

Nelson Hungria

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

Volume VI
Artigos 137 a 154

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

NÉLSON HUNGRIA

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal. Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojeto 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 VI

Arts. 137 a 154

5.ª edição

FORENSE
Rio de Janeiro
1980

1.^a edição — 1948

2.^a edição — 1953

3.^a edição — 1955

4.^a edição — 1958

5.^a edição — 1980

(c) † *Nélson Hungria*

Heleno Cláudio Fragoso

Hungria, Nélson, 1891-1969.

H916c

Comentários ao Código Penal, volume VI: arts. 137 ao 154 /por/ Nélson Hungria /e/ Heleno Cláudio Fragoso. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

Apêndice
Bibliografia

1. Direito penal — Legislação — Brasil I. Fragoso, Heleno Cláudio II. Brasil. Leis, decretos, etc. Código Penal III. Título

CDU — 343(81) (094.46)
[341.5]

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE
Av. Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - 20020 - Rio de Janeiro-RJ

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMARIO

NÉLSON HUNGRIA

Art. 137	7
Arts. 138 a 145	29
Arts. 146 a 149	141
Art. 150	201
Arts. 151 e 152	226
Arts. 153 e 154	246

Apêndice

— A Nova Lei de Imprensa	279
— A Legítima Defesa Putativa em Face do Novo Código Penal	309
— Da Responsabilidade Penal	331
— Ainda Sobre a Aplicação da Pena	359
— O Crime de Gencídio	363

Bibliografia	379
--------------------	-----

HELENO C. FRAGOSO

Alterações Legislativas Neste Volume	387
Índice Alfabético de Assuntos	395

PLANO GERAL DA COLEÇÃO ATUALIZADA

- Vol. I — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Tomo I — Arts. 1.º a 10
6.ª ed. — 1980
Tomo II — Arts. 11 a 27
5.ª ed. — 1978
- Vol. II — Prof. Aníbal Bruno
Arts. 28 a 74
1.ª ed. — 1969
- Vol. III — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Arts. 75 a 101
5.ª ed. — em preparo
- Vol. IV — Prof. Aloysio de Carvalho Filho
Min. Jorge Alberto Romeiro
Arts. 102 a 120
5.ª ed. — 1979
- Vol. V — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Arts. 121 a 136
5.ª ed. — 1979
- Vol. VI — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Arts. 137 a 154
5.ª ed. — 1980
- Vol. VII — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Arts. 155 a 196
3.ª ed. — em preparo
- Vol. VIII — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Arts. 197 a 249
5.ª ed. — em preparo
- Vol. IX — Min. Nélon Hungria
Prof. Heleno C. Fragoso
Arts. 250 a 361
3.ª ed. — em preparo

CAPÍTULO IV

Da rixa

Rixa

Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena — detenção, de 15 dias a dois meses, ou multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 1.000,00.

Parág. único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, art. 588; uruguaio, art. 323; polonês, arts. 240-241; alemão, §§ 227, 228 e 367, n.º 8; austríaco, §§ 134 e 157; espanhol, arts. 414 e 427; sueco, cap. XIV, § 7.º; húngaro, § 308; holandês, art. 306; turco, art. 180; suíço, art. 133; mexicano (1931), arts. 297 e 308; peruano, art. 180; chinês, art. 300; chileno, arts. 392, 402 e 403; boliviano, arts. 545 e 546; argentino, arts. 95 e 96; colombiano, arts. 667 a 675.

BIBLIOGRAFIA. CARRARA, *Programma*, p. e., §§ 1.292 e segs., 1906; ALIMENA (Bernardino), *Dei delitti contro la persona*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, vol. 9.º, e *Diritto Penale*, II, págs. 324 e segs., 1912; PESSINA, *Elementi di diritto penale*, II, págs. 64 e segs., 1825; IMPALLOMENE, *L'omicidio nel diritto penale*, 1900, e *Delitti contro la persona*, in *Trattato*, de COGLIOLO, vol. 2.º, parte 2.ª, págs. 181 e segs.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, edições de 1926 e de 1937 (vol. VIII, págs. 149 e segs.); VANNINI, *Il delitto di omicidio*, 1935, págs. 196 e segs.; MASI, *La rissa*, 1934; DI VICO, *La rissa*, in *Rivista Penale*, 1936; PANNAIN, in *Nuovo Digesto Italiano*, verb. *rissa*; ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, in *Trattato*, de FLORIAN, 1934; JANNETTI-PIROMALLO (E.), *Dei delitti contro la persona*, in *Il Codice Penale Illustrato*, sob a direção de Ugo CONTI, 1935; SALTELLI-DI FALCO,

Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale, 1931, vol. 2.º, pág. 2; LOSCHIAVO, *Osservazioni in tema di rissa*, in *Giustizia Penale*, II, 1934; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil*, 1937; THOR-MANN-OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 1.º fasc. do 2.º vol., 1940; RAUTER, *Der Raufhandel in deutschen Reichstrafgesetzbuch*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 22; GAUTIER, *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, II, pág. 248; CALAME, *Protokoll*, II, pág. 251; FORRER, *Der Raufhandel im schweizerischen Recht (A rixa no direito suíço)*, 1929; BINDING, *Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts, bes. Teil, I*, 1902; KRIEGSMANN, *Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach (Co-autoria e rixa desde Feuerbach)*, 1907; FRANK, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1908; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1907, § 76; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927; FINGER, *Das Strafrecht*, 1895, § 17; SIGHELE, *La teoria positiva della complicità*, 1894; CRIVELLARI, *Codice Penale*, vol. 7.º; 1896; CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, IV, págs. 64 e segs.; MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, II, pág. 467; IRURETA GOYENA, *El delito de homicidio*, 1928, págs. 321 e segs.; EUSÉBIO GOMEZ, *Tratado de derecho penal*, vol. 2.º (*Delitos contra la persona*), cap. XXXVIII; EMILIO DIAZ, *El Código Penal*, 1928, n.º 286; LONGO, *Commento al Codice Penale Italiano*, 1911, págs. 389 e segs.; ELIAS DE OLIVEIRA, *Criminologia das multidiões*, 1934, págs. 323 e segs.; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, III, 1943; ABI FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa*, 1942; J. SEVERIANO, *Código Penal*, vol. III, 1942; ÉDISON BRANDÃO, *A rixa perante a legislação brasileira*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 4.º, 1943; JOSÉ CAMPOS, *Rixa*, in *Rev. de Direito*, vol. 148, págs. 21 e segs.; QUEIRÓS DE MORAIS, *Delito de rixa*, 1946.

COMENTARIO

113. **Histórico.** O reconhecimento da rixa como crime *sui generis* é de data relativamente recente. O direito romano não incriminava a rixa em si mesma, limitando-se a regular o caso em que, no curso dela, resultasse homicídio. Segundo uma decisão de PAULO (Dig., *Ad Legem Corneliam de sicariis et veneficiis*, 17), "*si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collecturum contemplari oportet*", inferindo-se daí que, quando ignorado o autor do *ictus* mortal, nenhum dos contendores responderia de *occiso*. Entretanto, de modo diverso se vê decidido no frag. 3.º da lei chamada "Item Mela" (porque com estas palavras começava

o seu texto): “*Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictus perierit, ille, quasi occiderat, tenetur: quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri Julianus ait*”.

Na Idade Média, algumas legislações adotaram a regra de PAULO, mas os práticos em geral, fundados na “Item Mela”, acolhiam, no caso de incerteza da autoria do evento letal, o princípio da *solidariedade*,¹ aplicada a todos os participantes da rixa uma pena extraordinária, menos severa que a comum do homicídio. Era uma transação de responsabilidade e de pena, baseada numa transação de prova. Ensinava FARINÁCIO: “*Quando in rixa, a pluribus commissa, reperitur mortuus unico tantum vulnere affectus, ignoreturque quis ex rixantibus illud intulerit tunc enim propter hanc incertitudinem omnes absolvantur a poena ordinaria homicidii, et condemnantur in poenam extraordinariam arbitrio judicis*”.² Se vários eram os ferimentos, uns letais e outros não, e fossem identificados os respectivos autores, prevalecia a regra da proporção: “*illi tantum qui lethalia intulerunt tenentur de occiso, alii vero de vulneribus tantum*” (JULIUS CLARUS). Tal como no direito romano, somente se cuidava da rixa como *ocasião* a homicídio, e não como fato incriminado por si mesmo. Tanto assim que os *non vulnerantes* ficavam a coberto de pena: “*Tunc enim non vulnerantes non tenentur de occiso, nec puniuntur*” (FARINÁCIO).

¹ O direito eclesiástico assim resolvia: “*Si plures homines unum per rixam adorti occiderint, quicumque eorum plagam ei intulerit tamquam homicida poenitentiam agat*”.

² No mesmo sentido, JULIUS CLARUS (*Practica Criminalis, § homicidium*): “*Tertius autem est casus, quando certo aparet homicidium ipsum ex improviso, et in rixa commissum. Et tunc est etiam distinguendum, prout etiam multis modis potest haec incertitudo considerari. Aut enim unicum vulnus est illatum, ex quo vulneratus decessit, et ignoratur quis ex pluribus illud intulerit, et tunc puniuntur de occiso, sed tantum poena extraordinaria, arbitrio judicis imponenda*”.

Com o advento das codificações penais, dois sistemas principais foram adotados: um disciplinando o *homicídio ou lesão corporal em rixa* e outro a *participação em rixa*, como entidade criminal autônoma. O primeiro, por sua vez, apresenta duas formas: a da *solidariedade* (Códigos da Suécia e do cantão de Friburgo³) e a da chamada "cumplicidade correlativa" (Códigos austríaco, húngaro⁴ e espanhol). Duas modalidades, igualmente, apresenta o segundo sistema: o da punibilidade da rixa em si mesma quando ocorra homicídio ou lesão corporal (Códigos alemão,⁵ holandês⁶ e ita-

³ Art. 149: "*Si l'état du lesé est le résultat non d'une blessure isolée, mais du concours de plusieurs blessures, tous ceux qui auront pris part à la rixe ou à l'agression seront punis comme auteurs. Si les auteurs des lésions n'ont pu être connus, tout les délinquants qui n'auront pas pu justifier d'un degré moindre de culpabilité seront punis comme auteurs*".

⁴ § 308: "*Wurde ate schwere Körperverletzung durch von mehreren verübte Misshandlungen herbeigeführt und kann nicht festgestellt werden, wer dieselbe verursacht hat, so wird jeder, der an der Misshandlung vorsätzlich teilgenommen hat, mit Kerker bis zu zwei Jahren und an Geld bis zu zweihundert Gulden bestraft; ist aber durch die Misshandlung der Tod eines Menschen verursacht worden, so wird jeder mit Kerker bis zu drei Jahren und an Geld bis zu vierhundert Gulden bestraft*".

⁵ § 227: "*Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriff beteiligt hat, schon wegen dieser Beteiligung mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist*" ("Se em uma rixa "ou ataque por parte de diversos, for alguém morto ou gravemente "ferido, todo aquele que tiver tomado parte na rixa ou no ataque "será punido, pelo simples fato de sua participação e uma vez que "não se tenha achado envolvido na luta sem culpa sua, com encarceramento até três anos").

É de notar-se, porém, que o Código alemão pune como *contração* o simples fato de participação em rixa, servindo-se de alguma arma, "notadamente de uma faca ou outro instrumento perigoso" (§ 367, n.º 10).

⁶ Art. 306: "*Ceux qui, avec intention, prennent part à un assaut ou batterie où plusieurs personnes sont engagées, sont punis, sauf la*

liano de 1889) e o da punibilidade da rixa simples, funcionando o eventual resultado letal ou lesivo como *condição de maior punibilidade*, ressalvada a responsabilidade individual do autor do homicídio ou lesão (Código do cantão de Vaud, de 1844 ⁷).

No Brasil, nem o Código do Império nem o de 1890 cuidavam da rixa como crime *sui generis* ou como ocasião a outros crimes. O Projeto ARISTIDES MÍLTON (1896) regulava o caso de *autoria incerta* de homicídio ou ferimento ocasionado em um conflito. O Projeto VIEIRA DE ARAÚJO (1897) copiou o art. 379 do Código ZANARDELLI (punibilidade da rixa de que derive morte ou lesão corporal). O Projeto GALDINO SIQUEIRA (1913) igualmente só incriminava a rixa de que resultasse homicídio ou lesão grave ou gravíssima, ressalvada a responsabilidade individual por tais eventos. O primitivo Projeto SÁ PEREIRA (1928) foi o primeiro a incriminar a rixa em si mesma, considerando o evento letal ou lesivo como condição de maior punibilidade. Era o critério do atual Código italiano, com a só diferença de restringir às de natureza grave as lesões condicionantes da maior punibilidade. ⁸ Idêntico foi o critério acolhido pela Subcomissão legislativa (SÁ PEREIRA,

⁷ Art. 240: "*Celui qui prend part active à une batterie, lors même qu'elle ne présent aucun des caractères mentionnés aux articles suivants (isto é, ainda quando não acompanhada de lesões corporais ou morte), est puni par une amende qui ne peut excéder soixante francs ou par un emprisonnement qui ne peut excéder quinze jours*".

⁸ É este o dispositivo do Código italiano (art. 588): "*Chiunque partecipa a una rissa è punito con la multa fino a lire tremila. Se nella rissa taluno rimane ucciso, o riporta lesione personale, la pena, per il solo fatto della partecipazione alla rissa, è della reclusione da tre mesi a cinque anni. La stessa pena si applica se la uccisione, o*

responsabilité de chacun pour les faits particuliers par lui commis: 1.º, d'un emprisonnement de deux ans ou plus, si l'assaut ou la batterie ne sont suivis que d'une lésion corporelle; 2.º, d'un emprisonnement de trois ans ou plus, si l'assaut ou la batterie sont suivis de la mort de quelqu'un".

EVARISTO DE MORAIS e BULHÕES PEDREIRA), ficando o preceito com a seguinte redação definitiva: “Punir-se-á com detenção ou multa aquele que tomar parte em rixa, salvo se o fez para repelir ataque ou separar os combatentes. A pena será a de prisão até cinco anos, quando lesão corporal grave ou morte resultarem da rixa, ou quando, em consequência dela, sobrevier a morte”.

O Projeto ALCÂNTARA MACHADO também punia a rixa como crime autônomo e, a seguir, no caso de resultar lesão leve, grave ou gravíssima, ou morte, não se tendo podido averiguar a respectiva autoria, adotava o critério da transação de responsabilidade e de pena para os que tivessem exercido atos de violência. Eis o seu texto (segundo a última edição): “Art. 313. Participar de rixa, em que se envolvam mais de duas pessoas, a menos que o faça para separá-las: pena — multa de 100\$0 a 1:000\$0. § 1.º Se da rixa resultar lesão, sem que se possa determinar quem a tiver causado: pena — para todos quantos hajam exercido atos de violência contra a vítima, detenção por um a seis meses, se a lesão for leve; detenção por seis meses a três anos, se for grave; e detenção ou reclusão por um ano a quatro anos, se for gravíssima. § 2.º Se da rixa resultar morte, sem que se possa determinar quem a tiver causado: pena — para todos quantos hajam exercido atos de violência contra a vítima, detenção ou reclusão por dois a seis anos”.

114. A solução dada pelo Código. A Comissão revisora do Projeto ALCÂNTARA restabeleceu a fórmula do Projeto SÁ

la lesione personale, avviene immediatamente dopo da rissa e in conseguenza di essa”.

No Código Rocco também já se inspirou o Código uruguaio (artigo 323): “*El que participare en una riña será castigado con multa de cien o quinientos pesos e prisión equivalente. Si de la riña resultare muerte o lesión, el delito será castigado, por el solo hecho de la participación, con la pena de seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría”.*

PEREIRA, isto é, depois de incriminar a rixa por si mesma, atribuiu ao eventual resultado *morte* ou *lesão corporal grave* o papel de *condição de maior punibilidade*. Foi radicalmente enjeitada a *medieval*, fictícia e arbitrária *transação de responsabilidade e de pena* no caso de incerteza da autoria do evento letal ou lesivo. ⁹ Incerta a autoria, todos os participantes responderão exclusivamente pelo crime de rixa *qualificada* (parág. unico do art. 137). Também não se levou em conta, para especial agravação de pena, o evento *lesão corporal leve*.

Em crítica à fórmula do Projeto SÁ PEREIRA revisto, assim se pronunciara ELIAS DE OLIVEIRA: ¹⁰ “Vê-se que, a exemplo do Projeto de 1928, o de 1933 não pune com prisão a participação em caso de ferimentos leves e muito menos a rixa como figura *sui generis*. Fáz-lo apenas com multa. Sua orientação não vem justificada por seus brilhantes autores, e, por isso, ignoramos os motivos em que se estribam para a defesa do critério adotado. Mas, de logo, se pode bem censurar a restrição com que foi regulado o assunto, excluindo da rixa as lesões corporais leves”. Há dois equívocos nesta referência. Não era a multa a única sanção cominada à rixa no Projeto SÁ PEREIRA, senão também, alternativamente, a *detenção*, como faz o Código atual. Por outro lado, os ferimentos leves não eram excluídos da *rix*a (para cuja existência, como crime autônomo, é indiferente qualquer resultado ulterior), mas, sim, dentre as *condições de*

⁹ Censurável é o recente Projeto de Cód. Penal argentino, de autoria do insigne José Peco, por não se ter totalmente libertado desse critério obsoleto (art. 116): “A los que causarem lesiones graves en riña o agresión en que tomarem parte más de dos personas, cuando hubiere resultado la muerte de alguna y no constare su autor, se le aplicará privación de libertad de uno a sets años. Si no constare tampoco los que causaren lesiones graves a la victima, se aplicará la sanción anterior a los que hubieren ejercido violencia en su persona”.

¹⁰ Ob. cit., págs. 350-351.

maior punibilidade da rixa, tal como velo, igualmente, a prevalecer na solução do Código. E a razão é simples: a "condição de maior punibilidade" representa, conceitualmente, uma conseqüência *particularmente grave*. Fora daí, não há motivo para uma especial majoração de pena do crime básico. O direito penal incidiria na censura do *summum jus summa injuria*, se, ao contrário do pretor, se pusesse a cuidar de *minimis*, que tal seria, na espécie, emprestar maior relevo ao evento *lesão corporal leve*, para crescer, independentemente do dolo, a pena de todos os partícipes da rixa. Em tal caso, basta a pena autônoma da rixa simples, sem prejuízo, é bem de ver, da responsabilidade individual do comprovado autor da lesão leve.

