.

PERIGO DE CONTÁGIO

BIBLIOGRAFIA: BECKER (Walter), *Gesetz zur Bekämpfung des Geschlechtskrankheiten von 27/7/1953*, Münster, Arschendorffsche Verlagsbuchhandlung, 1955; COSTA E SILVA (A.J.), *Delitos de contágio*, *Justitia*, vol. 54; ERBS-KOHLHAAS, *Geschlechtskrankheiten, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar*, Munique, 1979; GRIMBLE (A.), *Morality and venereal disease*, *Excerpta Criminologia*, vol. 5, n.º 4 (1965); HAGENEERNHARDT, *Gesetz zur Bekämpfung des Geschlechtskrankheiten von 28/7/1953*, Berlim e Frankfurt, Franz Vahlen, 1954; *Report of expert committee on venereal infections*, World Health organization Techn. Rep. Ser., n.º 190 (1960).

Perigo de contágio venéreo

53. O art. 131 CP brasileiro tem sido, em todos esses longos anos de vigência de nosso código, figura de delito puramente decorativa. Não existe um único registro de sua aplicação. Ele se inspirou diretamente no modelo que remonta à antiga lei Koch e que aparece no CP dinamarquês (§ 256) e também no CP italiano (art. 554), que classificava o fato entre os crimes contra a integridade e a sanidade da estirpe, seguindo marcada influência fascista. Hoje, na Itália, esse capítulo do CP está integralmente revogado (pela Lei de 22/8/78), e o art. 554 desapareceu.

Imaginou-se reagir contra o perigo de disseminação das moléstias venéreas através do sistema punitivo inutilmente. Medidas legais existem em muitos países com vistas ao controle das infecções venéreas, que estão novamente em expansão, após grande declínio com a descoberta dos antibióticos.

O progresso da medicina em relação às moléstias infecciosas tem sido notável.

Existem leis sanitárias estabelecendo tratamento compulsório em muitos países. A França costuma ser indicada como bom exemplo. O seu *Code de la Santé Publique*, de 1953, tem um título inteiramente dedicado à luta contra as moléstias venéreas, impondo o tratamento obrigatório (art. L. 255) e especiais deveres para os médicos (art. L. 256), inclusive o de notificação compulsória (art. L. 257). Pune-se com prisão por dois meses a um ano, ou multa, a pessoa contaminada que não faz prova de tratamento regular (art. L. 285), bem como o fato de amamentar criança sífilítica ou estando a mulher contaminada (art. L. 290).

Na Alemanha vigora a lei de combate às moléstias venéreas, de 23 de julho de 1953, alterada em 1969, estabelecendo deveres de tratamento e exame para pessoas contaminadas ou suspeitas de contaminação (§ 3.º), a suspensão do trabalho para tais pessoas (§ 5.º), a proibição de relações sexuais (penalmente sancionada) (§ 6.º) e, para a mulher contaminada, a proibição de amamentar (§ 7.º). Esta última disposição também prevê a entrega de crianças contaminadas para cuidado alheio e a proibição de doar sangue dirigida às pessoas contaminadas, punindo-se criminalmente a transgressão dessas proibições. Estabelece também a lei que o tratamento de tais moléstias só se pode fazer por médico, a que se impõem o exame direto do paciente e a proibição de instruções para o autotratamento, sendo essas últimas disposições penalmente sancionadas (§ 9.º). Deveres especiais são impostos aos médicos (§ 10), inclusive o de notificação compulsória (§ 11). Várias obrigações são fixadas para as autoridades sanitárias, incriminando-se a violação do segredo (§ 16). Medidas coercitivas para o tratamento, exame e observação são também previstas, inclusive com ameaça penal (§§ 17 e 18).

De um modo geral, o efeito de tais leis é mais do que duvidoso. Parece claro hoje aos estudiosos da matéria que a eficácia do controle desse tipo de moléstias depende de vá-

rios fatores importantes, que não são afetados pela legislação coercitiva. Isso se demonstra, em parte, com o exemplo da Inglaterra e da Holanda, países que têm sido infensos a tais leis.

Seja como for, é indiscutível a inutilidade das disposições penais semelhantes à de nosso código. Por isso mesmo, o CP de 1969 eliminou, por sugestão do autor, a incriminação do fato, que o anteprojeto Hungria havia mantido (art. 131). Esse será, sem dúvida, o caminho a ser seguido numa futura reforma de nosso código.

O novo CP soviético (art. 115) prevê apenas a incriminação do efetivo contágio, configurando assim um crime de dano, que em nada difere do de lesão corporal.

Perigo de contágio de moléstia grave

54. O crime previsto no art. 131 CP constitui, por igual, dispositivo inútil. Trata-se de novidade legislativa de nossa lei, desconhecida dos modelos que em geral inspiraram o nosso legislador de 1940, inclusive o CP dinamarquês, de 1930, tão prolífico na previsão de variadas formas de perigo de contágio venéreo.