115. **Conceito e elementos do crime.** *Rixa* ("rissa", "rixe", "batterie", "riña", "Raufhandel" ou "Schlägerei") é uma briga entre mais de duas pessoas, acompanhada de vias de fato ou violências recíprocas, pouco importando que se forme *ex improviso* ou *ex proposito*.¹¹ Noutros tempos, defi-

¹¹ Variada é a sinóníma da rixa na linguagem vulgar: "conflito", "sarlho", "barulho", "rolo", "banzé", "chinfirim", "safarrusca", "fuzuê", "baderna". Não é de confundir-se a rixa com o chamado "crime de multidão". Neste, há uma multiplicidade de agentes, espontaneamente organizada no sentido da ação comum contra pessoas ou coisas, e não para um ataque recíproco. Sobre o crime multitudinário já assim discurremos alhures:

"Nos tempos modernos, o fenómeno da *multidão* e a *delinqüência coletiva* têm suscitado notáveis estudos, sob o ponto de vista sociológico, psicológico e jurídico-penal. PUGLIESE, SIGHELE, TARDE, SERGI, LE BON, PASQUALE, ROSSI, PRINS, NAGLER, KRASKOWIC, KRAUS, MANCI, JELGERSMA, SIMMEL, KIPOURIDY, FREUD, entre outros, escreveram páginas interessantíssimas sobre o tema, defendendo conclusões que já se refletiram no direito positivo. Entre nós, o assunto foi, em data recente, magistral e exaustivamente versado por ELIAS DE OLIVEIRA (*Criminologia das multidões*). Segundo o postulado de SIGHELE (que foi o primeiro a imprimir ao assunto um cunho científico), a multidão é um agregado humano *heterogêneo* e *inorgânico* por excelência, pois é composta de indivíduos de todas as idades, de ambos os

nia-se a rixa como "*duorum vel plurium, ob privatam injuriam, improvisa certatio*". Não é de aceitar-se, porém, na sua íntegra, esta definição. Não bastam dois contendores. Como

sexos, de todas as classes e de todas as condições sociais, formando-se sem prévio acordo, de súbito, inopinadamente. Nela, o caráter do todo não corresponde aos caracteres das unidades: seus componentes não se somam na sua inteligência, na sua realidade, mas, ao contrário, se elidem ou se deformam moralmente. Se a multidão pode superar, às vezes, o *individuum* na manifestação das mais altas faculdades da alma humana, mais freqüentemente, no seu seio, dá-se a prevalência de um psiquismo inferior.

Diz RADBRUCH que "a multidão é má, e a criatura humana também o é, mas uma e outra podem ser a matéria-prima para todo o bem" ("*Gewiss, Masse ist nicht gut. Auch der Mensch ist nicht gut, aber Masse wie Mensch sind Rohstoff zu allem Gut*"). Não se pode, entretanto negar a maior propensão para o mal da parte dos *homens agrupados*. Este fato não escapou à observação dos antigos: *senatores boni viri, senatus autem mala bestia*. A multidão afirma o autor de *I delitti della folla*, tem, como a mulher, uma psicologia *extrema*, capaz somente de excessos: ora admirável de abnegação, ora arrepiante de ferocidade. Nunca, ou raramente, é comedida nos seus sentimentos.

TARDE assim define a multidão: "Um fenômeno difícil de ser compreendido, uma reunião de elementos heterogêneos, desconhecidos entre si, mas na qual, entretanto, apenas uma centelha de paixão se desprende de um deles e eletriza o ambiente coletivo, dá-se, de súbito, como por geração espontânea, uma espécie de "organização". KIPOURIDY assim a concebe: "... a essa reunião de pessoas, inorgânica, condicionada no tempo e no espaço, em cujo seio ocorre, acerca de um motivo qualquer, uma inconsciente, empolgante influência psíquica recíproca entre seus membros, chamamos multidão" ("*Einen solchen unorganisierten, lokal und zeitlich bedingten, Personenverband nun, bei welchen, aus irgend einem Grunde eine sehr intensive, unbewusste, gegenseitige, psychische Beeinflussung seiner Mitglieder erfolgt, nennen wir Masse*").

Na sua incoerente ou variável condição, a turba é fermento de egoísmo ou eclosão de altruísmo, engendra delinquentes ou plasma heróis e mártires. Elaboram-se no seu regaço anjos e demônios, pelicanos e hienas, Cristos e Marats. Inconstante e arbitraria, exalta o Nazareno, para depois crucificá-lo; aplaude Bruto e, em seguida, Marco Antônio. É capaz de todas as generosidades e renúncias como de todas as torpezas e crueldades. Detém-se diante das lágrimas de

entidade criminal, a rixa é particularmente assinalada por certa confusão ou tumulto, que impede ou torna difícil distinguir-se a atividade hostil de cada contendor. Assim, a

Mademoiselle de Sombreuil e profana o cadáver de Madame de Lamballe, ou bebe o sangue do general Laleu.

PUGLIESE descreve, com precisão, a fase incoativa do fenômeno da turba tumultuária: "Uma multidão é excitada, mas a força que a comove qual um mar tempestuoso não recebeu ainda a determinação do movimento; uma caldeira está sob pressão, mas não foi ainda aberta a válvula que vai permitir o escapamento do vapor; um montão de pólvora está exposto ao sol, mas ninguém ainda chegou o fogo para fazê-lo explodir. Surge, então, um homem ou, antes, uma idéia; um brado ressoa: "Vamos matar Ticlo, inimigo do povo!" ou "Vamos salvar Caio, amigo dos pobres!", e o movimento é determinado, a válvula abre-se, a pólvora explode. Eis "a multidão".

No seio da multidão, pela influência recíproca, pela sugestão, pelo contágio moral, nivelam-se os mais díspares indivíduos, operando-se, como dizem os "unanimistas", a formação de um *ser único*, de uma *alma coletiva*, em que nenhum daqueles poderia reconhecer sua própria alma. É bem verdade, como observa KRASKOWIC, que as multidões têm uma alma e uma mentalidade próprias, a que se escravizam os indivíduos que a compõem ("*Die Massen besitzen eigenen Geist und die Einzelnen, die Mitglieder der Masse unterwerfen sich diesem Geist*").

Não nos furtemos ao prazer de reler esta página de MAUPASSANT, citada por SIGHELE: "...todas essas pessoas, lado a lado, distintas, diferentes pelo espírito, pela inteligência, pelas paixões, pela educação, pelas crenças, pelos preconceitos, repentinamente, pelo simples fato de sua reunião, formam um ser especial, dotado de uma alma própria, de uma mentalidade nova, comum, que é a resultante imperscrutável da média das opiniões individuais. Um dito popular afirma que a multidão não raciocina. Ora, por que a multidão não raciocina, quando é certo que cada indivíduo na multidão dão raciocina? Por que uma multidão faz espontaneamente o que nenhuma das unidades dela seria capaz de fazer? Por que uma multidão tem impulsos irresistíveis, vontades ferozes, assomos estúpidos, que nada detém, e, impelida por esses arrebatamentos irrefletidos, pratica atos que nenhum dos indivíduos que a compõem praticaria? Um indivíduo profere um grito, e eis que uma espécie de frenesi se apodera de todos, e todos, numa arrancada única, que ninguém se lembra de resistir, arrastados por um mesmo pensamento que instantaneamente se lhes torna comum, apesar das castas,

luta entre duas pessoas, unicamente, não pode caracterizar a rixa. Poderá constituir a contravenção de *vias de fato* ou o preâmbulo comum do crime de lesão corporal ou de homi-

“opiniões, crenças e hábitos diferentes, vão precipitar-se sobre um homem, para massacrá-lo, para aniquilá-lo, quase sem pretexto, embora cada um dos amotinados, se estivesse só, ter-se-ia arrojado, com risco da própria vida, para salvar o homem que, naquele momento, ajuda a matar! E mais tarde, cada qual regressando ao lar, a si mesmo indagará que cólera ou loucura o teria dominado, sacando-o bruscamente fora de sua índole e de seu caráter, e como teria podido ceder a êsse impulso feroz. É que ele cessara de ser um homem para fazer parte de uma multidão. Sua vontade individual misturara-se à vontade comum como uma gota d'água se mistura a uma caudal. Sua personalidade desaparecera, tornando-se infima partícula de uma vasta e estranha personalidade — a da multidão”.

O fenômeno da exaltação coletiva é assim fixado por ELIAS DE OLIVEIRA: “Os desvairamentos da multidão são rápidos e perigosos. A sugestão que a inflama exerce, às vezes, sobre os indivíduos que a formam uma espécie de fascinação quase irresistível. Exagera o fator antropológico. Exalta o ódio reprimido. Anestesia, instantaneamente, a consciência e desperta e anima os sentimentos de crueldade que permanecem adormecidos. A sua torça é um tufão violento, a cujo sopro não se esquivam senão os temperamentos excepcionais. No seu ímpeto aniquilador, a multidão comumente comete excessos e derrama o sangue inocente. Só após o seu retorno à calma e ao raciocínio, passada a excitação que empolga, é que acorda do pesadelo sofrido aquêle que, ao seu contato, se tornou criminoso”.

No âmago da multidão, dir-se-ia que a animalidade irrompe, o gorilha darwiniano desperta, quebrando os freios morais, fazendo saltar a camada dos motivos inibitórios estratificados na alma do homem civilizado. Até mesmo os poltrões e timoratos, quando na *mêlée* da turba tumultuosa, atrevem-se aos mais brutais excessos, como que na aliviadora desforra das humilhações passadas.

Na sua *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, FREUD afirma a desvalorização do indivíduo pelo seu enquadramento na multidão: “esta acarreta a diminuição das iniciativas independentes, uma recíproca influência eliminadora das mais valiosas qualidades do indivíduo a favor da reação comum da turba, operando-se um recuo a estádios psicológicos primitivos”. Pode dizer-se que essa transformação psíquica decorre menos da influência acoroçoante do número do que

cídio; mas não é, propriamente, sob o ponto de vista penal, a entidade “rixa”. É preciso, para existência desta, pelo menos, três pessoas. ¹² Só então, aliás, é reconhecível a acentuada situação do perigo e desordem que legitima a incriminação da rixa em si mesma.

¹² O Projeto ALCÂNTARA exigia expressamente “mais de duas pessoas”. Assim também o Projeto argentino, de JOSÉ PEÇO (“*más de dos personas*”). E no mesmo sentido é, na doutrina, a opinião dominante. HAFTER (ob. cit., pág. 44) observa: “A lei não diz o que entende sob o nome de *rixa*. . . Decisivo, em qualquer caso, é que a pugna se dê entre mais de duas pessoas” (“*Das Gesetz sagt nicht, was es unter Raufhandel versteht. . . Entscheidend ist in jedem Fall, dass sich der Streit zwischen mehr als zwei Personen abspielt*”). THORMANN e OVERBECK (ob. cit., pág. 55) assim definem a rixa: “*Man versteht darunter einen tätlichen Streit zwischen drei oder mehr Personen*”. LISZT-SCHMIDT (ob. cit., § 92), igualmente, conceituam a rixa como “a disputa entre mais de duas pessoas, que redundam em vias de fato” (“*Schlägerei ist der in Tätlichkeiten ausgeartete Streit zwischen mehr als zwei Personen*”). VANNINI (ob. cit., pág. 196) entende que a rixa é “*una violenta zuffa fra più persone (almeno due per parte) le quali nella reciproca collutazione s'impegnano a contatato fra loro oppure a distanza*”. Vejam-se também ALTAVILLA, JAN-NITTI-PIROMALLO, ALIMENA (B.) e, entre nós, BENTO DE FARIA (lit. cit.).

do contágio do mau exemplo. Os motins populares têm sempre a pronta adesão dos piores elementos sociais.

É muito justa a observação de SIGHELE: “Desde que surge no horizonte político alguma nuvem prenunciadora de temporal, e uma “insólita animação se manifesta nas vias públicas, com os ajuntamentos e escaramuças, vêem-se aparecer, aqui e ali, figuras sinistras que ninguém jamais encontrara. Todos se interrogam: donde “poderiam ter saído estes indivíduos? E como única resposta todos “pensam naqueles imundos animais que surgem de seus esconderijos “quando sentem, de longe, o cheiro de um corpo em putrefação”. São os indivíduos que, como diz CARLIER, em tempos de paz, tratam de esconder-se ou fugir à aproximação da ronda policial, mas, tão cedo se produz uma agitação na opinião pública, surgem arrogantes, insuflando a desordem e fomentando as sedições, de que se fazem os mais cruéis e temíveis agentes. É o exemplo dos maus, as mais das vezes, que se difunde no seio da multidão, transformando-a num arremêso de insânia, num monstro de perversidade, numa hidra

Também não se pode dizer que a rixa seja sempre uma *improvisa certatio*. As mais das vezes, deriva de uma subitânea exaltação de ânimos; mas pode também ser “preordenada” ou resultar *ex proposito*. Suponha-se, por exemplo, que dois grupos rivais de *foot-ballers* se desafiem para um encontro corpo a corpo, que vem a realizar-se em local e hora marcados de antevéspera. Não se poderia deixar de reconhecer, no caso, o crime de rixa. Merece, portanto, reparo a con-

policéfala... SIGHELE proclama a influência desnormalizante da multidão, mas não conclui, sob o ponto de vista jurídico-penal, pela inimputabilidade dos seus componentes: a responsabilidade destes, segundo o critério central da escola positiva, deve ser medida de acordo com o grau de temibilidade de cada um. Cumpre indagar se o indivíduo, ainda quando libertado da sugestão da turba amotinada, apresenta um perigo social, justificativo da reação defensiva ou penal. A sugestão não despersonaliza inteiramente o indivíduo. O *eu normal* sobrevive sempre ao *eu anormal* criado pela sugestão. Esta, como o álcool, altera a personalidade e enfraquece a vontade, mas não a suprime. Se na própria sugestão hipnótica, que é a mais forte de todas as sugestões, não se consegue anular completamente a personalidade, mas unicamente afrouxá-la, com maioria de razão sobrevive esta na sugestão em estado de vigília, ainda mesmo no paroxismo da multidão desembestada. O crime praticado por um indivíduo no impeto da multidão, que o arrasta, terá sempre uma parte de sua etiologia, ainda que mínima, na constituição fisiopsicológica do seu autor, e não fica excluída, assim, a imputabilidade. Igualmente reconhece SIGHELE a necessidade de diverso tratamento penal entre os que ele chama *ativos* e *passivos* (os *meneurs* e *menés*, de TARDE), mas isto segundo um critério variável de caso em caso.

O atual Cód. Penal uruguaio (1934) declara isentos de pena os gregários que não tenham tomado parte na execução material do crime, se este não fora previamente ajustado entre todos e a reunião não constitua, por si mesma, um crime.

FERRI, na *Relação* sobre o seu malogrado Projeto de Cód. Penal italiano, assim se pronunciou, apoiando os pontos de vista de SIGHELE: “Quanto aos delitos cometidos por uma multidão em tumulto, a responsabilidade penal caberá a cada um dos autores, cúmplices ou instigadores, segundo a atividade de cada um no caso concreto. O juiz terá de distinguir entre os provocadores e os *meneurs*, de um lado, e os provocados e *menés*, de outro, e avaliará, segundo as circunstâncias de maior ou menor periculosidade, a personali-

clusão da Conferência de Desembargadores (reunida na Capital da República, em agosto de 1943), de que a “rixa é o conflito generalizado, que surge *de improviso, sem prévio concerto...*” Neste equívoco incide também JOSÉ CAMPOS (ob. cit., pág. 22), quando assim disserta sobre a rixa: “Não é suficiente o conflito. É necessário ainda que êsse conflito tenha surgido inesperadamente, de súbito, sem que alguém, assim, tivesse podido prevê-lo ou esperá-lo”.

É indispensável à configuração da rixa, *a parte objecti*, que haja vias de fato, atos de militante hostilidade (socos, empurrões, engalfinhamentos, pontapés, cambapés, safanões, arremesso de objetos contundentes, eventualmente disparos de tiros, etc.) Não basta uma simples altercação, por mais acalorada que seja. É preciso que os contendores *venham às mãos*, formando-se o entrevero, ou que, embora sem o

“dade de cada um... Não haverá jamais a inimizabilidade, mas o juiz poderá, humanamente, ir até o perdão judicial”.

É necessário um critério de identificação subjetiva. Somente o juiz diz BUONOCORE, poderá distinguir entre o instigador e o suggestionado, o provocador e o provocado, o *meneur* e o *mené*, o demagogo e o inconsciente, apreciando a personalidade de cada qual, sem esquecer-se que a multidão arrebatada, cega, desvairada. PRINS entende, e com razão, que *“la notion de la foule criminelle, quand une infraction peut être attribuée à une foule, a fait comprendre la nécessité de rechercher et de frapper sévèrement les meneurs et de ne réserver l'indulgence qu'aux menés”*.

Entretanto, é preciso não esquecer a advertência de TARDE: *“c'est souvent la foule qui mène son chef”*, isto é, há muito chefe que, ao invés de conduzir, é conduzido pela multidão... O vigente Cód. Penal italiano inclui entre as atenuantes genéricas a circunstância de haver o delinqüente agido “por sugestão de uma multidão em tumulto, quando não se trate de reuniões ou ajuntamentos proibidos por lei ou pela autoridade, e o culpado não seja delinqüente ou contraventor habitual ou profissional, ou delinqüente por tendência”. Este critério de decisão refletira-se no Projeto brasileiro de SÁ PEREIRA e fora copiado pelo de ALCÂNTARA MACHADO, e, afinal, o Código de 40 incluiu entre as circunstâncias que sempre atenuam a pena “ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente”.

contato dos brigadores, este se acometam reciprocamente, por exemplo, com pedradas ou disparos de arma de fogo. ¹⁸ *Rixam non jurgia sed ictus faciunt*. Segundo a lição de CRIVELLARI, “o essencial é que haja uma pugna, pouco importando que ocorra de perto ou a certa distância, ou que os contendores se achem, ou não, em contato entre si, desde que haja atos e não palavras, golpes e não simples altercação”. A rixa é um crime de perigo (e, aqui, o perigo é presumido *juris et de jure*) contra a vida ou a saúde, por isso que representa segundo a experiência geral, um fácil declive para os crimes de sangue. Seria, portanto, contra-senso identificar-se a rixa sem emprego de recíprocas violências físicas e sem que os contendores, entre si, ficassem expostos a estas.

A participação na rixa é crime essencialmente doloso. Quem, por sua imprudência ou negligência, é envolvido no “bolo” dos contendores não é punível salvo, se sucessivamente, se transforma em *co-rixante*.

O dolo é, na espécie, a vontade consciente e livre de participar na rixa. Não existe rixa senão *pravo animo*: a rixa simulada ou *jocandi animo* não constitui crime, ainda que dela resulte, por imprudência, algum evento lesivo. Será este imputado, a título de culpa, a quem o ocasionou ou concorreu para ocasioná-lo; mas nenhuma outra responsabilidade existirá.

Há que distinguir entre *rixam* e *agressão* (de várias pessoas contra uma ou algumas). Na última, o agredido ou grupo de agredidos não reage contra os agressores, não há violências *recíprocas*; e ainda que haja reação, mas em legítima defesa, não há rixa, pois esta pressupõe *ab utraque*

¹⁸ O disparo de arma de fogo pode constituir, em si mesmo, crime (tentativa de homicídio ou o crime do art. 132 do Código) ou contravenção (art. 28 da Lei de Contravenções). Em qualquer caso, quando praticado em rixa, importará concurso de infrações, em relação ao respectivo autor.

parte o *animus delinquendi* (ou seja, na espécie, o *animus rixandi*). É preciso que os adversários, empenhando-se na pugna, tenham a consciência de agir ilicitamente. A agressão só resultará em rixa quando a reação se operar fora das condições objetivas da legítima defesa, excedendo-se os defensores por espírito de vingança ou prepotência.