Trata-se de uma tentativa de lesão corporal erigida à categoria de crime autônomo que não faria falta alguma. Inteiramente fora da realidade é a previsão de pena grave sem a superveniência do dano. As dificuldades na prova do dolo de perigo são evidentes. O CP de 1969, por sugestão do autor, eliminou também essa figura do delito.

Art. 132

PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM

BIBLIOGRAFIA: WILLFRATT (M&X), *Gefährdung des Lebens nach 129 StGB*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1968, fas. 3.

55. O crime de exposição a perigo para a vida e a saúde constitui figura genérica de perigo individual, inspirada no art. 129 CP suíço, sendo, em geral, desconhecida das demais legislações, à exceção do CP dinamarquês (§ 252). Veja-se também o novo CP austríaco (§ 89).

Parece-nos que essa disposição, embora, por vezes, mal-interpretada, tem funcionado bem como *soldado de reserva*, na tutela jurídico-penal da integridade e da incolumidade da pessoa. Trata-se de crime expressamente subsidiário, que se pratica com o dolo de perigo e que exige o resultado de perigo concreto em relação a pessoa certa e determinada, que será a vítima do delito.¹

O caráter subsidiário do crime, que só pode ser reconhecido se o fato não constitui ilícito penal mais grave (tentativa de homicídio ou de lesões corporais), tem sido reconhecido pelos tribunais (RT 388/314). Concretizando-se o dano, o crime do art. 132 CP desaparece.² Os crimes de perigo são sempre subsidiários em relação aos crimes de dano contra os mesmos bens jurídicos.

Exige-se que o agente exponha a vítima a perigo iminente, como realidade concreta, efetiva, presente, imediata (RT 398/281; 447/402). Não basta o perigo eventual (RT

¹ FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 385.

² FRANCESCHINI, *Jur. Crim.*, n.º 4.711-A.

406/226). O disparo de arma de fogo feito para o alto, para intimidar, configuraria apenas a contravenção do art. 28 LCP.

Uma das situações em que mais freqüentemente se tem reconhecido o crime é a do disparo de arma de fogo em direção a um veículo em movimento.³ O propósito de espantar ou de assustar a vítima não exclui o crime, que pode ser praticado com dolo eventual (RT 412/296). Configura-se evidentemente o crime, no caso do motorista que arremete com seu carro na direção de pessoa determinada, que se colocara à frente do veículo, para obstar sua passagem (RT 380/208). Não é o caso do motorista que trafega em alta velocidade, embriagado, e, pois, perigosamente. Em sentido contrário já decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo (RT 427/425), mas neste caso há apenas a contravenção do art. 34 LCP. Equivocou-se também, a nosso ver, o ilustre tribunal, no caso de empregado que, despedido, busca causar prejuízo ao empregador, alterando a posição da válvula de uma caldeira, que não explodiu por oportuna intervenção de terceiro. Entendeu-se configurado o crime do art. 132 CP, embora houvesse perigo iminente e direto a indeterminado número de pessoas.⁴ O crime, em tal caso, como logo se percebe, era de perigo comum.

³ FRANCESCHINI, *Jur. Crim.*, n.ºs. 4.713-A, 4.716, 4.721. Cf. RT 441/408. Não haverá este crime, porém, por ausência de dolo, no fato de disparar o policial no pneu do veículo para obrigar o motorista a atender a seu sinal, supondo tratar-se de um ladrão (RT 401/281).

⁴ FRANCESCHINI, *Jur. Crim.*, n.º 4.714-A.

ABANDONO DE INCAPAZ

56. Mestre HUNGRIA ensina que o abandono requer uma *separação no espaço*, e está em boa companhia. Não nos parece, no entanto, ser esta a melhor interpretação da nossa lei. Cogita-se aqui do *abandono perigoso*. Objeto da tutela jurídica é o interesse relativo à segurança da pessoa física de incapazes, contra situações de perigo decorrentes da violação do dever de guarda, assistência e proteção. Parece claro que a expressão *abandono* deve ser entendida como a ação ou omissão através da qual a vítima é deixada perigosamente à própria sorte. Isso pode ocorrer sem separação no espaço. É o que afirma MANZINI: "*L'abbandono può consistere, non solo nella materiale separazione delle due persone, ma altresì, in un fatto che, senza determinare tale effetto, consista nell'omissione di custodire o di curare il soggetto passivo, con pericolo per la vita o per l'incolumità personale di lui.*"¹

Na Alemanha, a opinião dominante ainda é no sentido de exigir, para configuração do abandono, a *separação material*. Não é essa, porém, a opinião da nova doutrina de maior prestígio. SCHÖNKE-SCHRÖDER citam o exemplo da enfermeira que deixa de atender ao paciente, permanecendo no mesmo quarto em que ele se encontra.² Exemplos semelhantes são formulados por outros autores.³

De notar, no entanto, que o abandono sem separação no espaço somente deve ser admitido, como bem esclarece SOLER,

¹ MANZINI, VIII, 299.

² SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 221, II, 2.