Também não haverá rixa no caso de *reação* contra uma agressão erroneamente suposta (legítima defesa putativa), mesmo que inescusável o erro. Ainda em tal caso, falta o dolo característico da rixa.

116. **Participantes da rixa.** A rixa é crime *coletivo* ou *de concurso necessário*: não pode ser cometido senão por várias pessoas conjuntamente. Como já vimos, os participantes da rixa devem ser, pelo menos, três, pouco importando que, nesse mínimo, haja uma pessoa inimputável ou que não tenha podido ser identificada. Costuma-se distinguir entre “participação na rixa” (“*Beteiligung am Raufhandel*”) e “participação no crime de rixa” (“*Teilnahme am Raufhandel*”): no primeiro caso, dá-se a interferência pessoal na briga, o ingresso efetivo no entrevêlo; no segundo, dá-se o concurso (material ou moral) para a rixa, mas sem intervenção direta nesta. O Código, porém, para o efeito da pena, não faz distinção alguma (arts. 137 e 25): todos os *participantes* incorrem na pena cominada à rixa.

Participante, de modo geral, é todo aquele que está presente no lugar e ocasião da rixa e presta o seu concurso *material* (isto é, entrando diretamente na briga ou prestando auxílio material a qualquer contendor) ou *moral* (mediante instigação, incitamento, etc.). O concurso moral pode ser prestado a certa distância ou colocando-se o concorrente a resguardo das “sobras” da rixa.

Não é participante aquele que interfere apenas na alteração anterior ao início da rixa, salvo se foi propositadamente causa determinante desta (pois, em tal caso, responderá segundo a regra do art. 25).

A participação pode ocorrer *ab initio* ou *in medias res*, isto é, enquanto dura a rixa.¹⁴

Conforme ressalva expressa do art. 137, não é participante quem interfere na rixa para separar os contendores. O fim de pacificação exclui o dolo específico do crime. É claro que o pacificador deve limitar-se a separar os contendores: se se transforma, por sua vez, em *acha de lenha na fogueira*, responderá por participação na rixa.

Será escusado dizer que também não é participante aquele que intervém em legítima defesa, própria ou de terceiro (arts. 19, n.º II, e 21). Não há participação na rixa sem *animus rixandi*.

117. Rixa qualificada. No parág. único do art. 137, apresenta-se um caso de “crime qualificado pelo resultado”, sem mudança do *nomen juris* do crime básico, mas cominada pena autônoma, sensivelmente mais severa que a deste: “Se “ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, “de seis meses a dois anos”. O evento *morte* ou *lesão corporal de natureza grave*, resultante da rixa torna esta *qualificada*, incorrendo na pena majorada todos os co-participantes, mesmo aqueles que não quiseram ou não praticaram os atos de que derivou diretamente o evento letal ou lesivo. Não se diga, entretanto, que há, aqui, um caso anômalo de responsabilidade objetiva (que, aliás, seria incompatível com o sistema do Código): todos os participantes quiseram a rixa, isto é, o fato que, segundo *id quod plerumque accidit*, podia ser, como realmente foi, causa de crimes de sangue. Cada um dos co-rixantes incorre na pena especialmente majorada porque contribuiu para criar e fomentar a situação de

¹⁴ HAFTER (ob. cit., pág. 45): “Die Beteiligung ist möglich, solange die Schlägerei dauert, vom ersten Angriff an bis zum letzten Schlag” (“A participação é possível enquanto dura a rixa, desde o primeiro ataque até o último golpe”).

perigo, de que era previsível resultasse o evento *morte* ou *lesão corporal grave*. Nenhum deles, portanto, responde pelas conseqüências que não produziu, mas pelas conseqüências *não imprevisíveis* de uma situação ilícita, a que consciente e voluntariamente prestou sua cota de causalidade. A pena majorada é imposta a todos os contendores a título de *culpa dolo determinata*, como outrora se dizia.

Segundo explicitamente declara o texto legal, a pena majorada é aplicável pelo simples “fato da participação na rixa”.

Se averiguado quais os contendores que praticaram o homicídio ou lesão grave, ou concorreram diretamente para tais crimes, responderão eles individualmente por estes, em concurso material com o de *rixa qualificada*. O participante que mata ou fere gravemente, ou é co-autor do homicídio ou ferimento, comete dois crimes distintos, sendo o de rixa na sua forma qualificada, pois a lei não faz restrições: desde que ocorre *morte* ou *lesão de natureza grave*, todos os participantes, indistintamente, incorrem na pena majorada. *Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest*.

Se não se consegue apurar qual o autor ou quais os co-autores da morte ou lesão grave, a pena majorada é a *única* aplicável. Não há confundir esta hipótese com a da chamada *autoria incerta*: nesta, ao contrário do que ocorre na primeira, o resultado letal, ou lesivo é previsto e querido por todos os co-partícipes, isto é, todos concorrem dolosa ou intencionalmente para o *eventus sceleris*, não passando de um acidente que o golpe de um, antes que o de outro, tivesse atingido a vítima. Se lógico e justo é aplicar-se na *autoria incerta* a regra do art. 25, intolerantemente iníquo seria fazer o mesmo na hipótese de rixa qualificada, quando ignorado o autor da morte ou lesão grave, pois a lei presume que os participantes alheios à autoria direta não são *conscii facinoris*. Quando identificado o causador direto do evento letal ou lesivo, e caso se averigüe também que determinados co-rixantes contribuíram conscientemente para tal resulta-

do, aplica-se limitadamente a eles, a regra comum sobre “concurso de agentes” (sem prejuízo da pena cominada à rixa qualificada); mas, se a prova da autoria ou co-autoria não é possível, a solução não pode deixar de ser, em face de todos os co-participantes, a exclusiva aplicação do parágrafo único do art. 137. Não será uma solução rigorosamente justa, mas é, sem dúvida, muito mais razoável do que a de punir todos como *presumidos* “autores” do evento mais grave, ainda que mediante uma transação no sentido de uma pena atenuada, como no sistema da *cumplicidade correlativa* (que submete o tratamento penal da rixa qualificada ao mesmo critério com que algumas legislações ainda cuidam especialmente da *autoria incerta*). Nem há dizer que se configura na espécie um *crime progressivo*. Este ocorre, como adverte PANNAIN, quando, da conduta inicial que realiza um tipo de crime, o agente passa a ulterior atividade, realizando uma forma de crime mais grave, entre cujos elementos constitutivos se inclui o crime mais simples ou menos grave. Ora, a rixa não é elemento constitutivo do homicídio ou da lesão corporal.

Para aplicação da pena majorada, não importa que o crime de homicídio ou de lesão corporal seja doloso, culposo ou preterdoloso. Nem é preciso que a vítima seja um dos contendores: se por *error ictus*, é atingida uma pessoa estranha à rixa (espectador, transeunte, pacificador, interviniente em legítima defesa, policial que procura prender os contendores), a rixa se tem por *qualificada*.¹⁶ Ao contrário

¹⁶ FRANK (ob. cit., pág. 361): “Qualifiziert ist der Raufhandel, wenn er den Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung zur Folge hat. Dabei ist nicht erforderlich, dass der schwere Erfolg gerade bei einer an dem Streit beteiligten Person eintritt; es genügt z. B. die Tötung eines einschreitenden Polizisten” (“A rixa é qualificada desde que resulte a morte ou lesão corporal grave de alguém. Não é mesmo necessário que a vítima seja, precisamente, um dos participantes da rixa: é bastante, por exemplo, o homicídio de um “policial interviniente”).

do Código suíço, o nosso não exige que a condição de maior punibilidade da rixa seja a morte ou ferimento “de um dos co-participantes”. É critério lógico, desde que a morte ou lesão da pessoa estranha resultou de atividade processada na rixa. Esta é incriminada pelo perigo que cria não somente para os que tomam parte nela, como também para os que se encontram nas proximidades ou procuram intervir para o restabelecimento da ordem.

Também não importa que a morte ou lesão tenha sido praticada em legítima defesa, quer por um *extraneus*, quer por um *intraneus*. Não distingue a lei entre a morte ou a lesão ilicitamente ocasionadas e as praticadas *secundum jus*. Cumpre notar que, se um dos contendores, no curso da rixa, mata ou fere gravemente outro em legítima defesa, a tais resultados se limita a exclusão de crime, pois não deixará de responder pelo crime de rixa qualificada.¹⁶

Para que o resultado letal ou lesivo deixe de qualificar a rixa, é necessário que sobrevenha por causa *não inerente* à rixa. Assim, por exemplo, no caso de um policial interviniente que, empregando arbitrária violência, dispara tiros e mata um dos contendores.

Não se exime à pena de rixa qualificada o próprio participante que sofre a lesão grave. Pondera-se, em contrário, que, com tal critério, se vem a punir esse participante pela lesão que recebeu, e abstrai-se que a lesão sofrida já representa severa agravação de pena. Ora, não se trata de puni-lo pelo mal que sofreu, mas, sim, por ter tomado parte na rixa, cuja particular gravidade é atestada precisamente pela lesão

¹⁶ ZÜRCHER (apud HAFTER): “Wer erst im Verlaufe des Streites in Notwehr gerät und in diesem Zustand eine Körperverletzung verübt, kann sich nur wegen der letztern auf den Strafausschließungsgrund berufen, nicht wegen der Teilnahme am Raufhandel als solcher” (“Aquele que no curso da rixa se encontra em legítima defesa, e nesta situação pratica uma lesão corporal, somente quanto a esta poderá invocar a causa excludente de crime, e não também quanto à participação na rixa como tal”).

que lhe foi infligida. Se fica em desigualdade em face dos demais participantes, de si mesmo se deve queixar, além de que daí lhe resultará mais forte contra-motivo no sentido de abster-se de rixas futuras. Também não colhe o argumento de que a lesão sofrida é suficiente acréscimo de pena. Talvez tenha sido o ofendido o provocador da rixa ou o mais empenhado dos contendores. É o justo raciocínio de HAFTER, que assim discorre (ob. cit., pág. 46): *“Im übrigen trifft die Strafe alle Beteiligten, auch wenn sie selbst Verletzungen davongetragen haben. Den Verletzten aus Mitleid straflos zu lassen, deshalb, weil er durch die erlittene Verletzung schon genügend gestraft ist, liegt kein genügender Grund vor. Er hat vielleicht den Streit begonnen, war der schlimmste Raufbold”* (“De mais a mais, incorrem na pena todos os “participantes, mesmo aqueles que hajam sofrido ferimentos... Deixar impune o ofendido, por espírito de compaixão ou porque já teria sido suficientemente punido com a “lesão sofrida, não depara fundamento bastante. Teria sido “ele, talvez, o iniciador da rixa ou o pior dos co-rixantes”). Atenuar-se, em tal caso, dentro da fórmula ampla do art. 42, a pena cominada no parág. único do art. 137; mas não há razão para deixar de aplicá-la.

Também não se livra da pena majorada o participante que se retira da rixa antes de ocorrer a morte ou lesão grave, e isto porque não se pode considerar como *não acontecida* a sua contribuição para a rixa, que prossegue após sua retirada. Como observa VANNINI, a rixa depois da retirada do resipiscente e no momento sucessivo em que ocorre o evento letal ou lesivo, não é *outra* rixa, assim como o furto, depois do arrependimento do co-réu que deixa os companheiros, aos quais prestou auxílio, não é *outro furto*. É sempre o mesmo crime, por cujas conseqüências responde quem, arrependido, mas sem impedi-las, se retira no curso do *iter criminis*

Para que se configure a rixa qualificada, é indispensável que a morte ou lesão grave ocorra *durante* a pugna. Se tais eventos antecedem à rixa, como causa desta, ou se realizam

já terminada esta, ainda que imediatamente depois, como um seu "reflexo", não se dá a especial majoração da pena. ¹⁷

O Código não previu o caso em que resulte tentativa incruenta de homicídio ou de lesão grave. Será difícil, na prática, a prova a tal respeito; mas, ainda quando obtida, não será reconhecível a rixa qualificada, e pela tentativa somente responderá (em concurso com o crime de rixa simples) quem a praticou.

118. Tentativa de rixa e concurso de crimes. Embora se trata de *crime de perigo*, a rixa admite tentativa. ¹⁸ Tome-se o exemplo, já acima figurado, dos dois grupos esportivos rivais que se desafiaram para uma briga, e suponha-se, que, chegados ao local combinado, vão a investir um contra outro, quando surgem policiais e impedem o recontro, prendendo os contendores. Ninguém poderá deixar de reconhecer, no caso, uma tentativa de rixa.

A parte as *vias de fato*, que se integram no conteúdo do crime de rixa, todas as demais infrações eventualmente cometidas pelos contendores no curso da luta (homicídio, lesões corporais, resistência, desacato, injúrias, disparo de arma de fogo, etc.) serão punidas, desde que averiguados os respectivos autores (e limitadamente a estes), em concurso material com a mesma rixa (simples ou qualificada, conforme o caso).

¹⁷ O Código brasileiro não seguiu o exemplo do Código italiano, que dispõe (art. 588, 2.ª alínea): "*La stessa pena (pena majorada) si applica se la uccisione, o la lesione personale, avviene immediatamente dopo la rissa e in conseguenza di essa*". Será quase sempre dúbio se o evento póstumo constitui "ressonância" da rixa, e um fácil erro de apreciação poderá acarretar injustiças.

¹⁸ Veja-se o vol. V desta obra, 1.ª edição, pág. 343.

CAPÍTULO V

Dos crimes contra a honra

Calúnia

Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 3.000,00.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2.º É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3.º Admite-se a prova da verdade, salvo:

I — se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II — se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n.º I do art. 141;

III — se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00.

Exceção da verdade

Parág. único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário pú-

blico e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 2.000,00.

§ 1.º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I — quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II — no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2.º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00, além da pena correspondente à violência.

Disposições
comuns

Art. 141. As penas cominadas neste capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I — contra o presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

II — contra funcionário público, em razão de suas funções;

III — na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Parág. único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

Exclusão
do crime

Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

I — a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II — a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III — o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parág. único. Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Retratção

Art. 143. O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Art. 144. Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

Art. 145. Nos crimes previstos neste capítulo, somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2.º, da violência resulta lesão corporal.

Parág. único. Procede-se mediante requisição do ministro da Justiça, no caso do número I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n.º II do mesmo artigo.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* francês, arts. 367 a 372, alterados pelas leis de 17 de junho de 1819, 29 de julho de 1881, 11 de junho de 1887 e 19 de março de 1889; italiano, arts. 594 a 599; alemão, §§ 185 a 200; português, arts. 407 a 419; suíço, arts. 173 a 178; dinamarquês, arts. 267 a 275; norueguês, §§ 246 a 254; sueco, capítulo XVI; turco, art. 214; espanhol, arts. 447 a 461; polonês, arts. 255 e 256; soviético, arts. 159 a 161; húngaro, §§ 258 a 277; holandês, arts. 187 a 195; austríaco, cap. XII, 2.^a parte; mexicano (1931), arts. 344 a 363; chinês, arts. 309 e 310; japonês, §§ 230, 230-a e 231; argentino, arts. 109 a 117; chileno, arts. 412 a 431; uruguaio, arts. 333 a 339; peruano, arts. 187 a 195; boliviano, arts. 580 a 599; colombiano, arts. 333 a 348; paraguaio, arts. 369 a 384.

BIBLIOGRAFIA. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni e del soddisfacimento*, 1840; WORMS, *Les attentats à l'honneur*, 1890; TORRACA, *Il Codice Penale e la stampa nei reati di diffamazione*, 1891; TAMBARO, *La libertà della stampa e il diritto penale*, 1896; VON LISZT, *Das Reichs-Pressrecht*, 1880; FROLA, *Delle ingiurie e diffamazioni*, 1903; GASCA, *Diritti e doveri della stampa*, 1905; CHASSAN, *Des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1846; SEMMOLA, *Il reato di diffamazione*, 1884; CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, vol. 7.º, 1896; *La censura pubblica nei liberi ordinamenti e la repressione delle ingiurie*, 1889; DOCHOW, *Beleidigung*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts*, de HOLTZENDORFF, 1874; FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, 1817; BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, des. Teil, I, 1902; *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, 1909; FABREQUETTES, *Traité des délits politiques et les infractions par la parole, l'écriture et la presse*, 1901; CARRARA, *Opuscoli*, III, IV, V e VI; *Programma*, p. e., V, n.º 1 a 300, 1923; VESCOVI, *Ingiurie e diffamazione*, in *Digesto Italiano*; FLORIAN, *La teoria psicologica della diffamazione*, 1927; *Ingiuria e diffamazione*, 1939; BATTAGLINI, *Il bene dell'onore e la sua tutela penale*, in *Rivista Penale*, vol. 83, 1916; ALIMENA (B.), *I limiti e modificatori dell'imputabilità*, III, 1899; *La diffamazione e l'ingiuria*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, IX; *Principii di diritto penale*, II, 1912; CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. IV, 1916; PAILLARD, *Les franchises de l'historien et la diffamation envers la mémoire des morts*, 1866; LIEPMANN, *Die Beleidigung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, 1909; PILI, *Diffamazione e pubblica censura*, 1924; SCHOPENHAUER, *Aphorismen zur Lebensweisheit*, 1913; BELING, *Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation von Beleidigungen und Körperverletzungen*, 1894; KRAEHLING, *Die pressrechtliche Berichtspflicht*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 194, 1917; GHIRELLI, *Reati di stampa*, 1929; LE POITEVIN, *Traité de la presse*, 1903; BERNER, *Lehrbuch des*

deutschen Pressrechts, 1876; GARRAUD, *Traité*, vol. V, 1925; POTULICKI, *Le regime de la presse*, 1929; CEVOLOTO, *Il consenso del soggetto passivo al reato e la rinunciabilità degli interessi penalmente tutelati*, in *Rivista di Dir. e Proc. Penale*, XI, 1912; DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, 1936; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, 1924; FULCI, *L'intenzione nei singoli reati*, 1927; *Il libello famoso*, 1908; BOTTI, *Il fatto determinato nelle offese mediante disegni*, in *Rivista di Dir. e Proc. Penale*, II, 1911; WOLFGANG PFLEIDERER, *Der Wahrcit-sbeweis bei Beleidigung* (A prova da verdade nas ofensas à honra), 1933; CAPELLO, *Diffamazione e ingiuria*, 1910; ALTAVILLA, *Ciò che è sopravvissuto della "exceptio veritatis"*, in *Scuola Positiva*, 1931; *Delitti contro la persona*, 1934; RENDE, *Ingiuria e diffamazione*, in *Nuovo Digesto Italiano*; STOOS, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, §§ 110-111, 1913; FRASER, *Libel and slander*, 1936; STEPHEN, *New commentaries on the laws of England*, III, 1928; DAHM, *Ehrenkränkung*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936; THIEL, *Injuria und Beleidigung*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 62; CAPOBIANCO, *Restrizione delle azioni incriminabili*, in *Scuola Positiva*, IV; PUGLIA, *Scienza del diritto privato e scienza del diritto penale*, in *Scuola Positiva*, IV; CELENTANO, *L'ingiuria e la diffamazione nella caricatura*, 1926; COCURRELLO, *L'ingiuria e la diffamazione*, 1934; CONTURSI-LISI, *L'"animus defendendi" nel Codice Penale Zanardelli e nel nuovo*, in *Scuola Positiva*, 1931; FROSALI, *In tema di diffamazione*, extr. da *Scuola Positiva*, 1931; MARCIANO, *Il nuovo Codice Penale*, 1932; MANZINI, *Trattato*, VIII, 1937; BORCIANI, *Le offese all'onore*, 1924; ONDEI, *Censura, critica e diffamazione nel nuovo Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1932; PERGOLA, *Se le società private siano soggetti passivi di ingiuria e diffamazione*, in *Giustizia Penale*, 1912; NATALE, *I reati di diffamazione e i diritti della stampa*, 1908; MELO FRANCO (A. ARINOS), *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, 1930; SOLIDÔNIO LEITE FILHO, *Comentários à Lei de Imprensa*, 1925; GILLES, *La presse devant le jury*, 1938; LEONE, *Relazione tra l'ingiuria e la diffamazione circa l'estremo della comunicazione a più persone*, extr. de *Annali di Dir. e Proc. Penale*, 1935; PACCHIONI, *Offesa per mezzo di testamento*, in *Rev. de Direito Penal*, ed. Jacinto, 1933; HAFTER, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, bes. Teil, págs. 178 e segs., 1937; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, fasc. 2 do vol. 2.º, 1940; SFABRA JÚNIOR, *Delitos de Imprensa*, 1924; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., 1924; CAMPOS MAIA, *Delitos da linguagem contra a honra*, 1921; ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, 1905; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, III, 1943; ARI FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa*, 1942; JORGE SEVERIANO, *Código Penal*, III, 1942; OLIVEIRA e SILVA, *Da calúnia e injúria*, 1941; FALCHI (G. F.), *Ingiuria e diffamazione nel diritto italiano*, 1938;