³ Cf. MAURACH, *Lehrbuch*, § 41-A; WELZEL, § 40, I, 1; WELSSLS, *Strafrecht, bes. Teil*, 1976, I, 19.

quando *equivalha* a tal separação, pois o conteúdo de fato do crime não é abandono do dever de assistência, mas o abandono de pessoa.⁴

57. Muito debatida é a questão da tentativa. Considerando o crime puramente omissivo, vários autores opinam no sentido de que a tentativa é inadmissível.⁵ A nosso ver, pode o crime ser praticado por ação ou omissão. No primeiro caso, o crime é material, pois exige a superveniência do resultado de perigo concreto, sendo admissível a tentativa.

Exposição ou abandono de recém-nascido

58. Trata-se de forma privilegiada do crime de abandono de incapaz, que tem seu fundamento no motivo de honra. Essa motivação, no entanto, é cada vez mais discutível. Tendo-se presente a escala penal do abandono de incapaz, nenhuma justificação existe para que se continue a manter no código essa figura de delito.

⁴ SOLER, III, 209. Entre nós, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Dir. Pen.*, II, 161, afirma ser necessária uma separação física entre os sujeitos do crime. No bom sentido, ANIBAL BRUNO, IV, 241, nota.

⁵ Entre outros, cf. MAGGIORE, II, 803; MANZINI, VIII, 301; SOLER, III, 212.

Art. 135

OMISSÃO DE SOCORRO

BIBLIOGRAFIA: ASSIS RIBEIRO (C.J.), *A omissão de socorro e o novo CP*, Rev. Forense, 86/203 (1941); BUSTOS (J.), *et al.*, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, Revista de Ciencias Penales, set./dez., 1966 (Santiago de Chile); COSTA (Stefano), *Omissione di soccorso*, *Annali di Diritto e Procedura Penale*, Turim, 1938; CUELLO CALON (E.), *La obligación de socorrer a las personas en peligro en la legislación penal española*, no volume *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, Giuffrè, I, 1952; GORÉ (F.), *L'omission de porter secours*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1946, 202; GONZAGA (J.B.), *O crime de omissão de socorro*, São Paulo, Max Limonad, 1957; LARGUIER (J.), *Omission de porter secours*, Revue, Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1953, 154; LEVASSEUR (G.), *L'omission de porter secours*, Revue Int. Droit Pénal, 1955, 467; LYRA F.^o (Roberto), *Omissão de socorro, Reforma legislativa e posições da jurisprudência alemã*, RBCDP, 1954, n.º. 3/4; MARQUES (Ildefonso), *O crime de omissão de socorro*, Curitiba, 1952; NAUCKE (W.), *Der Aufbau des § 330 c StGB. Zum Verhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts*, no volume *Festschrift f. Hans Welzel*, Berlin-Nova York, Gruyter, 1974; RODRIGUEZ MOURULLO (G.), *La omisión del socorro en el Código Penal*, Madri, 1966; VOUIN (R.), *Le cas du docteur Colin. Refus du secours médical*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1965, fasc. 4.

59. A omissão de socorro está também prevista como agravante do homicídio culposo e da lesão corporal culposa, aplicando-se, em geral, a acidentes de trânsito. Se a situação de perigo é causada culposamente pelo agente, com lesão corporal, a omissão de socorro que se segue não constitui crime autônomo. Pode ocorrer, no entanto, que o acidente seja causado sem culpa do condutor, e neste caso pode configurar-se o crime autônomo de omissão de socorro, previsto no art. 135

CP.¹ A presença, no local, de outras pessoas (igualmente obrigadas ao socorro) não exime o motorista, salvo se for prestado imediato e *eficiente* socorro por terceiro (RT 393/303; 447/415). Em sentido contrário já se decidiu (RT 383/207), a nosso ver sem fundamento.

O CP de 1969, em sua redação original, punia a fuga do local do acidente com abandono da vítima (art. 291). Essa disposição, altamente defeituosa, foi posteriormente suprimida com a L. 6.016.² A fuga de local de acidente não se confunde com a omissão de socorro, tendo, inclusive, diversa objetividade jurídica.

O CP de 1969 esclareceu a alternativa equívoca, de que falava MANZINI. Deixando de prestar socorro pessoalmente (quando possível fazê-lo sem risco pessoal), só se exime o agente promovendo o socorro da autoridade pública, quando este seja possível e oportuno. A lei impõe o dever de socorro e, para configuração do delito, tanto faz não prestar assistência quanto prestá-la quando já ineficaz ou supérflua (RT 386/259).

60. O dever de socorro surge com o fato de encontrar a vítima em perigo, exigindo-se que o agente esteja no mesmo local e tome conhecimento da situação com a vista ou o ouvido. Trata-se de limitação implícita na lei, que deve sofrer, no entanto, seus temperamentos. O dever de socorro pode surgir para o morador de um lugar ermo a quem é levada a notícia de acidente e da existência de pessoa em perigo. Estamos aqui diante de dever social a que ninguém pode faltar.

Particularmente significativa é, a este propósito, a situação dos médicos, que exercem profissão que por si só impõe especiais deveres de assistência. Tem-se entendido que a cha-

¹ FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 372. Cf. também RT 432/365. Em sentido contrário, equivocadamente, cf. RT 417/293.