Diritto penale romano, II, 1932; MOMMSEN, *El derecho penal romano*, trad. esp. de DORADO, II; FRANK, *Das Strafgesetzbuch f. das deutsche Reich*, 1908; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927; JANNITTI-PIROMALLO (Eug.), *Dei delitti contro l'onore. in Il Codice Penale illustrato*, de UGO CONTI, III; SALTELLI e ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, II, parte 2.^a, 1931; *Sul cosi detto "animus injuriandi"*, in *Annali di Dir. e Proc. Penale*, XIV, 1935; PAOLI, *Esercizio di un diritto, consenso dell'offeso e dolo*, in *Annali di Dir. e Proc. Penale*, XIV, 1935; BERGER (E. O.), *Das Pressrecht*, 1910; HANTZSCHEL, *Das deutsche Pressrecht*, 1928; GUSTI, *Die Grundbegriffe des Pressrecht*; CATHREIN, *Moralphilosophie*, II, 1899; EUSÉBIO GOMEZ, *Tratado de derecho penal*, vol. 3.^o, 1939; ZÜRCHER, GAUTIER e LANG, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, vol. III; LOLLINI, *Sulla necessità della "exceptio veritatis"*, in *Archivio Giudiziario*, LVII; JANNITTI PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*, 1953; BOURQUIN (J.), *La liberté de la presse*, 1950; MOLINARIO (A. J.), *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949; STEED (W.), *The Press*, 1938; COSTA ANTUNES (R.), *Direito Penal da Imprensa*, 1954; KRIEG (M.), *La legislazione penale sulla stampa*, 1942.

COMENTARIO

119. **Histórico.** Entre todos os povos e em todos os tempos, depara-se a noção da honra como um interesse ou direito penalmente tutelável. Já nas leis de Manu eram objeto de punições as imputações difamatórias e as expressões injuriosas. Na Grécia, os crimes contra a honra eram previstos na legislação de SOLON. Em Roma, desde a mais remota época, eram punidas as ofensas ao *illesae dignitatis status, moribus ac legibus comprobatus*. A honra, entre os romanos, era como um direito público dos cidadãos, e os fatos lesivos dêsse *status* (*carmen famosum, contumelia, convicium, libellus famosus*) eram compreendidos no conceito amplíssimo da injúria: ¹⁹ "Generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit; specialiter, alias contumelia quae a contemnen-

¹⁹ *Injúria*, no direito romano, era toda ofensa intencional e ilegítima à personalidade, e esta podia ser ofendida de três modos: no corpo, na condição jurídica e na honra.

do dicta est, quam Graeci ébrin appellant... Injuria autem committitur, non solum... sed et si convicium factum fuerit;... vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, cumposuerit, ediderit” (Inst., IV, 4, pr., e § 1.º).

Na Idade Média, o direito canônico ocupava-se das ofensas à honra, notadamente do *pasquillus*, do *libellus famosus* e da *detractio*, correspondendo esta à moderna difamação (“*detractio famae alterius publica seu coram multis facta et cum directa vel indirecta intentione alterius infamiam in publicum propalandi*”). Os práticos, reproduzindo o conceito romanístico da *injúria*, não incluíram os crimes contra a honra e boa fama.

No direito germano-bárbaro, entretanto, já eram tratadas distintamente a lesão à honra (*laesio famae*) e a lesão corporal (*laesio in corpore*); mas só em época relativamente moderna foi que os crimes contra a honra passaram a constituir uma classe autônoma, perfeitamente escandida pela sua especial objetividade jurídica. Foi o direito francês o primeiro a distinguir, nitidamente, entre as subespécies da entidade criminal em questão. O Código de Napoleão, de 1810, incriminava separadamente a *calúnia* (*calomnie*) e a *injúria* (*injurie*), significando aquela a imputação de um fato criminoso ou difamatório falso (ou de que não se pudesse fornecer prova, mediante sentença ou outro ato autêntico) e esta a expressão ultrajante. Posteriormente (lei de 17 de maio de 1819), foi substituído o termo *calúnia* por *difamação* (*difamation*) e abolido o requisito da falsidade do fato imputado.²⁰ A diferença entre a difamação e a injúria passou a

²⁰ Na discussão da lei de 1819, dizia SERRES: “*Un seul point nous parait exiger quelques explications. C'est la substitution du mot diffamation au mot calomnie... Le terme de calomnie, dans son sens vulgaire qu'il est impossible d'effacer dans l'esprit des hommes, emporte avec soi l'idée de fausseté des faits imputés... Cependant tous les legislations (?) ont senti qu'il est impossible d'autoriser tout individu à publier sur le compte d'un autre des faits*

fazer-se segundo houvesse, ou não; a atribuição de um fato *determinado*. Era a difamação definida como “*toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteint à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé*”, e a injúria consistia em “*toute expression outrageante, terme de mépris ou invective que ne renferme l'imputation d'aucun fait*”. Este critério distintivo (mantido na lei de 29 de junho de 1881, ainda vigente) difundiu-se, com pequenas alterações, em quase todas as legislações do mundo civilizado.

Na Alemanha, o Código de 1870 adotou a palavra *Beleidigung* (injúria) como título genérico dos crimes contra a honra, que são assim divididos: a *injúria simples* (*einfache Beleidigung*), a *difamação* (*übel Nachrede*), isto é, a atribuição de fato desonroso que se não demonstre verdadeiro (*nicht erweislich wahr*) e a *calúnia* (*Verleumdung*), isto é a imputação de fato desonroso, objetiva e subjetivamente falso (a diferença entre calúnia e difamação é pura questão de prova).

Na Inglaterra, prevaleceu o critério de exclusiva incriminação da ofensa contra a honra mediante escrito (*libel*): as *ofensas verbais* (*slanders*) não passam de ilícito civil.

No Brasil, o Código de 1830, fiel ao Código francês de 1810, distinguia entre calúnia e injúria. A primeira era assim definida (art. 229): “Julgar-se-á crime de calúnia o “atribuir falsamente a alguém um fato, que a lei tenha “qualificado criminoso e em que tenha lugar a ação popular, “ou procedimento oficial da justiça”; e a segunda consistia (art. 236): “a) na imputação de fato criminoso não compreendido no art. 229; b) na imputação de vício ou defeitos, “que possam expor ao ódio ou desprezo público; c) na imputação vaga de crimes, ou vícios sem fatos especificados; “d) em tudo o que pode prejudicar a reputação de alguém;

dont la publication causerait à ce dernier un dommage réel, fussent-ils d'ailleurs vrais... La diffamation n'implique pas nécessairement la fausseté des faits”.

“ e) em discursos, gestos ou sinais reputados insultantes na “opinião pública”.

Menos prolixo e com melhor técnica, o primeiro Código republicano (1890) conceituava a calúnia (art. 315) como “falsa imputação feita a alguém de fato que a lei qualifica crime” (sem distinguir entre crime de ação privada e crime de ação pública), e considerava a injúria como: “a) a “imputação de vícios ou defeitos, com ou sem fatos especificados, que possam expor a pessoa ao ódio ou ao desprezo “público; b) a imputação de fatos ofensivos da reputação, “do decoro e da honra; c) a palavra, o gesto ou sinal insultante na opinião pública”.

A antiga Lei de Imprensa (dec. n.º 24.776, de 14 de julho de 1934) manteve os mesmos conceitos, apenas omitindo, por óbvio motivo, na configuração da injúria, o “gesto ou sinal insultante na opinião pública”.

120. Modalidade do crime contra a honra. O atual Código Penal brasileiro distingue três modalidades do crime contra a honra: a *calúnia*, a *difamação* e a *injúria*. O título *calúnia* foi acertadamente conservado para designar a *falsa* imputação de fato definido como *crime*. Fiel ao critério romanístico, o legislador de 40 enjeitou, na espécie, o princípio da irrelevância da verdade do fato imputado: desde que este constitua crime, a verdade da imputação torna-se condição negativa da licitude penal. Não foi acolhido o conceito que LORD MANSFIELD assim formulava: “*the more the truth, the more the libel*”. Somente um mal orientado individualismo, sob pretexto de evolução jurídica, poderia inculcar semelhante critério, que evidentemente importa em sacrificar, por amor ao indivíduo, o preponderante interesse social do *odium* ao crime.

O *nomen juris* “difamação” era ignorado da legislação anterior, mas não a modalidade de crime que ele designa no Código atual. O que hoje se diz “difamação” era, no Código

de 90, uma subespécie da *injúria*. O legislador de 40 não fez mais do que destacá-la como entidade criminal autônoma. É a imputação de fato ofensivo da reputação, mas *não criminoso*. Dir-se-ia um meio-termo entre a calúnia e a injúria. Pode dizer-se que a calúnia não é senão uma forma agravada da difamação. Os Códigos Penais francês e italiano, por exemplo, não distinguem entre uma e outra, contemplando-as sob o nome comum ou genérico de *difamação* (abolido, em qualquer caso, o requisito da falsidade da imputação). O Código italiano chama *calúnia* ao crime que o nosso Código denomina “denunciação caluniosa” (art. 339). A afinidade entre difamação e calúnia está em que ambas são lesivas, principalmente, da honra objetiva ou reputação (e não somente da honra subjetiva ou dignidade pessoal, como acontece com a injúria), exigem a *comunicação* a terceiro e supõem a atribuição de *fatos*, e não de meras *qualidades* (como acontece na injúria). Por outro lado, a afinidade entre difamação e injúria está em que, de regra, não ficam subordinadas à falsidade da alegação desonrosa.

As três figuras de crime contra a honra apresentam, como *species* do mesmo *genus*, certos caracteres ou aspectos fundamentais comuns, que, por isso mesmo, reclamam prioridade de fixação e análise.

121. *Modos de execução.* O crime contra a honra é praticado mediante a linguagem *falada* (emitida diretamente ou reproduzida por meio mecânico ²¹), *escrita* (manuscrito, dactilografado ou impresso) ou *mímica*, ou por meio *simbólico ou figurativo*.²² *Verbis, scriptis, nutu et facto*. Quando praticados por meio de *imprensa* (“jornais e outros periódicos”), os crimes contra honra são objeto de lei especial, que atualmente, é a de n.º 2.083, de 12-11-1935 (v. “Apêndice”). Cum-

²¹ Telefone, rádio, alto-falante, gramofone, filme falado, etc.

²² Pintura, escultura, fotografia, filme mudo, caricatura, etc

pre notar que, se o crime, seja qual for o meio de execução, é praticado em "propaganda eleitoral" (ou "partidária"), o agente incorrerá no art. 175, n.º 28, do Código Eleitoral (lei n.º 1.154, de 24-7-1950).

122. **Objetividade jurídica e legitimidade da incriminação.** O interesse jurídico que a lei penal protege na espécie refere-se ao bem material da *honra*, entendida esta, quer como o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama). Assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor moral e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral. Notadamente no seu aspecto objetivo ou externo (isto é, como condição do indivíduo que faz jus à consideração do círculo social em que vive), a honra é um bem precioso, pois a ela está necessariamente condicionada a tranqüila participação do indivíduo nas vantagens da vida em sociedade. Como diz CATHEIN, "a boa reputação é necessária ao homem, constituindo o indispensável pressuposto ou base, por assim dizer, de sua posição e eficiência social. Os homens de bem somente se acercam daqueles que gozam de boa fama. Se alguém adquire má fama, dele se afastam os conhecidos e amigos, e não mais é tolerado nas boas rodas. Estará ele privado da confiança e prestígio com que a sociedade resguarda os homens de bem. Sem boa reputação, além disso, é impossível alcançar ou exercer com êxito postos de relevo, influência ou responsabilidade, porque os mal-afamados não merecem confiança".²³ A vigi-

²³ *Moralphilosophie*, II, pág. 65: "...der gute Ruf dem Menschen notwendig ist. Er bildet die unentbehrliche Voraussetzung, sozusagen den Boden für seine gesellschaftliche Stellung und Wirk-

lante consciência da utilidade que ao indivíduo, no convívio social, advém da estima e favorável opinião dos outros, é que apura e exalta o sentimento íntimo da dignidade pessoal (honra subjetiva). Pode dizer-se que tal sentimento se confunde com o temor do demérito em face da opinião pública. Tem razão SCHOPENHAUER,²⁴ ao fixar a noção psico-social da honra: “Objetivamente, é a opinião dos outros sobre o nosso “mérito; subjetivamente, é o nosso receio diante dessa opinião” (“*Die Ehre ist, objektiv, die Meinung Anderer von unserm Wert, und subjektiv, unsere Furcht vor dieser Meinung*”). E prossegue o filósofo do pessimismo: “O homem por si só, isoladamente, quase nada pode realizar e é como “Robinson perdido na sua ilha; somente no convívio com seus “semelhantes vale e pode muito. Sente ele isso desde que “sua consciência começa a desenvolver-se e logo que lhe “vem o empenho de ser considerado como elemento útil “à sociedade e, conseqüentemente, como alguém capaz de “cooperar *pro parte virili* e autorizado, por isso, a partilhar “dos proveitos da vida social. Não lhe é dado alcançar tal “resultado sem que primeiramente se revele prestadio, não “só pelo que se exige e espera geralmente de todo indivíduo, “como pelo que lhe incumbe no setor de atividade que ele “geu. Mas como logo reconhece que, a tal respeito, nada “importa a sua própria opinião, senão a opinião dos outros, “vem daí sua incessante preocupação no sentido de granjear

²⁴ *Aphorismen zur Lebensweisheit*, pág. 68.

samkeit. Gute menschen gehen nur mit dem gern um, die in gutem Ruf stehen. Kommt jemand in üblen Ruf, so ziehen sich seine Bekannten und Freunde von ihm zurück, et wird in den besten Kreise nicht mehr geduldet. Dadurch wird er des Trostes, und der Kraft beraubt, den die Gesellschaft guter Menschen gewährt. Ohne guten Ruf ist es ferner unmöglich wichtigere und einflussreicher Aemter und Vertrauensposten zu erlangen oder siegenreich zu verwalten, weil man dem übel Belemundeten kein Vertrauen entgegenbringt”.

“o favor da opinião alheia e o subido apreço que a esta atribui. Uma e outro se apresentam com a originalidade de um sentimento inato, que se chama sentimento de honra e, segundo as circunstâncias, sentimento de vergonha (*verecundia*)”.

Na realidade, portanto, o sentimento da honra é uma das faces do egoísmo. Somos *honrados*, não por um ditame de moral pura ou por espontâneo amor à virtude, mas porque a honra, como *premium virtutis*, nos é útil. Dizia HELVETIUS, referindo-se à honra objetiva, que “*nous n'aimons pas l'estime pour l'estime, mais uniquement pour les avantages qu'elle procure*”. É isto, aliás, o que se traduz na ironia de um adágio popular: *se o velhaco soubesse como é vantajosa a honradez, seria honrado por velhacaria*... Certo, não passa de uma hipérbole dizer *ore rotundo* que “a honra vale mais que a vida” (nos tempos medievais, dizia-se que *periculum famæ æquiparatur periculo vitæ*); mas, significando uma variante do egoísmo, o nosso apego à honra é tão forte, que experimentamos a mais viva dor moral ainda quando não-la ofendem a coberto do testemunho de terceiros. Pesa-nos que uma só pessoa que seja possa formular um conceito desairoso a nosso respeito, perturbando a lisonjeira opinião que fazemos de nós mesmos. Protegendo a honra individual, a lei penal defende, além do interesse dos indivíduos *uti singuli*, o interesse social, pois não só se propõe evitar cizânias e vinditas no seio da convivência civil (*ne cives ad arma veniant*),²⁵ como também visa a impedir que se frustre o justo empenho do indivíduo em merecer boa reputação pela sua conduta orientada no zelo de deveres socialmente úteis.

²⁵ Como dissertava ZANARDELLI, a repressão dos crimes contra a honra “afeta a função tutelar do Estado, tanto pelo fim imediato de proteger os interesses jurídicos dos cidadãos, como pelo fim imediato de preservar a sociedade das funestas conseqüências que, não raro, levam à animosidade e às insolências, cujo primeiro desafogo é a contumélia, para, em seguida, atijarem inimizades, ódios, vinganças e violências criminosas”.

Costuma-se dividir a honra em *comum* e *especial*. Esta última é a que diz com particulares deveres, notadamente os relativos à *profissão* do indivíduo, pelo que é também designada com o nome de *honra profissional*. O médico, o advogado, o professor, o comerciante, o militar, o escritor, o artista, etc. têm seus peculiares *pontos de honra*, que, à parte sua dignidade ou reputação pessoal, devem ser respeitados.²⁶ A ofensa à honra especial ou profissional pode deixar de atingir a honra *privada* ou comum. Dizer-se, por exemplo, de um advogado que é um “coveiro de causas”, é ofender sua dignidade profissional, embora não afete a sua dignidade ou reputação como homem.

Como a honra profissional não é senão uma variante da honra entendida como valor social do indivíduo (quer perante si mesmo, quer perante seus concidadãos), não há dúvida que incide sob a tutela penal, ainda que desligada da honra comum.

Não obstante o tradicional critério de inserção dos atentados à honra entre as *species* do ilícito penal, não tem faltado, modernamente, quem conteste a legitimidade de sua incriminação. PUGLIA e CAPOBIANCO, por exemplo, entendem que eles deviam incidir exclusivamente sob a sanção civil.

²⁶ FLORIAN, *Ingiuria e diffamazione*, pág. 99: “Oltre a quella reputazione, che è la parte esterna dell'onore, cui può aspirare ogni uomo in società, semplicemente perchè tale, e che potrebbe dire generale o privata, noi vediamo spiccare alcune forme di reputazione particolare, le quali prendono sostanza di contenuto dal ramo diverso di attività, dalla natura della funzione, cui l'individuo se è dedicato, dall'ufficio, insomma, dalla professione o dal mestiere, che eserciti, e quindi dalla serie di speciali doveri, che gli incombono, o dalla rete di relazioni in mezzo alle quali egli vive e svolge la sua attività. Perciò, oltre alla reputazione come generale valore morale della persona, v'è quella particolare, che tocca le attitudini e le capacità inerenti all'impiego, alla professione, al grado ecc., che la persona stessa rivesta. All'infuori di quella, conviene distinguere la reputazione professionale in senso stretto, la reputazione letteraria, artistica o scientifica, la reputazione politica ecc.”.

FLORIAN opina que apenas a ofensa à honra objetiva deveria ser objeto de repressão penal, passando a ofensa à *dignitas* a figurar entre os meros delitos civis. Argumenta êle que, se, no primeiro caso, é incontestável a necessidade da reforçada sanção penal, para obviar contendas, discórdias e represálias, já o mesmo não acontece no segundo caso, em que, portanto, bastaria a simples reparação civil à *dor moral* do ofendido. Ora, é preciso abstrair a lição cotidiana dos fatos para poder dizer que o brio pessoal, ainda quando não esteja em jogo a *boa fama*, recebe ultrajes passivamente, sem gerar o perigo de violentos dissídios e reações no seio da comunhão social, como se esta fora, acaso, um aglomerado de animais de sangue frio. Semelhante critério, além disso, redundaria numa verdadeira *libertas conviciandi* para todos os indivíduos insolventes ou que facilmente pudessem frustrar uma execução civil. Não há razão alguma, política ou jurídica, para repudiar-se, total ou parcialmente, na espécie, o tradicional critério de incriminação. Nenhuma contemplação merecem aqueles que, por ódio, despeito, rivalidade ou áspero prazer do mal, se fazem salteadores da honra alheia. Sob certos aspectos, são eles ainda mais perversos que os próprios raptantes, pois, segundo os versos de SHAKESPEARE,

“...he that filches from me my good name,
Robs me of that which not enriches him,
And makes me poor indeed”.

123. Natureza jurídica. É corrente dizer-se, na mais recente doutrina, que os crimes contra a honra são *crimes de perigo*. Não aderimos a esta opinião. No crime de perigo propriamente tal, inexistente o *dolo de dano*, isto é, o agente não quer, nem mesmo eventualmente, a efetiva lesão do bem ou interesse penalmente tutelado. Ora, nos crimes contra a honra, ainda que se considerem consumados independentemente da efetividade do dano, o agente procede com dolo de dano, isto é, propõe-se *ofender* a honra alheia, e não

simplesmente expô-la a perigo de ofensa. Trata-se, portanto, de crimes *formais* ou de *consumação antecipada*. O agente quer o resultado lesivo, embora baste, para o *summum opus*, o *eventus periculi*, pois não há indagar se a imputação difamatória foi acreditada ou se a pessoa injuriada se sentiu, realmente, ferida na sua dignidade ou decôro.

124. Sujeito passivo. Em face do Código atual, somente pode ser sujeito passivo de crime contra a honra a *pessoa física*. Inaceitável é a tese de que também a *pessoa jurídica* pode, sob o ponto de vista jurídico-penal, ser ofendida na sua honra. FLORIAN assim raciocina em favor de semelhante critério (*Ingiuria e diffamazione*, pág. 133): “A pessoa jurídica possui no mundo contemporâneo uma consistência própria, e tende cada vez mais a consolidá-la e ampliá-la. Torna-se cada vez mais necessária, e florescem copiosamente as formas de atividade associada. E como subsiste independentemente das pessoas que a compõem, manifestando-se com modos especiais de atividade, pode ser sujeito passivo de difamação e injúria. A pessoa jurídica não é uma *fictio juris*, mas, sim, uma realidade palpitante, um elemento integrativo da vida social (especialmente da vida econômica), revestindo-se de dignidade civil, cercando-se de reputação. Esta última lhe é incontestável e pode tornar-se um fator propício, se boa, ou um fator prejudicial, se má”. O egregio professor turinense vai ao extremo de emprestar *sensibilidade* à pessoa jurídica, reputando-a capaz da própria honra subjetiva ou interna (sentimento da própria dignidade) e qualificando de “limitação arbitrária” a doutrina segundo a qual só haveria falar-se, no caso, em honra objetiva ou externa (conforme opina, por exemplo, ALTAVILLA).

Ora, a pessoa jurídica é uma pura *ficção*, estranha ao direito penal. Não tem honra senão por metáfora. A lição de BERNER, que FLORIAN considera “metafísica e irreal”, é que atende à realidade das coisas: à pessoa jurídica, como

pessoa simplesmente ficta, “falta o íntimo sentimento moral, “ e todos os atos que se devem apreciar do ponto de vista da “ honra de uma pessoa jurídica não são seus senão por “ ficção; de modo que as ofensas à honra de uma pessoa jurídica não são, de fato, senão ofensas à honra das pessoas “ físicas que a representam”. No mesmo sentido, entre outros muitos autores, DOCHOW, BINDING, WACHENFELD, VON BAR. MANZINI,²⁷ PERGOLA, MAGGIORE,²⁸ PANNAIN, COCURULLO, BORCIANI e RENDE. Justamente observa BINDING que falar-se em honra de pessoas jurídicas é um absurdo (*ein Unding*). Uma *fictio juris* (que tal é, indiscutivelmente, a pessoa jurídica) não pode ser ampliada além da utilidade prática para que foi criada. O direito privado, ao *fingir* a pessoa jurídica distinta das pessoas físicas que a compõem, fê-lo tão-somente para fins patrimoniais ou econômicos. A pessoa jurídica não é instituto ou conceito de direito penal. Eis o ensinamento de MANZINI:²⁹ “As coletividades, corporações, empresas, etc., “ que o direito privado considera como sujeitos de direitos, “ assumem tal subjetividade fictícia exclusivamente em relação aos direitos de ordem civil, isto é, aos direitos patrimoniais. Entre estes não podem incluir-se senão aqueles “ contemplados pela lei civil ou comercial, e pelas leis de “ direito público, desde que e somente quando se refiram aos “ entes de que se trata. O chamado *direito à honra*, em sentido lato, é, ao contrário, reconhecido e tutelado, exclusivamente pela lei penal, que, nesta matéria, tem caráter “ constitutivo, e não apenas sancionatório. Para poder admi-

²⁷ Com toda razão, MANZINI chama “*rimodernatori di antica-gle*” aos defensores do direito à honra dos entes morais.

²⁸ Ob. cit., pág. 476: “*Pazienti non possono essere le collettività e gli enti morali che non possono considerarsi persone, nè in senso attivo nè passivo, di fronte al diritto penale. Quindi non può commettersi ingiuria, nè diffamazione, contro le persone giuridiche (universitates personarum e fondazioni), le società, i collegi, le ditte, le aziende (p. e., un giornale), i ceti, le classi ecc.*”

²⁹ *Trattato*, VIII, págs. 334-335.

“tir nas entidades em questão a subjetividade do direito à honra, seria necessário, portanto, que a lei penal expressamente o reconhecesse...”

Por outro lado, seria estranho que somente a *pessoa jurídica*, e não também toda e qualquer coletividade organizada, tivesse direito à honra.³⁰ Arrostando este argumento, FLORIAN não vacila em atribuir o direito à honra a qualquer pluralidade de pessoas organizada unitariamente. É o mesmo ponto de vista de HAFER:³¹ “O que decide é se se trata de uma coletividade organizada. Não é necessária a personalidade jurídica”. Mas, então, o direito à honra já não seria referido a uma *fictio legis*, senão àquela abstrata *alma unitária* que a chamada “psicologia coletiva” atribui aos agrupamentos humanos. Entende HAFER que, se se admite que a honra traduz um *valor social*, não se pode negá-la às coletividades organizadas, desde que estas possuem um valor social próprio e interesse em preservá-lo. Na verdade, porém, o valor social dos agrupamentos organizados não é mais do que uma repercussão do valor social dos indivíduos agrupados e não subsiste sem este. Segundo adverte DOCHOW, pode falar-se em honra de uma *família* ou de uma *sociedade*, mas essa honra coincide com a dos respectivos membros. As ofensas dirigidas a um ente coletivo são, na realidade, dirigidas às pessoas físicas que o compõe, dirigem ou administram.

³⁰ É o que ainda acentua MANZINI: “*Se poi, contro lo spirito della legge, si pretendesse di comprendere sul termine “persona” tanto le persone fisiche quanto le collettività, la possibilità dei reati di ingiuria e diffamazione se avrebbe soltanto rispetto a quelle collettività che hanno carattere legale di persone giuridiche, escludendo le altre, cioè la grande maggioranza di esse, senza che alcuna seria ragione potesse addursi a spiegare la differenza. Non è certamente il riconoscimento della personalità giuridica che può conferire a tali enti quella soggettività d’onore, di decoro e di reputazione, che da qualche rimodernatore di anticaglie si pretende che esse abbiano indipendentemente dalle persone che le compongono o amministrano*”.

³¹ Ob. cit., pág. 16, em nota.

Pouco importa que se trate de *pessoa jurídica*, destacada, por ficção legal, das pessoas físicas de seus componentes. A pessoa jurídica pode resguardar seus direitos patrimoniais por meio de seus representantes legais ou estatutários, mas, conforme observa RENDE, “não tem, senão por metáfora, uma honra a defender” e “seria contra-senso dizer, por exemplo, “que um *banco* é moral ou imoral, desde que morais ou “imorais podem ser as pessoas que o administram, e não a “pessoa jurídica *banco*”. Idêntico é o raciocínio de MANZINI: “Quando se censura uma coletividade ou uma fundação, “reprovam-se, na realidade, aqueles que determinaram a “ação censurada, e não a coletividade ou fundação por si “mesma ou *toda* as pessoas que a compõem ou administram, “desde que nem todas hajam participado no fato censurado”.

É certo que a lei penal, criando um *jus singulare*, pode reconhecer em certos entes morais capacidade penal passiva em relação aos crimes contra a honra. A nossa vigente Lei de Imprensa, por exemplo, atribui tal capacidade às “entidades que exerçam autoridade pública”. Também o dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942, considera passíveis de *calúnia* e *injúria* “a Nação, o Governo, o regime e as instituições”. Mas só em tais casos, expressamente ampliado, *contra tenorem rationis*, o conceito de *pessoa* sob o prisma jurídico-penal, se poderá falar em “direito à honra” por parte de entidades morais. Fora daí, as ofensas à pretendida honra das coletividades organizadas, ainda que com personalidade jurídica, resolvem-se em ofensas à honra das pessoas do *núcleo unitário*. O caso deve ser tratado como o da difamação ou *injúria coletiva* (*Kollektivbeleidigung*), isto é, da ofensa à honra dirigida a um grupo, classe ou categoria de pessoas ligadas por algum atributo comum ou formando coletividade homogênea, embora não vinculada organicamente. Ainda que vários os ofendidos, não deve ser identificado um crime *múltiplo*, mas *único*, pois, como diz MANZINI, cada qual dos membros da coletividade é atingido, não na sua distinta individualidade, mas como parcela de um todo; não

por sua ação ou omissão individual, mas por sua ação ou omissão associada; não na sua particular esfera jurídica, mas como elemento de cooperação na esfera jurídica comum da coletividade. Cada um dos componentes desta pode exercer o direito de queixa, mas a pena aplicável é uma só.

Cumprido notar que, quando se trata de coletividades muito extensas, a ofensa se equipara à que é dirigida *in incertam personam*, não se podendo identificar o crime. Tal seria, *v. g.*, uma injúria proferida contra “os católicos” ou contra “os comunistas” em geral.

Quid juris, porém, se a ofensa é dirigida, contemporaneamente, contra várias pessoas que não constituam um agrupamento homogêneo, lógico ou jurídico? Haverá tantos crimes quantas são as pessoas. A unidade de ação não importa necessariamente a unidade de crime. Se há multiplicidade de desígnio, o crime é múltiplo (art. 51, § 1.º, 2.ª parte). Tanto faz irrogar uma injúria ou calúnia, com uma única frase, a dez pessoas ao mesmo tempo, como irrogá-la a cada uma delas de per si, sucessivamente.

Para a existência do crime, é necessário que a pessoa visada seja *determinada*. “*Si incertæ personæ convicium fiat, nulla executio est*” (Dig. 47, 10, 1.15, § 19). Não é mister, porém, que a pessoa seja nominalmente indicada: basta que seja designada de modo que possa ser identificada, ainda que somente no limitado círculo de suas relações.³²

Pode uma criança ou um enfêrmo mental ser sujeito passivo de crime contra a honra? A solução da hipótese não é pacífica. O direito romano resolvia no sentido afirmativo.³³

³² FLORIAN, *ob. cit.*, pág. 129: “*Dentro i limiti di una sufficiente designazione ogni mezzo per individuare l'offeso è buono. Così lo si può indicare anche senza il nome, mercè le sua qualità, o con la denominazione o col nomignolo sotto cui è pubblicamente conosciuto, con le iniziale, con uno pseudonimo, con perifrasi, con traslati, con imagini, fotografie, caricature ecc.*”.

³³ Dig., 47, 10, 1.3, §§ 1.º e 2.º: “*Sane sunt quidam, qui facere non possunt utpula furiosus et impuber, qui doli capax non est;*

Na doutrina moderna, assim se pronuncia LIEPMANN: “Enfermos mentais e crianças somente são passíveis de ofensa “à honra quando possuam a capacidade de entender o sentido do ato contra êles dirigido”. No mesmo sentido, BORTICIANI: não fazendo a lei exceção alguma, também as crianças e os doentes mentais podem ser passíveis de crime contra a honra, desde que, bem entendido, possuam aquele mínimo de capacidade para aprender e entender a ofensa. Se tal capacidade falha por completo, nem mesmo se poderá reconhecer, da parte do agente, o dolo distintivo do crime. MANZINI opina que as crianças, por isso mesmo que inimputáveis, não podem ser objeto de censura moral e, portanto, não podem ser lesadas do ponto de vista da honra objetiva (reputação). PILI igualmente nega, na espécie, a capacidade penal passiva dos menores, como corolário de sua inimputabilidade. Quanto aos enfermos mentais, MANZINI e PILI entendem que podem ser ofendidos na sua honra, quando a eles se atribuem fatos referentes ao tempo anterior à enfermidade, ou mesmo ao tempo presente, se a enfermidade é parcial, de modo a não excluir o entendimento *in concreto*.

Outros autores, entretanto negam terminantemente possam os incapazes em geral ser objeto adequado de crimes contra a honra. A solução que nos parece justa é a seguinte: quando a ofensa diz com a honra subjetiva (sentimento da própria dignidade), a existência do crime deve ser condicionada à capacidade de perceber a injúria por parte do sujeito passivo; quando, porém, a ofensa diz com a honra objetiva, o crime existe sempre, pois não se pode deixar de reconhecer que os incapazes em geral têm ou conservam uma certa reputação, que a lei deve proteger. Pouco importa, em qualquer caso, a inimputabilidade do sujeito passivo. Apesar de

namque hi pati injuriam solent, non facere; quum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsant, sive conviciam dicant, injuriam fecisse non videri. Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat potest, facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere, etiamsi neciat, cui faciat”.

inimputáveis, os incapazes podem ser expostos à aversão ou irrisão pública, e seria iníquo deixar-se impune o injuriador ou difamador, como se a inimputabilidade, no dizer de ALTAVILLA, fosse uma culpa que se tivesse de expiar com a perda da tutela penal. Convém observar que as ofensas aos penalmente irresponsáveis (enfermos ou deficientes mentais, ou menores de 18 anos) somente como *injúria* ou *difamação* podem ser classificadas, excluídas a configuração de *calúnia*, pois esta é a falsa imputação de prática *responsável* de um crime.

Nos tempos medievais, não podiam querelar por crime contra a honra os chamados *infames* ou *desonrados* (*Ehrlosen*). Dizia-se: "*nulla est contumelia, quando damnum famæ diffamato nulla est infamia*". No direito moderno, porém, já inteiramente abolida a pena de infâmia, foi consagrado o princípio de que ninguém fica privado do direito à honra penalmente tutelado. Ninguém, por mais degradado na escala social, se torna completamente privado de amor-próprio ou deixa de ter direito ao *minimum* de respeito por parte dos outros homens. Salvo os casos em que a lei admite a *exceptio veritatis*, ninguém pode ser impunemente objeto de ofensa à honra. PILI entende que as pessoas afundadas na degradação podem ser agredidas nas "*zone onorifiche intatte*". É também a opinião de MANZINI: "...*siccome non v'è malvivente che in sè non abbia oasi morali, perciò l'injuria e la diffamazione possono commettersi in relazione a ogni uomo*".

125. **Elemento subjetivo.** Uma das mais debatidas questões de direito penal é a concernente ao dolo nos crimes contra a honra. Em que consiste, aqui, o elemento subjetivo? Basta a simples *consciência* do caráter ofensivo (difamatório ou injurioso) das palavras ou atos, ou é também necessário o *animus diffamandi ver injuriandi*, isto é, a vontade positiva ou deliberada de lesar a honra alheia?

Entre os autores alemães, notadamente, prevalece a opinião de que o dolo, na espécie, é a simples consciência da idoneidade lesiva da ação (palavra, gesto, escrito). Assim, por exemplo, LISZT-SCHMIDT: ³⁴ “O dolo (no crime contra “a honra) cons’ste... no conhecimento da significação ofensiva do ato. Não se faz mister uma intenção que vá além “disso” (“*Der Vorsatz besteht... in der Kenntnis von der beleidigenden Bedeutung der Handlung. Eine darüber hinausgehende Absicht (animus injuriandi) ist nicht erforderlich*”). Igualmente FRANK: ³⁵ “Ao dolo basta a consciência “de que a ação é idônea a exprimir menoscabo... Sem dúvida, o dolo na injúria não exige um *animus injuriandi*, “no sentido de que o fim da ação deva consistir na ofensa “à pessoa” (“*Zum Vorsatz gehört das Bewusstsein, dass die Äusserung geeignet ist, den Eindruck der Missachtung hervorzurufen... Zweifellos verlangt der Beleidigungsvorsatz nicht einen animus injuriandi in dem Sinne, als ob der Zweck der Handlung in der Kränkung der Person bestehen müsste*”). Também os autores suíços contentam-se com a consciência da lesividade da ação, isto é, julgam dispensável a intenção de ofender. ³⁶

Este ponto de vista, porém, é inaceitável. Dolo não é simples consciência, senão também vontade. No próprio dolo eventual, há um elemento volitivo. Dolo é a vontade livre e conscientemente dirigida a um resultado antijurídico, ou exercendo-se apesar da previsão desse resultado. Ter consciência da idoneidade ofensiva da ação não importa necessariamente a vontade de ofender. Aquela pode existir sem esta. Sem vontade livre, acompanhada da consciência da injuridicidade (*Conscientia sceleris*, ou consciência de que o evento colimado pela vontade incide na reprovação jurídica), não

³⁴ *Lehrbuch*, 1927, pág. 510.

³⁵ *Das StGB für das deutsche Reich*, pág. 311.