² Para crítica desse dispositivo cf. o relatório elaborado pelo autor para o Conselho Federal da OAB, *Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão*, RDP 7/8, 16 (1972).

mada telefônica basta para criar, para o médico, o dever de socorro. São conhecidas, na França, as decisões que condenaram médicos que, em tais circunstâncias, se abstiveram de intervir, com resultado de morte para quem estava em perigo. O famoso caso do Dr. Colin está longe de ser um acontecimento isolado.³

Entre nós, os médicos têm escapado com relativa facilidade. Assim, já se decidiu que “não se pode negar aos médicos a prescrição das condições razoáveis para o atendimento dos enfermos. E como tal há de ser havida a que imponha o encaminhamento dos pacientes que não estejam em imediato e evidente risco de vida a um estabelecimento hospitalar, que ordinariamente propicia melhores elementos para exames e tratamento” (RT 428/364). Veja-se também RT 409/276.

O CP de 1969 previa uma forma agravada do crime especialmente endereçada aos médicos. Cominava pena mais grave, “se a natureza do socorro necessitado pela vítima corresponde às habilitações profissionais do omitente” (art. 137, § 1.º).

De notar que na Alemanha os autores em geral exigem, também para o médico, uma relação de proximidade com o acontecimento, seguindo à velha lição de EBERHARD SCHMIDT.⁴ SCHÖNKE-SCHRÖDER, no entanto, opõem-se, peremptoriamente, a esse entendimento, afirmando que ele representa um estreitamento do círculo da autoria que não corresponde à lei.⁵ A nosso ver, tratando-se de médico, o fato de estar distante

³ Cf. VOUIN (R.), *Le cas du docteur Colin. Refus du secours médical*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1965, fasc. 4. Veja-se, na mesma revista, a nota de LOUIS HUGUENY, à página 880. Sobre outros casos, cf. LOMBARD (P.), *et al.*, *Le médecin devant ses juges*, Paris, Robert Laffont, 1973, 139.

⁴ EB. SCHMIDT, *Die Besuchspflicht des Arztes unter Strafrechtlichen Gesichtspunkten*, 1949, 14. Cf. também MAURACH, *Lehrbuch*, § 51. II A 1; WELZEL, § 68, 472.

⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 336c, nota 25: “Nicht erforderlich ist, dass der Unterlassende in einer räumlich-nachbarlichen Beziehung zum Unglück oder dem Betroffenen steht.”

do acontecimento, por si só, não exclui o dever de socorro, impondo-se, no entanto, prudente apreciação das circunstâncias.

Art. 136

MAUS-TRATOS

BIBLIOGRAFIA: BAUER, *Die Kindesmisshandlung*, 1969; FINK, *Das Delikt der körperlichen Kindesmisshandlung*, Kriminol. Schriftenreihe, vol. 34, 1968; MANTOVANI (F.), *Abus des moyens de correction et de discipline*, no volume *Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle*, relatório do Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale ao IX Congresso Internacional de Direito Penal, Cujas, 1964; PISAPIA (G.D.), *Abuso di mezzi di correzione e di disciplina*, Novissimo Digesto Italiano, I, Turim, 1937; SCHREIBER, *Misshandlung von Kindern und alten Menschen*, Kriminol. Schriftenreihe, vol. 48, 1971; SÉVERY (J.), *Un cas de cruauté parentale*, Rev. Int. Crim. Pol. Tech., jul./set., 1967; ULRICH, *Die Kindermisshandlung in strafrechtlicher, kriminologischer und gerichtsmedizinischer Sicht*, 1964.

61. Já não se admite a violência corporal exercida por mestres e preceptores, em relação a alunos e pupilos. As velhas regras do direito antigo e medieval nesse sentido, mesmo nos países em que deixaram larga tradição, já não são toleradas. Os educadores limitam na advertência, na censura, na suspensão e na expulsão, o seu arsenal punitivo. Num caso em que a professora desferiu um tapa no rosto do aluno, a decisão condenatória assinala que “os castigos corporais, como meio de corrigir, estão hoje inteiramente abolidos, sendo inadmissíveis na disciplina escolar, pelo menos entre nós” (RT 376/248).¹

¹ A antiga jurisprudência francesa, que reconhecia um direito de correção manual aos mestres, foi revivida em 1972, em decisão do Tribunal Correcional de Paris. Cf. LEVASSEUR, *Droit de correction de parents et des éducateurs*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1972, n.º 4, 872. Contra a existência desse direito, Cf. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit criminel*, V, n.º 1987; MERLE e VITU, *Traité de droit criminel*, n.º 339 etc.

Em outra decisão, no mesmo sentido, afirmou-se: “Na manutenção da disciplina escolar, os meios lícitos vão da advertência à expulsão; constitui excesso penalmente punível o ato de violência que causa lesão ou desequilíbrio orgânico na pessoa da vítima” (RT 414/275). Nesse último caso, o professor havia desferido um tapa no aluno, causando-lhe forte hemorragia nasal.

Os casos mais comuns têm sido relativos a castigos físicos impostos pelos pais. Dificilmente se pode aceitar, nos dias que correm, o emprego da violência como processo pedagógico. Deprimindo e humilhando, a violência conduz ao rancor e à revolta, funcionando, portanto, como processo antieducativo.² Os castigos físicos moderados dos pais são admitidos (RT 398/303), no entanto, e seus excessos ficam geralmente impunes, pois não se pode esperar que os próprios filhos apresentem queixa. Somente os casos realmente escandalosos conduzem a processo, pela intervenção de terceiros. A existência de lesão corporal parece ser um critério importante para que os tribunais reconheçam o abuso.³ A lesão corporal leve é absorvida pelo crime de maus-tratos (RT 426/406). O bom propósito do agente e o justo fim de sua atuação não exculpa o excesso disciplinar,⁴ que se reconhece nos castigos imoderados (RT 404/291). A correta posição do juiz está bem indicada numa decisão significativa: “Ao prudente critério do magistrado, que, ao julgar, se colocará perante o caso concreto, na posição psicológica de um bom pai de família, deve ficar a apreciação dos castigos físicos impostos a menores, a título de *jus corrigendi vel disciplinandi*. Excesso esporádico, ocasional e sem alarmante gravidade nem sempre merecerá repressão; mas habitual exorbitância punitiva terá que ser penalmente coartada” (RT 415/267). LEVASSEUR

² MANTOVANI (F.), *Abus des moyens de correction et de discipline*, cit. 165.

³ FRANCESCHINI, *Jur. Crim.*, nos. 3.999 e 4000.

⁴ FRANCESCHINI, *Jur. Crim.*, n.º 3.998.

adverte que a opinião geral tem sido sempre no sentido de que o direito dos pais deve ser admitido com prudência, nos limites bem estreitos justificados pelo fundamento do direito que se reconhece.

BIBLIOGRAFIA GERAL

- ANAYA (Justo Laje), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, v. I, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- ANTOLISEI (F.), *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, Milão, Giuffrè, 1958.
- BINDING (K.), *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Leipzig, Felix Meiner, 1902/1905. Há nova edição fotocopiada da Scientia Verlag, Aalen 1969.
- BRUNO (Anibal), *Crimes contra a Pessoa*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976.
- CARRARA (F.), *Programa del Curso de Derecho Penal*, trad. Soler, Buenos Aires, Depalma, 1945, vols. 3 a 9.
- FINGER (A.), *Das Strafrecht, Besonderer Teil*, Berlim, Carl Heymanns, 1914.
- FRANK (R.), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, Mohr, 1931.
- FREDERICO MARQUES (J.), *Tratado de Direito Penal*, vol. 4.º, Parte Especial, São Paulo, Saraiva, 1961.
- GERLAND (H.), *Deutsches Reichsstrafrecht, Ein Lehrbuch*, Berlim e Leipzig, Gruyter, 1932.
- GOYET (F.), *Droit Pénal Spécial*, 8.ª ed., refundida por M. Rousselet, J. Patin e P. Arpaillange, Paris, Sirey, 1972.
- KOHLRAUSCH (E.), LANGE (R.), *Strafgesetzbuch*, Berlim, Gruyter, 1950.
- LARGUIER (J. e A. M.), *Droit Pénal Spécial*, Paris, Dalloz, 1975.
- LEVENE (h.) (Ricardo), et al., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires, Zavalia, 1976.
- LISZT (F.) — SCHMIDT (Eb.), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.ª ed., Berlim e Leipzig, Gruyter, 1927.
- LYRA (Roberto), *Noções de Direito Criminal, Parte Especial*, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1944.
- MAGGIORE (G.), *Diritto Penale, Parte Speciale*, Bolonha, Zanichelli, 1953.
- MALANIUK (W.), *Lehrbuch des Strafrechts*, 2.ª parte, Viena, Manzschke Verlag, 1948.
- MANZINI (V.), *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, Utet, 1950, vol. IV a IX.

- MAURACH (R.), *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Karlsruhe, Muller, 1969 (5.^a edição).
- MESTIERI (J.), *Curso de Direito Criminal*, Rio de Janeiro, Ed. Alba, 1970.
- MEYER (H.), ALLFELD (Ph.), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig e Erlangen, Werner Scholl, 1922.
- MEZGER (E.), *Strafrecht, Besonderer Teil, Ein Studienbuch*, Munique e Berlim, 1954.
- MUÑOZ CONDE (F.), *Derecho Penal, Parte Especial*, Sevilha, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
- NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderer Teils des Strafrechts*, 1950.
- QUINTANO RIPOLLÉS (A.), *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, vols. I a IV, Madri, Editorial Revista de Direito Privado, 1962/67.
- SAUER (W.), *System des Strafrechts, Besonderer Teil*, Colônia e Berlim, Carls Heymanns, 1954.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 19.^a ed., atualizada por Lenckner, Cramer, Eser e Stree, Munique, Beck, 1978.
- SOLER (S.), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1973, vols. 3 a 5.
- STOOSS (C.), *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*, Viena e Leipzig, Frank Deuticke, 1913.
- STRATENWERTH (G.), *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, Berna, Stämpfli, 1973.
- VÍRON (Michel), *Droit Pénal Spécial*, Paris, Masson, 1976.
- VOUIN (Robert), *Droit Pénal Spécial*, 4.^a ed., preparada por Michele-Laure Rassat, Paris, Dalloz, 1976.
- WELZEL (H.), *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, Gruyter, 1969.
- WESSELS (J.), *Strafrecht, bes. Teil*, Karlsruhe, Mueller, I, 1976.