³⁶ HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht*, bes. Teil, pág. 206 (“*Etne besondere Absicht, zu beleidigen, braucht nicht*”); THORMANN-OVERBECK, *Das schweizerische StGB*, pág. 160.

há falar-se em dolo. Uma palavra ou asserção flagrantemente injuriosa ou difamatória na sua objetividade pode ser proferida sem vontade de injuriar ou difamar, sem o propósito mau de atacar ou denegrir a honra alheia. Se, por exemplo, *jocandi animo*, chamo “velhaco” a um amigo íntimo ou lhe atribuo a paternidade de uma criança abandonada, o fato, na sua objetividade, constitui uma injúria ou uma difamação; mas, subjetivamente, não passa de um gracejo. Não me faltou a consciência do caráter lesivo da afirmação (nem a vontade de fazer a afirmação) e, no entanto, seria rematado despautério reconhecer-se, no caso, um crime contra a honra, por isso mesmo que inexistente o *pravus animus*, o *animus delinquendi*, o *animus injuriandi vel diffamandi*.

Abstrair-se o fim específico de ofender a honra vale o mesmo que retornar à antiga fórmula “*cum verba sunt injuriosa, animus injuriandi praesumitur*”. É reviver, praticamente, no seu intratável dogmatismo, a regra do *dolus in re ipsa* ou do *factum pro dolo accipitur*. A este resquício da fase objetiva do direito penal já se fez a devida justiça. Diziamos CARRARA: “Ou as palavras são equívocas e podem prestar-se também ao sentido não injurioso, e então a acusação “deve fazer prova rigorosa do *animus injuriandi*, bastando “ao acusado demonstrar que usou as palavras no bom sentido...; ou as palavras têm um sentido absolutamente injurioso por si mesmas ou segundo o geral *usus loquendi*, “e então incumbe à defesa provar por tais ou quais circunstâncias a inexistência do *animus injuriandi*. E quando isto “se faça, ainda que por meio de conjeturas aceitáveis, o juiz “pode absolver, malgrado a natureza injuriosa das palavras, “desde que considere deficiente o *animus injuriandi*. Seria “gravíssimo erro afirmar que a índole injuriosa das palavras “impeça para todo o sempre aduzir a ausência de propósito “criminoso”.

Este é o critério justo. Não se repele a máxima *res ipsa loquitur*, pois a pesquisa do *factum internum* (no caso, o *animus injuriandi vel diffamandi*) não pode dispensar a elu-

“cadáveres putrefatos de todas as reputações abatidas? Todos os mais peçonhentos rancores, todas as paixões mais vulgares viriam dar-se as mãos para a obscena dança de roda na praça do interesse público, à sombra acolhedora da grande árvore da *santidade* do fim”.

Salvo os casos em que a *demonstratio veritatis* exclui o crime ou a *fides veri* exclui o dolo, ninguém pode atribuir-se a faculdade da censura moral de outrem, qualquer que seja a moralidade do censurado ou o móvel do censor. Como diz MANZINI, é inadmissível que um indivíduo qualquer assumindo uma função que ninguém lhe conferiu, se arvore em juiz da moralidade alheia, sem garantia alguma de sinceridade. Estaria implantado um direito privado de punição que, a pretexto de salvaguarda do interesse público, redundaria na legitimação dos crimes contra a honra. Além disso, estaria firmado um precedente subversivo e perigoso. Admitida a discriminante da moralidade do fim, deveria também ficar isento de pena, por exemplo, aquele que furtasse para fazer doação a uma casa de caridade, ou aquele que matasse um canceroso para poupá-lo ao sofrimento, ou eliminasse um facinora para sossego da povoação em que vive.

Os *motivos determinantes* não são elemento constitutivo do crime, senão quando expressamente contemplados na definição legal. Fora daí, são apenas critério informativo da medida da pena, agravando-a se imoral ou anti-social, ou atenuando-a, se de relevância moral ou social.

Nada tem a ver com o dolo o fim *último* ou *ideológico* do agente. Como já dissemos, dolo é a vontade conscientemente dirigida a um resultado antijurídico. Este, nos crimes de que se trata, é a ofensa à honra alheia, e se o agente quis tal resultado, o dolo subsiste, por mais louvável que tenham sido os seus motivos impelentes.

Como em qualquer outro crime, porém, o dolo, na espécie, é excluído quando inexiste a consciência da injuricidade, a consciência de incidir no juízo de reprovação que lastreia o preceito penal. Pode acontecer que, ao proferir a

sírio, meu inimigo, se sente ofendido com certa palavra que lhe dirigem no seu idioma, que não conheço, e profiro-a contra ele, pouco me importando se é ou não injuriosa, cometo o crime de injúria, desde que a palavra represente, de fato, um insulto.

Entendem os positivistas, com a quase apostólica doutrinação de FLORIAN, que, para o reconhecimento do crime contra a honra, é imprescindível uma indagação em torno dos *motivos* do agente. Deve ser excluída a punibilidade, tôda a vez que se verifique a *sociabilidade* ou *moralidade* do fim último colimado pelo agente. FLORIAN parte do pressuposto de que a lei deve tutelar a honra enquanto corresponde ao real valor da pessoa. Deve-se permitir entre os cidadãos uma faculdade de recíproca *censura moral*, desde que esta revista um caráter de nobreza ou de utilidade geral.

Sòmente merece punição o difamador tangido de motivos estritamente egoísticos ou interesses subalternos, a visar, pura e simplesmente, a desonra ou a dor moral da pessoa atingida. Não é socialmente perigoso e deve ser posto à margem da punição o indivíduo que difama ou injuria outro na exaltação de um nobre objetivo, ou pelo seu amor à causa pública. Deve ser acolhida, na espécie, a máxíma jesuítica de que “o fim justifica os meios”. A *exceptio veritatis*, segundo lógica inferência da teoria em questão, deveria ser admitida como regra geral. A própria *fides veri* (isto é, a sincera *crença* na verdade do que se irroga a outrem) deve acarretar a imunidade penal.

É de toda evidência, porém, que tal teoria (chamada *teoria psicológica da difamação*), além de incompatível com o direito positivo, não merece apoio, sequer, *de jure condendo*. Não pode ela eximir-se à alarmada crítica de TAMBARO:⁸⁷ “Dada a grave dificuldade em torno da indagação do fim..., “quem sabe onde iríamos parar com essa vertiginosa corrida através o campo da moralidade pública, semeado dos

⁸⁷ *La libertà della stampa*, pág. 245.

Pode-se, pois, concluir que todos os *animi* acima citados devem ser e são juridicamente relevantes, não porque coincidem com a atualidade do exercício de um direito, mas, precisamente, e tão-somente, porque excluem o elemento subjetivo específico do crime contra a honra, isto é, o propósito mau, a vontade perversa de difamar ou injuriar.

Para melhor elucidação do tema, vamos apreciar cada um desses *animi* em particular.

Animus jocandi. Já no direito romano se decidia que “*si quis per jocum injuriet, non tenetur*”. O fim imediato do agente, em tal caso, não é ofender a honra alheia, mas gracejar, fazer pilhéria. Ainda que a pessoa visada não tome o gracejo como tal, inexiste o dolo específico do crime contra a honra. A intenção de caçoar, quando evidente das circunstâncias do fato, elimina a aptidão ofensiva das palavras ou atos. É bem de ver que não devem ser excedidos certos limites. As pilhérias chamadas de *mau gosto*, sujeitando a pessoa ao ridículo e à galhofa, não se coadunam com uma intenção inocente. Não é admissível que, por amor à pilhéria, se tolere que alguém se divirta ou faça divertir à custa da reputação ou decoro alheio. Uma coisa é gracejar, outra é ridicularizar. Neste último caso, o dolo subsiste. O ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação. Além disso, não é de confundir-se o *animus jocandi* com o objetivo de *humour* a serviço da maledicência. O ânimo de ofender não se torna irreconhecível quando afivela a máscara da chocarrice. Convenha-se em que a sátira leve e a fina ironia fiquem imunes de pena. Especial relevo merece a *caricatura*, que, quando isenta de grosseria, não deixa aflorar a perversidade da intenção.³⁸ Desde, porém,

³⁸ A respeito, com muita justeza, escreve SIMONELLI (no prefácio a *L'ingiuria e la diffamazione nella caricatura*, de CELENTANO): “*La caricatura è uno vino spumante: l'accompagna quel tremito di ebbrezza che pare velarla di non sò quale anabilità, anche se perfida ed ambigua. È una franchigia carnevalesca che tutto fa lecito in nome del buon riso. Pare che in quel dinamismo che ne è la*

palavra injuriosa, ao fazer o gesto insultante ou ao enunciar o fato difamatório, não tenha o agente o fim de ofender a honorabilidade alheia, isto é, o fim que integra, juridicamente, o dolo distintivo dos crimes contra a honra. Segundo justamente observa PAOLI, é preciso não confundir o fim *ideológico* (motivo determinante) com o fim *jurídico* (compreendido no dolo específico).

Vem à baila, aqui, a teoria dos *animi*, que, por tradição que remonta ao direito romano, se consideram excludentes do *animus injuriandi vel diffamandi*. São eles os seguintes, na conformidade da doutrina e da jurisprudência: *animus jocandi*, *animus consulendi*, *animus corrigendi (instruendi, docendi, emendandi)*, *animus narrandi*, *animus defendendi*.

Entendem alguns autores que, de tais *animi*, somente são atendíveis os que correspondem a autênticos direitos ou interesses juridicamente protegidos. A conceituação deles como causas excludentes do dolo não passaria, segundo a opinião de MANZINI, de "*un insuperabile esempio di empirismo e di aberrazione giuridica*". Outros autores, conciliatoriamente, opinam que se trata de causas excludentes, ora da injuridicidade objetiva, ora do dolo.

Nenhum desses pontos de vista, porém, é aceitável. Não há jamais o *direito* de ofender a honra. É verdade que, em casos excepcionais, a lei tolera certa liberdade de ataque, de censura ou de crítica (imunidade judiciária, imunidade de informações oficiais, imunidade de apreciação de obras artísticas, literárias ou científicas) e declara expressamente a impunibilidade; mas não se segue daí que seja conferido o *direito* de difamar ou injuriar. Em qualquer desses casos, se o agente revela o exclusivo fim perverso de ofender, ultrapassando os limites da estrita *utilidade* que ditou a isenção penal, já não será merecedor desta. O contrário valeria pelo contra-senso de uma legalização do crime. Nos casos em questão, a lei não faz mais, afinal de contas, do que destacar hipóteses de neutralização do *animus injuriandi vel diffamandi* por outros (*animi defendendi, consulendi, corrigendi*)

Pode-se, pois, concluir que todos os *animi* acima citados devem ser e são juridicamente relevantes, não porque coincidam com a atualidade do exercício de um direito, mas, precisamente, e tão-somente, porque excluem o elemento subjetivo específico do crime contra a honra, isto é, o propósito mau, a vontade perversa de difamar ou injuriar.

Para melhor elucidação do tema, vamos apreciar cada um desses *animi* em particular.

Animus jocandi. Já no direito romano se decidia que “*si quis per jocum injuriet, non tenetur*”. O fim imediato do agente, em tal caso, não é ofender a honra alheia, mas gracejar, fazer pilhéria. Ainda que a pessoa visada não tome o gracejo como tal, inexistente o dolo específico do crime contra a honra. A intenção de caçoar, quando evidente das circunstâncias do fato, elimina a aptidão ofensiva das palavras ou atos. É bem de ver que não devem ser excedidos certos limites. As pilhérias chamadas de *mau gosto*, sujeitando a pessoa ao ridículo e à galhofa, não se coadunam com uma intenção inocente. Não é admissível que, por amor à pilhéria, se tolere que alguém se divirta ou faça divertir à custa da reputação ou decoro alheio. Uma coisa é gracejar, outra é ridicularizar. Neste último caso, o dolo subsiste. O ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação. Além disso, não é de confundir-se o *animus jocandi* com o objetivo de *humour* a serviço da maledicência. O ânimo de ofender não se torna irreconhecível quando afivela a máscara da chocarrice. Convenha-se em que a sátira leve e a fina ironia fiquem imunes de pena. Especial relevo merece a *caricatura*, que, quando isenta de grosseria, não deixa aflorar a perversidade da intenção.³⁸ Desde, porém,

³⁸ A respeito, com muita justeza, escreve SIMONELLI (no prefácio a *L'ingiuria e la diffamazione nella caricatura*, de CELENTANO): “*La caricatura è uno vino spumante: l'accompagna quel tremolo di ebbrezza che pare velarla di non sò quale amabilità, anche se perdida ed ambigua. È una franchigia carnevalesca che tutto fa lecito in nome del buon riso. Pare che in quel dinamismo che ne è la*

que é ultrapassada a medida de um sã humorismo, expondo-se a pessoa ao escárnio, desaparece a boa-fé e torna-se evidente o *pravus animus*. É preciso, para reconhecer-se a ausência de dolo, que o *animus jocandi* seja o único escopo da ação, e que o fato se contenha na órbita do gracejo, de modo a afastar qualquer vontade de ofender.

Animus consulendi. É a intenção de aconselhar, advertir ou informar, espontaneamente ou mediante solicitação, a uma pessoa amiga ou que confia no informante, acerca de vícios ou defeitos de outrem. É preciso que haja, pelo menos, um dever *moral* de aconselhar ou informar. Se há um dever *jurídico*, a lei explicitamente declara a imunidade penal (art. 142, n. III, do Cód. Penal). Em qualquer caso, porém, o *animus consulendi* não pode servir de dissimulação à calúnia, injúria ou difamação. Se há excesso no modo ou conteúdo da informação, ou desnecessária falta de reserva, deixando manifesta a intenção má de denegrir a honra ou ferir a dignidade da pessoa a cujo respeito se presta a informação, não pode o agente invocar o *animus consulendi* ou, como diz CARRARA, a "*pietà d'intenzione*". O justo critério é fixado por um aresto da Corte de Cassação italiana: "Quando "alguém é solicitado a dar informações, deve supor-se sempre, como é natural, que as forneça, ainda que más, para "atender ao pedido, e não com a intenção de ofender outrem. "*Nemo præsimitur malus nisi probetur*. Em tal contingência, e quando as coisas ditas, a título de informação con-

parte essenziale — non concepisce una caricatura senza un ritmo accentuato, febbrile — le manchi la pacatezza che d'ordinario caratterizza le attribuzioni categoriche della diffamazione. Pare che tutto dica, tutto esprima, tutto determini e tuttavia ciò è compiuto in una maniera così abile, così reticente, così a spizzico che quando, giudice o censore, inforchi le lenti per notomizzarla, non ti raccapezzi: manca il soggetto, il verbo, l'attributo; manca la concretezza della determinazione proprio quando ti era sembrato di poter meglio acciuffarla; e là proprio ove credevi di stanare finalmente il raso avvelenato, ecco che ti viene avanti una intenzioncella faceta, ridanciana, e ti par quasi dar prova di poco spirito il solo rilevarla".

“fidencial, não exorbitam da esfera do pedido, não se pode inferir a intenção de ofender pela só natureza do informe: “cumpre que ela seja induzida por outras circunstâncias”. Sob este prisma de prudência e restrição, deve ser resolvido, notadamente, o caso das “agências de informação” * ou dos “detetives particulares”, bem como os dos atestados fornecidos pelos patrões acerca de seus ex-empregados e dos relatórios de sindicância para admissão de candidatos ao ingresso em clubes ou associações. Sem sinceridade, fidei-

* De tais agências cuidou a lei n.º 3.099, de 24-2-1957:

Determina as condições para o funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares

.....
Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º Os estabelecimentos de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares, só poderão funcionar depois de registrados nas Juntas Comerciais dos seus Estados ou Territórios, com observância de todas as formalidades legais.

Art. 2.º As informações serão sempre prestadas por escrito em papel que contenha impresso o nome do estabelecimento, o da sociedade e, por extenso, o de um gerente ou diretor, pelo menos.

Art. 3.º A observância das disposições contidas nesta lei não exime os interessados do cumprimento de quaisquer outras exigências legais.

Art. 4.º Os estabelecimentos, já em funcionamento, terão o prazo improrrogável de 90 (noventa) dias para regularizar sua situação.

Art. 5.º Os estabelecimentos autorizados a funcionar fornecerão à Polícia (à Superintendência da Ordem Política e Social e à Chefia do Departamento de Investigações, onde existirem), todas as informações que lhes forem solicitadas.

Art. 6.º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1957; 136.º da Independência e 69.º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

Nereu Ramos

Parsiçal Barroso

dade aos fatos e discricção, não há falar-se em *animus consulendi* para exclusão do dolo.

Por outro lado, quando estreme de dúvida o exclusivo *animus consulendi* (nos limites acima fixados), não se pode reconhecer o *animus diffamandi vel injuriandi*, ainda quando a informação depreciativa resulte de um escusável erro ou equívoco do agente.

Animus corrigendi (instruendi, docendi, emendandi). É a intenção de repreender ou admoestar alguém sob nossa dependência, autoridade, guarda ou vigilância, para que se emende de vícios, erros, más inclinações ou qualidades. Assim decidia o direito romano: “*Si quis corrigendi animo, aut si quis emendandi, non tenetur*” (Dig., *De inj. et fam. lib.*, 1.15, § 38). Sem dúvida, o direito ou dever de corrigir não compreende a faculdade de injuriar ou difamar; mas, se no intuito exclusivo de admoestar, é proferida uma palavra mais áspera ou verberado um fato deprimente, não há o dolo da injúria ou da difamação. A ação deve ser dirigida, como diz SEMMOLA, a reafirmar a consciência do direito, não já a dar o exemplo da violação dele. Se o agente abstrai a usual moderação, deve presumir-se, não o *animus corrigendi*, mas o fim perverso de ofender a integridade moral do subordinado.

Animus narrandi. É a intenção de referir a outrem aquilo que se viu, sentiu ou ouviu a respeito de alguém. Há, porém, que distinguir entre o relato fiel e singelo e a narrativa odiosa ou tendenciosa, deixando transparecer a má intenção de atassalhar a honra alheia. No que respeita à propalação ou divulgação do que se ouviu de outrem, veja-se n.º 130.

A questão da relativa influência do *animus narrandi* adquire especial relevo em matéria de calúnia ou difamação, notadamente quando feita por meio de imprensa ou na *crônica jornalística*. Entende BORCIANI que “*fuori dal campo (eccezionale) della stampa, l’animus narrandi non può quasi mai giustificare il diffamatore*”.

Deve notar-se que, em matéria de calúnia, perante o nosso Código, é relevante a *fides veri* para exclusão do dolo (veja-se n.º 129).

Animus defendendi. É a intenção de agir na tutela do próprio interesse. No caso de injúria ou difamação, a lei reconhece expressamente a isenção de pena quando ocorre o *animus defendendi*, mas limita-se às “ofensas irrogadas em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador”. É a chamada *imunidade judiciária*. Também aqui não se trata de um *jus diffamandi vel injuriandi*, senão, em última análise, de uma causa de exclusão de punibilidade por ausência de dolo específico.³⁹ Seria uma extravagância que a lei, fosse qual fosse a sua *ratio*, erigisse em *direito* a difamação ou injúria. Com o *animus defendendi* não é de confundir-se o *animus retorquendi*, de que trataremos adiante.