Índice de Assuntos

ABANDONO DE INCAPAZ

Agravantes especiais — 435
 Casos qualificados — 435
 Conceito do crime — 425
 Consumação e tentativa — 434
 Direito comparado — 421
 Elementos do crime — 428
 Generalidades — 574
 Histórico — 422

ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO

v. *Exposição de recém-nascido*

ABORTO

Anticoncepcionais — 491, 545
 Conceito — 287
 Condições jurídicas do crime — 289
 Crime impossível — 301
 Crime qualificado — 304
 Direito comparado — 268
 Direito positivo moderno — 273
 Dolo — 290
 Espécies de crime — 302
 Estupro — 312
 Gravidez — 290
 Gravidez patológica — 296
 Histórico — 269
 Indicação eugênica — 313
 Início da vida — 544
 Legislação brasileira — 543

Legitimidade — 275
 Melos abortivos — 298
 Morte do feto — 300
 Necessário — 306
 Objetividade jurídica — 285
 Panorama legislativo atual — 547
 Sentimental — 312
 Tentativa — 305
 Terapêutico — 307

ABUSO DOS MEIOS DE CORRUPÇÃO OU DISCIPLINA

Maus-tratos — 451

ANTECEDENTES DO RÉU

Aplicação da pena — 470

ANTICONCEPCIONAIS

Aspectos jurídicos — 491

APLICAÇÃO DA PENA

Aberratio ictus — 480
 Agravantes e atenuantes — 477
 Antecedentes do réu — 470
 Arbitrio judicial — 457
 Circunstâncias e consequências do crime — 476
 Crime continuado — 484
 Critérios — 467, 487
 Furto qualificado — 482
 Furto simples — 482

APLICAÇÃO DA PENA (cont.)

Intensidade do dolo ou grau da culpa — 472

Motivos determinantes — 475

Personalidade do agente — 471

Roubo — 483

Tentativa de Homicídio — 479

ARBITRIO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DA PENA

Exame da matéria — 457

ATAVISMO

Gênese da criminalidade — 25

BEM JURÍDICO

Conceito — 10

CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Conceito — 48

CASTRAÇÃO

Nacional socialismo — 388

CAUSALIDADE

Equivalência dos antecedentes — 39

Irrelevância de concausas — 38

Omissão — 61

Rompimento do nexo causal — 43

Teorias — 41

CAUSAS DE EXCLUSÃO DE CRIME

Costume — 108

Legítima defesa — 92

CERTEZA LEGAL

Aplicação da pena — 462

CIRCUNSTÂNCIAS

Classificação — 120

CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

CP brasileiro — 12

Princípios gerais — 7

COAÇÃO IRRESISTÍVEL

Homicídio — 108

Exclusão da culpa — 48

Sugestão hipnótica — 111

CONCURSO DE AGENTES

Circunstâncias — 120

Circunstâncias incommunicáveis — 120

Homicídio — 116

Participação em crime menos grave — 118

Revogação do mandato — 121

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Previsão legal — 16

CRIME CULPOSO

v. Culpa "*stricto sensu*"

Classificação dos delinquentes — 183

Compensação de culpas — 220

Conceito — 528

Concurso de agentes — 211

Continuação — 217

Imprudência, negligência e imperícia — 187

Pluralidade de eventos — 215

Risco permitido — 529

CRIME DE MERA SUSPEITA

Conceito — 369

CRIME DE PERIGO

Conceito — 379

Tentativa — 384

CRIME DO AUTOMÓVEL

v. Crime na circulação de veículos

CRIME IMPOSSÍVEL

Conceito — 69

CRIME NA CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS

Derrapagem — 197, 533

Fuga do local do acidente — 532

Generalidades — 193

Homicídio culposo — 190, 526

Legislação — 528

Normas de trânsito — 194

Regras de trânsito — 532

Situações de culpa — 529

Ultrapassagem — 533

Via preferencial — 532

CRIME PRETERINTENCIONAL

Conceito — 342

CRIME QUALIFICADO PELO RESULTADO

Homicídio preterintencional — 342

CRIMES CONTRA A PESSOA

Honra e liberdade — 17

Pessoa humana — 15

Princípios gerais — 15

Subdivisão — 18

CRIMES CONTRA A VIDA

Crimes qualificados pelo evento morte — 21

Vida humana — 21

CULPABILIDADE

Causas de exclusão — 48

Culpa *ex lege* — 188

Culpa presumida — 188

Responsabilidade objetiva — 189

CULPA "STRICTO SENSU"

Conceito — 47, 180

Condição de punibilidade — 179

Critério da previsibilidade — 181, 184

Culpa consciente — 181

Culpa inconsciente — 181

Erro profissional — 219

Punibilidade — 176

DEFORMIDADE DE PERMANENTE

Conceito — 337

DERRAPAGEM*v. Crime na circulação de veículos*

Crime na circulação de veículos — 533

DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Sistema do CP — 75

DOENÇAS VENÉREAS

Espécies — 393, 408

DOLO

Consciência da antijuridicidade — 45

Dolo alternativo — 47

Dolo determinado — 47

DOLO DE PERIGO

Conceito — 381

DOLO EVENTUAL

Fórmulas de Frank — 51

DUELO

Previsão legislativa — 18

EMOÇÃO

Conceito — 132

ENFERMIDADE INCURÁVEL

Conceito — 336

ERRO ACIDENTAL

Irrelevância — 86

ERRO ESSENCIAL

- Critérios — 77
- Exclusão da culpa — 48

ERRO NA EXECUÇÃO

- Irrelevância — 86

ERRO PROFISSIONAL

- Crime culposos — 219

ESTADO DE NECESSIDADE

- Causa de exclusão de crime — 92
- Conceito — 96
- Inexigibilidade de outra conduta — 94

ESTERILIZAÇÃO

- Lesão corporal — 492

EUGENIA

- Aborto — 313
- Anticoncepcionais — 497
- Pseudociência — 388

EUTANÁSIA

- Homicídio privilegiado — 126, 518

EXCLUSÃO DA ILICITUDE

- Causas não escritas — 104

EXPOSIÇÃO DE RECÉM-NASCIDO

- Conceito — 436
- Generalidades — 575
- Instituição da *roda* — 430

FUNÇÃO

- Conceito — 333

FUNÇÃO DO JUIZ CRIMINAL

- Aplicação da pena — 466

HOMO MEDIUS

- Conceito — 185

HOMICÍDIO

- Aberratio ictus* — 86
- Arrependimento eficaz — 114
- Assassinato — 31
- Causalidade — 38
- Causas de exclusão do crime — 92
- Causas de privilégio e homicídio qualificado — 523
- Coação irresistível — 108
- Concurso de agentes — 116
- Crime impossível — 69
- Crime preterintencional — 175
- Crime privilegiado — 121
- Crime sem motivo — 122
- Crimes qualificados pelo evento morte — 54
- Crimes passionais — 137
- Culposos — 47
- Definição — 27
- Desistência voluntária — 114
- Dolo — 49
- Dolo eventual ou culpa consciente — 50
- Dolo indireto — 347
- Dolus generalis* — 73, 91
- Dolo indeterminado — 73
- Elemento subjetivo — 45
- Erro acidental — 86
- Erro essencial — 75
- Erro sucessivo — 91
- Estado de necessidade — 96
- Eutanásia — 126, 518
- Exame de corpo de delito — 63
- Exame geral — 25
- Feto nascente — 36
- Histórico — 27
- Homicídio concausal — 60
- Homicídio qualificado — 32
- Inexigibilidade de outra conduta — 94
- Intervenção médico-cirúrgica — 106
- Jogo esportivo — 93, 101

HOMICÍDIO (cont.)

- Legítima defesa — 97
- Legítima defesa putativa — 76, 100
- Lei de segurança nacional — 525
- Meios executivos — 61
- Monstro — 37
- Motivo fútil — 521
- Objetividade jurídica — 38
- Offendicula* — 92
- Omissão — 62
- Parricídio — 33
- Passional — 152
- Premeditação — 33
- Preterintencionalidade — 55, 342
- Pretexto de legítima defesa — 76
- Prova de materialidade — 63
- Qualificado — 521
- Responsabilidade objetiva — 57, 355
- Simples e qualificado — 30
- Sujeito passivo — 36, 520
- Superioridade em força ou em armas — 170
- Surpresa — 522
- Tentativa — 65, 479
- Traição — 522
- Transplante de órgãos — 514
- Vida e morte — 514
- Violenta emoção — 132
- Xipófagos — 37

HOMICÍDIO CULPOSO

- Agravantes — 190
- Fuga do local do acidente — 532
- Inobservância de regra técnica — 191, 530
- Isenção de pena — 534
- Omissão de socorro — 192, 531
- Princípios gerais — 172

Tentativa — 217

Tráfego ferroviário — 209

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Asfixia — 166
- Dissimulação — 169
- Emboscada — 169
- Favorecimento de outro crime — 170
- Meio perigoso, insidioso ou cruel — 164
- Motivo fútil — 164
- Motivo torpe — 163
- Traição — 168
- Veneno — 165

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO

- Agravantes especiais — 238
- Auxílio por omissão — 537
- Coação resistível — 234
- Condição de punibilidade — 235, 538
- Configuração legal — 231
- Constrangimento ilegal — 228
- Direito à vida — 226
- Direito comparado — 222
- Direito de morrer — 226
- Duelo à americana — 234
- História — 223
- Legislação — 536
- Legitimidade da incriminação — 223
- Maus-tratos — 234
- Provocação indireta — 536
- Suicídio a dois — 237
- Tentativa — 236

INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA

- Estado de necessidade — 94

INFANTICÍDIO

- Casos dúbios — 265

INFANTICÍDIO (cont.)