126. Consentimento do ofendido. Em matéria de crime contra a honra, vigora o princípio romanístico de que “*volenti non fit injuria*”. Se procede o consentimento do ofendido, inexistente o crime. “*Nula injuria est, quæ in volentem fiat*” (Dig. 1, § 5.º). A honra é um bem jurídico *disponível*, e o interesse social de sua tutela penal desaparece, desde que, antecipado o consentimento do sujeito passivo, já não se apresenta o temido perigo de represálias ou contragolpes. A própria lei reconhece a plena disponibilidade do direito à honra quando deixa ao arbítrio do seu titular, nos crimes de que ora se trata, a faculdade de intentar a ação penal e declara extinta a punibilidade pela renúncia ou pelo perdão do ofendido. Se válida é a “conformação”

³⁹ Não há falar-se em *legítima defesa*, para excluir a licitude objetiva em matéria de crime contra a honra. Como pode haver legítima defesa contra uma calúnia ou injúria já proferida? Ademais, as palavras caluniosas ou injuriosas não podem ser evitadas por outras. Para impedir que *prossigam*, o único meio será o emprego de violência (constituindo, este, sim, um ato de legítima defesa).

post factum por parte do ofendido, deve logicamente valer o consentimento antecipado.

Assim, se um noivo, desejoso de desmanchar o noivado, autoriza um amigo a difamá-lo perante a noiva, não há falar-se em crime, se o amigo se serve, efetivamente, da autorização. Se o consentimento é *condicionado*, sua influência discriminante depende do implemento da condição. É o que se dá no exemplo clássico de STRYKIO: se um devedor autoriza o credor a chamar-lhe “ladrão” no caso de *mora solutionis*, e o credor, verificada esta, profere a injúria, não existirá o crime.

É claro que, se, de envolta com a honra individual, é lesado um prevalente interesse social, irrelevante será o consentimento do ofendido. Assim, no caso em que a ofensa à honra de funcionário público constitui *desacato* (art. 331 do Código Penal) ou no caso de “denúnciação caluniosa” (em que sobreleva a lesão do interesse da *administração da justiça*). Também não influirá o consentimento no tocante ao crime conexo de ação pública ou lesivo de um bem jurídico *indisponível*. Assim, se a injúria consiste em *ato obsceno* e é praticada *coram populo*, não deixará de subsistir o crime de *ultraje público ao pudor* (art. 233 do Código Penal); ou se constitui *importunação ofensiva ao pudor*, e é praticada em lugar público, não deixará de configurar-se a contravenção do art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Do mesmo modo, no caso de *injúria mediante violência* (art. 140, § 2.º), de que resulte lesão corporal, este último crime subsistirá, não obstante o consenso do ofendido no tocante à ofensa à honra.

De nenhum valor, igualmente será o consentimento do representante legal do ofendido. Seria *contra bonos mores* e manifesto contra-senso jurídico que o representante tivesse a faculdade de suprir o consentimento do incapaz, para legitimar uma ofensa contra sua honra. Tal consentimento poderá ser identificado até mesmo como *co-participação* no crime.

Se vários os titulares do direito de queixa, o consentimento de um não exclui o crime em relação aos outros. Assim, na calúnia contra os mortos, é necessário, para inexistência do crime, o prévio assentimento de *todas* as pessoas consignadas no art. 31 do Cód. de Proc. Penal (cônjuge, ascendentes, descendentes, irmãos).

Se a ofensa repercute sobre *terceiros*, será inoperante quanto a estes o consentimento do ofendido imediato.

CALÚNIA

127. Conceito. Fiel à tradição do direito pátrio, o Código de 1940 dá o nome de *calúnia* à *falsa* imputação de fato definido como *crime*. Como já assinalamos (n.º 119), o rótulo e a definição remontam ao Código Criminal de 1830, que se afeiçoara ao Código Penal de Napoleão, não obstante a alteração que já sofrera, neste particular, desde 1819. O Código de 1890 conservara, na sua essência, o critério do Código monárquico, e o Código vigente, no seu artigo 138, reproduz, apenas com mudança de redação, o art. 315 do primeiro Código republicano. O influxo do Código francês de 1810, na espécie, não permaneceu apenas na legislação brasileira, senão também em quase todos os Códigos Penais hispano-americanos, inspirados no tradicional modelo espanhol, que, por sua vez, imitara o modelo napoleônico e o nosso próprio Código de 1830.

O atual Código espanhol persiste em incriminar sob o nome de *calúnia* "*la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio*". Tal como faz o nosso Código atual, o mexicano (1931) distingue entre *difamação* e *calúnia*, consistindo a primeira "*en comunicar a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral, en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado que puede causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerla al desprecio de alguien*" e a segunda no fato de imputar "*a otro un hecho determinado y calificado como delito por la*

lei, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa". O Código argentino, distinguindo-a da injúria, assim define a calúnia: "*falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública*". O Código chileno entende por calúnia "*la imputación de un delito determinado pero falso y que puede actualmente perseguirse de oficio*". O Código boliviano pune como calúnia o fato de quem imputa a outrem "*voluntariamente y con falsedad delito o culpa a que esté señalada pena por la ley*". O legislador brasileiro de 1940 não tinha motivos para romper com a tradição. No seu sentido vulgar, que é inútil tentar abstrair, o termo *calúnia* traz consigo a idéia da *falsidade* do fato imputado. Nem se justificaria, por outro lado, deixar de distinguir entre *jalsa imputação de crime* e *imputação de fato apenas moralmente reprovado*, enfeixando-se uma e outra sob o título comum de *difamação* (como fazem a lei francesa de 29 de julho de 1881 e o Cód. Penal italiano) e sob o mesmo tratamento penal, pois é manifesta a maior gravidade da primeira em relação à *segunda*. Finalmente, quanto à condição restritiva de *falsidade* da imputação de fato criminoso, é critério que se impõe, para evitar que, à sombra de mal-avisado individualismo, se prejudique o interesse social de repulsa contra o crime, opondo percalços à revelação ou escarmento público de autênticos delinquentes.

Em face do art. 138, a falsidade da imputação é *elemento constitutivo* da calúnia: se verdadeiro o seu conteúdo, a imputação é objetivamente lícita ou juridicamente indiferente. Note-se, para logo, entretanto, que nem sempre e assim acontece, isto é, nem sempre a calúnia é condicionada à inverdade da imputação: nos casos excepcionais em que é vedada a *exceptio veritatis* (veja-se n.º 132), tem-se de reconhecer que a calúnia é a *simples imputação de fato definido como crime*, pouco importando se falsa ou verdadeira.

A falsidade da imputação se apresenta não só quando o fato imputado não é verdadeiro, como quando, verdadeiro

o fato, é inocente a pessoa acusada. Até prova em contrário, a falsidade se presume.

É lição comum que, para a configuração da calúnia, o fato imputado deve ser *determinado*. Não significa isso, porém, que seja necessária uma descrição pormenorizada. Não raro, depara-se em decisões de nossos tribunais o asserto de que essa especificação deve ser de molde a permitir uma prova direta em sentido negativo por parte da pessoa ofendida. E daí, por vezes, um critério demasiadamente formalístico na identificação da calúnia (para favor e gáudio dos caluniadores), exigindo-se que o crime atribuído tenha sido rigorosamente individuado quanto às circunstâncias e sujeito passivo. Ora, o requisito em questão nada tem a ver com a pretensa necessidade de prova em contrário, pois a esta não se ácha adstrito o querelante para êxito de sua causa, presumindo-se a falsidade da imputação, se o querelado não apresenta e comprova a *exceptio veritatis*. A determinação do fato imputado diz com a própria noção da calúnia, cuja especial gravidade está precisamente em que, com a menção de fatos, torna-se mais facilmente crível a imputação. A assacadilha formulada em termos vagos passa, esquece-se, mas se é apontado um fato concreto, dificilmente deixará o ofendido de ser um perpétuo tributário da maledicência: "*calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose*". Essa maior credibilidade, porém, não está necessariamente subordinada a uma descrição detalhada do fato imputado. Segundo a justa lição de STORPARO, "não é indispensável uma "formal exposição orgânica dos fatos, com circunstâncias "de tempo, lugar e pessoa, pois é bastante uma síntese lógica, inteligível ou compreensível por todos". No mesmo "sentido, GASCA: "...o fato é determinado toda vez que, "através das palavras que o asseveram, orais, escritas ou "impressas, quem quer que o tenha ouvido ou lido pode formar um juízo suficiente de sua consistência especial". Para determinar um fato, não é preciso narrá-lo com *todas* as suas circunstâncias: basta que se dê a impressão de certo acon-

tecimento concreto ou específico. Se digo de alguém que é *amigo do alheio*, certamente não individualizo fato algum e, portanto, ao invés de calúnia, o que se apresenta é uma *injúria* (genérica atribuição de qualidades deprimentes); mas, se afirmo, por exemplo, que essa pessoa já se *apropriou indebitamente de valores que lhe foram confiados por um amigo*, ter-se-á, iniludivelmente, o *material* da calúnia, embora omitidos detalhes quanto ao tempo, lugar, modo e sujeito passivo. Decidir de modo contrário, será fazer praça de um formalismo inteiramente alheio ao preceito legal, que apenas se refere a *fato definido como crime*.

A falsa imputação deve referir-se a *crime*. O texto do art. 138 é restritivo. Nem há dizer-se que a palavra *crime* é compreensiva de *contravenção*, pois o Código, toda vez que quer aludir também a esta, fá-lo expressamente. A falsa imputação de fato meramente contravençional poderá constituir *difamação*, mas não calúnia. Se o fato imputado fôr absolutamente inverossímil, inexistirá o dolo específico da calúnia. Assim, o dizer-se de alguém que tentou furtar o zimbório da Candelária, não constitui calúnia, embora possa identificar-se no caso uma *injúria* disfarçada num gracejo. Muitas vezes, a calúnia mascara-se, fazendo-se preceder ou acompanhar de *protestos* quanto à falsidade do fato imputado ou de *ressalvas* sobre a inocência da vítima. É o *sopro da barata*, o bater de asas com que o vampiro suaviza a mordedura. É o que VoËT ironicamente chamava *prae factiones honoris*. Os discípulos de D. Basílio sabem que há negativas que, por antítese, afirmam. Não se escusam eles, porém, com semelhante artifício. Como diz CENERI, “*se bastasse mettere cosi fatta etichetta ai libelli diffamatori, coprire di tale bandiera la merce injetta . . . sarebbero lettera morta le sanzioni penale pel libello famoso*”. E já os práticos decidiam: “*protestatio facta contraria nil operatur; in re facta verborum artes ver simulatæ protestationes nihil possunt*”.

A calúnia pode ser *implícita* ou *equivoca*, como quando alguém, por exemplo, em altercação com um exator fiscal,

assim se exprime: “Eu nunca andei desfalcando os cofres públicos”. Pode ser, também, *reflexa*: se se diz de um juiz que decidiu certa causa em tal ou qual sentido porque foi subornado, é também caluniado o litigante vencedor.

128. Consumação e tentativa. A calúnia se consuma desde que a falsa imputação é ouvida, lida ou percebida por uma só pessoa que seja, diversa do sujeito passivo. Tratando-se de ofensa à *reputação* (valor do indivíduo perante os seus concidadãos), é claro que o crime não atinge o *summam opus* enquanto a imputação não chega ao conhecimento de outra pessoa além do ofendido.

A calúnia verbal, como em geral os crimes contra a honra quando cometidos oralmente, não admitem tentativa, pois, em tal caso, se trata de crime que se perfaz *unico actu*. Ou as palavras são proferidas, e o crime se consuma, ou não são proferidas, e seria absurdo cogitar-se de crime, ainda que meramente tentado. *Non datur tertium*. Já dizia CARRARA (ob. cit., § 1.830) que, na hipótese de calúnia verbal, “é impossível imaginar-se um começo de execução como preâmbulo à consumação”, e acrescentava: “*ciò è comune a tutti i delitti che si commettono con la voce: o la parola è detta, e il delitto è perfetto; o non è ancora detta, e non vi è tentativo punibile, sia perchè non ancora si estrinseca la intenzione in un sufficiente atto esecutivo, sia perchè lo arrestamento procedette dalla stessa volontà dell'agente*”. FLORIAN (ob. cit., pág. 547), dissentindo do caráter absoluto da inadmissibilidade da tentativa na calúnia verbal, figura a hipótese em que o fato imputado é erroneamente julgado crime pelo agente, e indaga: “por que não se poderá reconhecer no caso uma tentativa, quando pleno e íntegro é o seu elemento intencional?” Evidentemente, o professor turinense, falando em nome da escola positiva, apenas se pronuncia *de jure condendo*. *De jure condito*, assente a noção *realística* do crime, a tentativa só existe quando haja um *efetivo* ataque a um bem jurídico penalmente protegido. No

caso figurado, o que se apresenta é um crime putativo ou imaginário, que escapa a qualquer punição.

Suponha-se, entretanto, o seguinte caso: o agente profere a calúnia na presença de várias pessoas, mas, devido ao grande ruído que produz, no momento, a passagem de um veículo, ninguém ouve as palavras caluniosas. Ora, se ninguém ouve a calúnia, ainda que por motivo alheio à vontade do agente, é como se não tivesse sido proferida. Não houve mais que um solilóquio. Ainda, porém, que se pudesse reconhecer, aqui, a tentativa, a prova seria, de todo inviável.

Perfeitamente concebível, no entanto, é a tentativa de calúnia por escrito ou por outro qualquer meio cujo emprego importe um *iter* a ser percorrido. Figure-se, por exemplo, que, já preparado o pasquim calunioso, é este apreendido pela polícia quando o agente vai afixá-lo na fachada de uma casa. É inegável a tentativa, como também o será neste outro exemplo: o pasquim calunioso é afixado em lugar público, mas, antes que alguém o leia, o próprio ofendido o retira, inutilizando-o.

Costuma-se citar também como caso de tentativa o da carta caluniosa que se extravía antes de chegar ao poder do destinatário (pessoa diversa do caluniado). A hipótese, porém, não convence: praticamente, a carta extraviada (tal como a carta que deixou de ser enviada) não é mais do que uma intenção não manifestada.

No caso de falsa imputação de crime formulada em *telegrama* ⁴⁰ que não pode ser entregue ao caluniado, por

⁴⁰ Desde que o despacho não contenha palavras *injuriosas*, reconhecíveis *prima facie*, sua transmissão não pode ser negada. É o que se depreende *a contrario* do art. 14 do dec. n.º 11.520, de 10 de março de 1915, que, acertadamente, não faz referência à *calúnia*, que o telegrafista não poderia identificar: "Não terão curso nas linhas telegráficas da União os telegramas contrários às leis do país, à ordem pública, à moral e aos bons costumes, aqueles cuja falsidade seja reconhecida e os que contenham *injúria* ao desti-

não ter sido este encontrado, haverá calúnia *consumada* ou *tentada*? Ou não haverá crime algum? A nosso ver, o crime existe, e como calúnia consumada. Embora os funcionários do telégrafo estejam obrigados a sigilo,⁴¹ pelo menos eles tomaram conhecimento da imputação, e tanto basta para que se repute consumado o crime de calúnia. O agente sabia que o conteúdo do telegrama seria necessariamente lido por terceiros (funcionários do telégrafo) e, assim, não poderia alegar a ausência do *animus diffamandi*. Será difícil a prova do fato (desde que os telegrafistas não poderiam depor como testemunhas — art. 207 do Cód. de Proc. Penal), mas tal dificuldade nada tem a ver com a possibilidade de configuração do crime.

129. Erro. Boa-fé. Se a falsidade da imputação é elemento integrante ou condição essencial da calúnia, segue-se que o dolo, na espécie, compreende, necessariamente, a consciência dessa falsidade ou, pelo menos, a *dúvida* sobre a veracidade ou inveracidade do fato imputado (dolo eventual), e será, portanto, excluído quando o agente versa em erro invencível sobre a correspondência entre o conteúdo da imputação e a realidade (art. 17 do Cód. Penal). A *fides veri* ou a verdade *subjctiva* (putativa) do fato imputado não pode deixar de eliminar o dolo específico da calúnia. Já decidia o direito romano que “*si non convicii consilio te aliquid*

⁴¹ Art. 16 do decreto citado na nota anterior: “O direito ao sigilo dos telegramas é absoluto e a Diretoria Geral dos Telégrafos velará pela perfeita observância dele por parte do pessoal sob suas ordens, sendo proibida a entrada nas salas de aparelhos, nos arquivos e seções onde haja autógrafos, não só ao público, como aos próprios empregados que não se acharem em serviço”.

“*natário*”. A Convenção de Madri (1932) deliberou que podem deixar de ser expedidos os telegramas “que contenham palavras injuriosas, indecentes ou frases denegridoras ou provocantes, quer dirigidas ao destinatário, quer relativas a outra pessoa”.

injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendet” (Cód., IX, 35, 5). CARRARA, com a sua lógica habitual, assim se pronunciava a respeito (*Programma*, p. e., III, pág. 308): “*In fatto di scusa il putativo equivale al vero. Il quale principio si fa chiarissimo ed irrecusabile a chiunque rifletta che dove verità esclude il delitto, la giusta credulità esclude il dolo*”. Repita-se, porém, que o erro deve ser insuperável. Fora daí, não poderá deixar de ser reconhecido o dolo eventual. Se as circunstâncias não são de molde a justificar a boa-fé do agente, é de inferir-se que este procedeu sem a certeza *subjéctiva* da veracidade. É inaceitável a excepção de boa-fé da parte de quem não se abstém de formular contra outrem uma grave acusação à vista de circunstâncias inexpressivas ou equívocas. Ao seu espírito ter-se-á apresentado, pelo menos a *dúvida*, e quem afirma na dúvida assume o risco de emitir uma inverdade, isto é, incide na órbita do dolo eventual de calúnia. PESSINA (*Principii*, II § 65, *in fine*) era radicalmente infenso, *in subjecta materia*, à escusa da boa-fé. Dizia ele: “O *animus diffamandi* existe quando “alguém, não tendo aparelhadas as provas, lança a acusação, “embora enganado pela esperança de obtê-las. A boa-fé “será, quando muito, atenuante; mas não é de confundir-se “tal estado *subjéctivo* de certeza no difamador com a prova “da verdade *objectiva* da acusação”.

Ora, é de ponderar-se que o homem mais circunspecto pode enganar-se, e se as circunstâncias tornam verossímil este engano, evidenciando, no caso concreto, a *fides veri*, não se pode contestar a ausência de dolo. Seria inexplicável que o crime de calúnia ficasse estranho ao princípio geral do *erro de fato* essencial. Como observa FLORIAN (ob. cit., pág. 533), “*in moderni Codici il più spesso non parlano della buona fede: pero laddove è raffigurata la calunnia (imputazione consapevole di un fatto non vero), la buona fede diventa efficiente senza bisogno di apposita enunciazione*”. Alguns Códigos, como o alemão (§ 187) e o suíço (art. 174), vão ao ponto de exigir, na espécie, a *positiva* consciência da falsidade ou

a *certeza* de que o fato imputado não é verdadeiro (“*wider besseres Wissen*”), de modo que, além de tornar-se intuitiva a exclusão do dolo pela boa-fé, não é suficiente, sequer, o dolo eventual. ⁴²

O nosso Código, porém, não exige, como condição *sine qua non*, a *certeza* da falsidade da imputação, bastando, em face dele, o dolo eventual, isto é, a simples *dúvida* sobre a falsidade ou veracidade do fato imputado é suficiente para integrar o elemento subjetivo da calúnia (salvo, bem entendido, o que já dissemos acerca do *animus consulendi* e do *animus narrandi*, quando importem a ausência do *pravus animus*).