- Concurso de agentes — 266, 541
- Critério fisiológico — 539
- Direito comparado — 238
- Docimásias — 260
- Elemento cronológico — 264
- Estado puerperal — 242
- Feticídio — 258
- Generalidades — 539
- Histórico — 239
- Motivo de honra — 253, 540
- Parto — 257
- Prova da vida extra-uterina — 260
- Psicoses "post-partum" — 255
- Responsabilidade atenuada — 251
- Sujeito passivo — 257

INTERESSE JURÍDICO

- Conceito — 10

INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

- Ausência de dolo — 559
- Homicídio — 106
- Lesão corporal — 558

JOGO ESPORTIVO

- Homicídio — 93

JOGOS VIOLENTOS

- Homicídio — 101

LEGÍTIMA DEFESA

- Causa de exclusão de crime — 92
- Conceito — 97

LESÃO CORPORAL

- Aborto — 341, 568
- Aceleração de parto — 335, 568
- Castração — 388, 558, 560
- Crime qualificado — 328
- Culposa — 368
- Debilidade permanente de membro, sentido ou função — 332

- Deformidade permanente — 337, 567

- Dolo comparado — 320

- Dolo — 326

- Enfermidade incurável — 336

- Esterilização — 492, 560

- Generalidades — 323, 556

- Grave — 329, 566

- Gravíssima — 335

- Histórico — 322

- Incapacidade para as ocupações habituais — 329, 566

- Incapacidade permanente para o trabalho — 335

- Intervenção cirúrgica — 325, 558

- Objetividade jurídica — 324

- Perdão judicial — 568

- Perda ou inutilização de membro, sentido ou função — 336

- Perigo de vida — 331, 566

- Privilegiada — 367

- Simplex — 328

- Solução legislativa — 557

- Substituição de pena — 367

- Tentativa — 327

- Transexualismo — 558

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE

- Conceito — 341

- Elementos — 364

LIVRE CONVENCIMENTO

- Aplicação da pena — 462

MALTHUS

- Lei de Malthus — 276

MAUS-TRATOS

- Castigo corporal — 580

- Conceito do crime — 448

- Direito comparado — 446

- Histórico — 446

MEMBRO

Conceito — 333

MOTIVOS

Classificação — 124

OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

Homicídio — 108, 111

OBJETIVIDADE JURÍDICA

Classificação dos crimes — 9

OFFENDICULA

Solução jurídica — 92

OMISSÃO

Dever jurídico de atuar — 62

OMISSÃO DE SOCORRO

Casos qualificados — 445

Conceito do crime — 440

Concurso de agentes — 445

Direito Comparado — 438

Elementos do crime — 441

Generalidades — 576

Histórico — 439

Homicídio culposo — 531

Situação dos médicos — 577

PARRICÍDIO

Homicídio — 33

PARTE ESPECIAL

Carater fragmentário — 509

Classificação dos crimes — 510

Introdução — 507

PERIGO

Conceito — 370

Critério misto — 374

Perigo comum — 378

Perigo presumido — 377

Teoria objetiva — 373

Teoria subjetiva — 372

PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLESTIA GRAVE

Conceituação — 411

Direito Comparado — 386

Generalidades — 571

PERIGO DE CONTÁGIO VENÉREO

Conceito do crime — 401

Concurso de crimes — 410

Condição de punibilidade — 409

Direito comparado — 386

Elementos objetivos — 407

Generalidades — 569

Ilícito penal — 398

Modalidades do crime — 405

PERIGO PARA A VIDA OU A SAÚDE DE OUTREM

Conceito do crime — 417

Direito comparado — 413

PERICLITAÇÃO PARA A VIDA E DA SAÚDE DE OUTREM

Generalidades — 369, 572

PERIGO PARA A VIDA OU A SAÚDE DE OUTREM

Histórico — 414

Legitimidade da incriminação — 416

PREMEDITAÇÃO

Homicídio — 33

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Proscrição — 57

ROUBO

Tentativa de homicídio — 172

SENTIDO

Conceito — 333

SUGESTÃO HIPNÓTICA

Coação irresistível — 111

SUICÍDIO

v. *Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio*

Teoria sociológica — 228

Tese psiquiátrica — 228

TENTATIVA

Arrependimento eficaz — 114

Atos preparatórios e atos de
execução — 67

Definição — 68

Desistência voluntária — 114

Dolo eventual — 75

Impetus — 72**TRÁFEGO FERROVIÁRIO**

Crimes culposos — 209

TRANSEXUALISMO

Lesão corporal — 561

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

Vida e morte — 514

VANTAGENS DO CRIME

Produto, preço e proveito — 172

VENENO

Conceito — 165

VIOLENCIA ESPORTIVA

Homicídio — 101

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

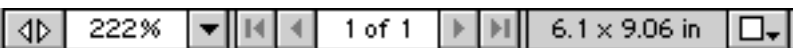
Movimentar Páginas

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