130. Propalação ou divulgação da calúnia formulada por outrem. Incorre nas penas da calúnia não só quem tem a iniciativa de a formular inculcando ciência própria, senão também aquele que a *propala* ou *divulga*, “sabendo falsa a imputação”. É o que dispõe o § 1.º do art. 138, que se inspirou no art. 174, 2.ª parte, do Cód. Penal suíço. ⁴³ A cláusula “sabendo falsa a imputação” é a tradução fora da letra do “*wider besseres Wissen*”, do Código helvético. Para que exista o crime no caso de propalação ou divulgação, é necessária a *positiva* ciência da falsidade do fato imputado. Não basta, aqui, o dolo eventual. Aquele que engendra a calúnia, como já vimos, não se escusa (perante o nosso Código, neste ponto

⁴² HAFTER, ob. cit., pág. 203; THORMANN e OVERBECK, ob. cit., fasc. 5.º, pág. 164; LISZT-SCHMIDT, ob. cit., pág. 516, nota 11.

⁴³ O Código suíço pune a título de calúnia (*Verleumdung*) não só “aquele que, comunicando-se com outrem e sabendo que não diz a verdade, inculpa ou torna suspeita uma pessoa de conduta desonrosa ou outros fatos que possam lesar a sua reputação” (“*Wer jemanden wider besseres Wissen bei einem andern eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, seinen Ruf zu schädigen, beschuldigt oder verdächtigt*”), como “aquele que, sabendo não dizer a verdade, divulga uma tal inculpação ou suspeita” (“*Wer eine solche Beschuldigung oder Verdächtigung wider besseres Wissen verbreitet*”).

divergente do Código suíço) com a *dúvida*; mas aquele que se limita a propalar ou divulgar a imputação somente será condenado quando tenha plena consciência de que o fato imputado não corresponde à verdade. Não o acode apenas a *fides veri*: basta a razoável dúvida sobre a veracidade ou falsidade do fato imputado, para que fique assegurada a sua absolvição. Por outras palavras: desde que faltou no agente o positivo conhecimento da falsidade, a propalação ou divulgação deixa de ser punível. É a lição de HAFTER, que, depois de sustentar que, no caso, a *prova da ciência da falsidade incumbe ao ofendido ou querelante* (não havendo contra o propalador ou divulgador a presunção *juris*, sequer, da consciência da inverdade), declara: “Se resulta da prova do processo que faltou ao agente a consciência da falsidade, fica excluída a condenação a título de calúnia” (“*Ergibt das Beweisverfahren in Ehverletzungsprozess, dass dem Täter das Bewusstsein der Unwahrheit fehlte, so ist eine Verurteilung wegen Verleumdung ausgeschlossen*). Provado que o agente conhecia a falsidade da imputação, não lhe valerá chamar à autoria a pessoa de quem a ouviu, ou invocar a *vox populi*. Já dizia CREMANI: “*Eum audiri non oportere qui ad declinandam injuriae poenam nominat auctorem, a quo illud convicium habuit, vel in publica fama praesidium quaerit. . . Nam qui auctorem nominat nihil fere aliud agit quam ut injuriae socium et participem prodant*”. Quem de má-fé propala ou divulga a falsa imputação não se exime com o “*relata retuli*”, ou o “*diz-se*”, o “*consta*”, etc.,⁴⁴ nem tampouco com o protesto hipócrita de não acreditar nela.⁴⁵

⁴⁴ FULCI, *Libello famoso*, pág. 107: “*Se per avventura ciò non si ritenesse, ogni tartufo diffamatore potrebbe con loioleschi mezzi asillarli dietro il “se dice” e sfugire la pena, nascondendo il cipiglio laido dietro una pubblica voce, che gli darebbe il velo della suora di carità*”.

⁴⁵ THORMANN e OVERBECK, loc. cit.: “*Das Verbreiten kann insbesondere auch dann gegeben sein, wen der Täter beteuert, nicht an die Wahrheit der Tatsachen zu glauben (relata refero)*” (“a divulga-

Tais expedientes são, as mais das vezes, o meio de facilitar a circulação da calúnia, o refalsado véu da maledicência. Não se pode transigir com o perigo de difusibilidade da calúnia, a cujo respeito tão bem discorre D. Basílio, o famoso personagem de Beaumarchais: “A calúnia, senhores! Conheceis bem o que desdenhais. Já vi as pessoas mais honradas serem abatidas! Acreditais que não há torpeza, horrores, histórias absurdas que se não consiga fazer crer aos ociosos de uma grande cidade, sabendo-o fazer?... De início, é ligeiro rumor, que passa roçando pelo chão como a andorinha antes da tempestade; murmureja *pianissimo*, e vai e lança, correndo, o dardo envenenado. Uma boca o reconhe e, *baixinho, baixinho*, vô-lo insinua habilmente ao ouvido. O mal está feito e, então, reponta, cresce, caminha e, reforçando-se de boca em boca, vai ao diabo; depois, de repente não se sabe como, vereis a calúnia alçar o colo, sibilar, intumescer... Estira-se, alonga o vôo, e desconjunta, revolve, arranca, arrasta, arrebenta e estruge, tornando-se um brado geral, um *crescendo* público, um côro “universal de ódio e de condenação”.

Na interpretação do § 1.º do art. 138 deve ser fixado o seguinte critério: a consciência da falsidade é de ser reconhecida sempre que a prova exclua a plausível credulidade ou dúvida do agente sobre a veracidade do fato imputado.

Propalar ou *divulgar* é contar o que se se ouviu a outrem (no sentido do parágrafo ora comentado): *propalar* refere-se mais propriamente ao relato verbal, enquanto *divulgar* tem acepção extensiva, isto é, significa relatar por qualquer meio. Não é necessário, em qualquer caso, que a falsa imputação se torne efetivamente conhecida de indeterminado número de pessoas. Basta, como diz von Liszt, “a comunicação a outrem, ainda que feita sem a intenção de ulterior divulgação, mesmo a comunicação rigorosamente confiden-

ção pode apresentar-se ainda quando o agente declara não acreditar na verdade dos fatos”).

“cial” (“*Der Ausdruck Verbreitung... schliesst auch die ohne den Vorsatz der Weiterverbreitung gemachte, ja selbst die streng vertraulich Mitteilung in sich*”). A propalação ou divulgação é uma *atividade*, e não um *resultado*. Transmitida a uma só pessoa que seja, a falsa imputação torna-se acessível ao conhecimento de muitas outras, e basta isto para que se reconheça ter o agente *propalado* ou *divulgado* a calúnia. Trata-se de atividade que não admite *tentativa*, pois, uma vez *começada*, está *consumada*; não comporta uma gradação *substancial*, mas somente uma extensão *quantitativa*,⁴⁶ devendo notar-se que, se a calúnia é comunicada “na presença de várias pessoas” ou “por meio que facilite a sua divulgação”, haverá uma causa especial de aumento *de pena* (art. 141, n.º III).

131. Calúnia contra os mortos. Declara o § 2.º do artigo 138 que “é punível a calúnia contra os mortos”. Este dispositivo tem de ser completado pelo disposto no art. 102, § 4.º (vejam-se arts. 31 e 36 do Cód. de Proc. Penal), ampliado por analogia *in bonam partem*: se “no caso de morte do ofendido... o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passa ao *cônjuge, ascendente, descendente* ou *irmão*”, segue-se que, de acordo com o *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*, a mesma limitação, quanto aos titulares do direito de queixa, deve ser feita no caso de ofensa contra a memória de um morto.

Jamais se duvidou da legitimidade da incriminação da ofensa aos mortos. O que se pode contestar, *prima facie*, é que tal crime se incluía entre os lesivos da honra, pois, sendo esta um bem personalíssimo, extingue-se com a morte do seu titular. Sob o ponto de vista jurídico, é axiomático que a

⁴⁶ VON LISZT, *Das Reichs-Pressrecht*, pág. 152: “...eine Tätigkeit, die keinen Versuch zulässt, sondern sobald überhaupt beginnt, vollendet ist, keine weitere begriffliche Steigerung, sondern nur eine quantitative Ausdehnung zulässt”.

honra de uma pessoa não sobrevive à extinção desta. Já o direito romano, porém, acertadamente decidia o caso declarando que *“injuria facta cadaveri dicendum est heredi facta”*. A *actio injuriarum* era exercida pelo herdeiro *nomine proprio*, pois a ofensa dirigida contra os mortos afetava a própria reputação dos herdeiros: *“...et si forte cadaveri defuncti fiat injuria, cui heredes, bonorumve possessores existimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si quae ei fiat injuria: idemque, et si fama ejus cui heredes existimus lacessatur”* (Dig., XLVII, X). Esta lição de ULPIANO passou à Idade Média. Dizia-se: *“Injuria non censetur facta defuncto, quia postquam qui est mortuus non potest plus aliquo modo offendi: sed bene dicitur facta heredibus qui, propterea, proprio nomine habent injuriarum actionem”*. Acentuava LEYSER que a ação de injúria competia ao herdeiro *magis ex propria quam aliena offensione*. No mesmo sentido, VOET: *“Non quasi injuriam in parentes defuncti persona passi essent quia ipsi injuriam ita sustinuerunt ex sua persona, quatenus non modica filii ignominia est, si parentem... aut indignum aut sceleratum habeat, adeoque nec levis et injuria fit per eos, qui his similibusque parentis defuncti famam calumniose proscidunt”*. Nos tempos modernos, a objetividade jurídica da ofensa aos mortos tem sido grandemente debatida. CARRARA falava, ao mesmo tempo, em *respeito à memória dos mortos* e em *injúria mediata aos parentes*. PESSINA referia-se à *honra familiar*. ELLERO aludia a um *direito social*, que tal seria o *respeito ao túmulo*. Neste mesmo sentido opina FLORIAN. GRISFIGNI prefere acentuar “o direito de ver respeitado o bom nome dos antepassados”. Os autores alemães e suíços excogitaram, como interesse lesado, “o sentimento de piedade (*Pietätsgefühl*) que une os parentes do morto”. Outros escritores falam em “direito da pessoa à inviolabilidade póstuma de sua honra”. Outros ainda identificam na espécie “uma ofensa ao próprio defunto, cuja memória, *per fictionem juris*, adquiriria caráter de pessoa” (RENDE).

A solução mais acertada continua sendo, porém, a que já formulara o direito romano: o que a lei protege, aqui, não é propriamente a honra dos mortos, mas a de seus parentes sobreviventes. Como adverte CHASSAN, “a calúnia lançada sobre os mortos reflete-se sobre os vivos: o dardo arremessado contra o pai, e que percute o mármore do túmulo, pode repercutir sobre os filhos, ofendendo sua própria reputação e lesando seus interesses”. Sabe-se como servem de fundamento ao *juízo social* acerca de uma pessoa os exemplos de sua família. Não há falar-se propriamente, como querem PESSINA e VON LISZT, de ofensa à *honra familiar*, pois a família nem sequer reveste o caráter de entidade jurídica específica, e ainda que o revestisse, não poderia ter uma honra distinta da de seus membros; mas é inegável que a família forma uma pequena comunidade, vinculada pelos laços do afeto e intimamente coesa e cada um de seus membros guarda como patrimônio moral próprio o bom nome dos parentes mortos. Segundo justamente pondera SALTELLI, a ofensa à memória dos mortos “resolve-se em uma ofensa aos componentes da família, senão *uti singuli*, indubitavelmente como membro da restrita comunidade, que é a família”. É o mesmo ponto de vista que SEMMOLA defende à sociedade: “Se se considera que a integridade do nome de um nosso parente morto reflete sua luz benéfica sobre o nosso nome e a lembrança da honorabilidade dele constitui um prestígio para nós no seio da sociedade, de modo que a sua boa fama se torna um direito nosso; se se considera, *vice versa*, que o descrédito lançado sobre a memória de um nosso parente morto projeta igualmente sobre nós uma sombra funesta e de certo modo nos comunica o mesmo desdouro, vexando-nos e diminuindo o nosso valor moral, bem se percebe qual o direito atingido pela ofensa dirigida ao morto, pois outro não é senão o direito à nossa integridade moral e à consideração de que desfrutamos junto aos nossos concidadãos. O direito violado pela ofensa ao morto é, portanto, um verdadeiro e próprio direito que reside na pessoa

“ dos parentes supérstites, sobre os quais o convício faz incidir o mesmo descrédito e o mesmo desprezo, ou quase o mesmo... Este conceito é reforçado pelo outro da solidariedade entre os indivíduos da mesma família e do afeto que os liga intimamente, fazendo com que o ultraje a um dos parentes fira vivamente o sentimento de todos os outros, e torne mais atroz a ofensa quando o parente querido já não existe”. ⁴⁷

Costuma-se ressaltar, no tocante à ofensa contra os mortos, os chamados “direitos da História”, notadamente quando se trata de pessoas que exerceram vida pública. A questão não oferece especial embaraço, devendo ser resolvida segundo o critério expendido a respeito do *animus narrandi* e da *boa-fé*. Não se poderá ver crime na expressão dos sentimentos do historiador que refere fatos constatados por documentos oficiais ou públicos, sem nenhum espírito de ódio ou perversidade, mas somente com o objetivo de esclarecer os seus concidadãos. É este o raciocínio de CHASSAN, que, a seguir, adverte: “*Mais il faut savoir distinguer celui que ne veut qu'éclairer ces concitoyens et flétrir les vices dans l'intérêt de la morale et du bien public, du vil libelliste qui ne respire que l'outrage et qui va rémuer la poussière des morts pour obscurcir l'honneur des vivants*”.

132. A prova da verdade. Segundo a própria definição legal, é da essência da calúnia a *falsidade* da imputação (ou porque não seja verdadeiro o fato imputado, ou porque seja mentirosa a imputação de autoria de fato verdadeiro).

⁴⁷ No direito inglês, entretanto, para que se apresente como crime o *libel* contra um morto, é necessário que o agente tenha tido positivamente a intenção de injuriar ou provocar pessoas vivas (“*to injure or provoke living persons*”) (STEPHEN, *Digest of the criminal law*). Também o direito norte-americano exige, na espécie, que o agente haja intencionado “*to bring contempt on the family of the deceased or to stir up the hatred of the people against them or to excitate to a breach of the peace*” (WHARTON, *Criminal Law*, § 1.599).

Segue-se, obviamente, que, provada a verdade da imputação, esta se apresenta expungida de ilicitude penal. A condição de falsidade e o seu corolário lógico da *exceptio veritatis* são, na espécie, conceitos que remontam à legislação da antiguidade. No direito grego, a difamação era punida somente quando não demonstrada a verdade do fato imputado, fosse este criminoso ou simplesmente imoral. O mesmo acontecia no direito romano, que assim consagrava o critério de decisão: “*Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob ream condenari; peccata enim nocentium nota esse, et oportere et expedire*” (Dig., XLVII, 10, 18 pr.). Na Idade Média, prevaleceu, de modo geral, a mesma regra, enquanto não foi impugnada pelo direito canônico. Proclamava a Igreja princípio diametralmente oposto: *veritas convicti non excusat*. Não podia a doutrina cristã da tolerância e do perdão admitir que alguém ficasse sujeito à livre censura de outrem, ainda que por faltas realmente cometidas. Por outro lado, o absolutismo do Príncipe impusera uma séria restrição à *exceptio veritatis*: a coberto desta ficavam os funcionários públicos, pois que, segundo advertia FARINÁCIO, “*injuria facta officiali regio... regi facta dicitur*”. Contra a *exceptio veritatis* postulavam entre outros, CARPSOVIO COVARRUVIAS, GAILL, CREMANI e BOHEMERO.

Ao tempo das primeiras codificações penais, duas correntes legislativas se manifestaram: uma pela irrestrita admissão da *exceptio veritatis*, outra pela sua abolição. A primeira, sob a influência de WEBER, predominou na Alemanha; a segunda prevaleceu na França, com a lei de 17 de maio de 1819, que, modificando o Código de 1810, somente permitia a prova da verdade (em divergência com o absolutismo medieval) quando a imputação era dirigida a um funcionário público como tal: “*Nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre les depositaires ou agents de l'autorité, ou contre toute personne ayant agi dans un caractère public, faits relatifs à leurs fonctions*”.

Na doutrina, a mesma divergência se notava. WEBERER argumentava que, quando alguém está prestes a violar a lei, o receio da difamação, muitas vezes, é mais eficiente contra-estímulo que a própria ameaça penal. Se a lei não atribui à verdade o efeito de descriminante, estará afrouxado um dos mais relevantes motivos para a observância de seus preceitos. FILANGIERI doutrinava que o legislador não deve recear inconveniente algum de uma justa censura recíproca dos cidadãos, pois que, longe de prejudicar, pode favorecer os costumes, com o ministrar um freio ao vício e um espantinho a mais contra os maus. Em sentido contrário, porém, dissertava CARMIGNANI: "... interessa à tranqüilidade pública que "ninguém se atreva a criticar, a seu talante, as faltas alheias, ainda que verdadeiras... Se o fato é criminoso, deve-se denunciá-lo à autoridade pública, e não *per clancularias sug-gestiones et extrajudiciales diffamationes proximum laedere*". ROYER COLLARD, distinguindo entre vida pública e vida privada, postulava que esta deve ficar inacessível à censura pública: "*La vie privée doit être murée aux yeux d'autrui*".

Nos tempos mais recentes, a *communis opinio* se inclinou pelo acolhimento da *exceptio veritatis* como regra geral, em matéria de crimes de difamação. ⁴⁸ A escola positiva manifestou-se francamente por tal solução. SIGHELE sustentava que a prova da verdade deve ser admitida, ainda que se trate de fatos da vida privada, pois o famoso adágio de ROYER COLLARD — "*La vie privée doit être murée*" — desacreditou-se com o tempo. O controle exercido pela opinião pública tornou-se inelutável, e sobre ser injusto, seria ingênuo pretender um direito ao silêncio e ao mistério em torno à conduta privada. Os homens de bem nada terão a temer, e quanto aos

⁴⁸ Não impede isso que MELLOR, num livro escrito em 1937 (*Le Chantage*), continue a saudar a proibição da *exceptio veritatis* como "uma das modificações mais profundas do direito", e ainda como atestado da fórmula de TAINÉ sobre "*la puissante lenteur des phénomènes historiques*"... O ilustre advogado francês está *hibernando*.

outros... precisamente para eles é que devem ser feitas as leis. FLORIAN (ressalvado o seu critério sobre a moralidade ou imoralidade dos motivos determinantes) defende a amplitude da *exceptio veritatis* em nome do interesse social, e assim discorre sobre a necessidade da censura pública: "*La tutela dell'onore o dela buona fama non è stimolo di bontà e di rettitudine fra gli uomini? Non è stimolo ad un onore meritevole ed alla buona fama? Ma qual'è, circa l'onore degli individui, l'interesse sociale? Certamente è quello di tutelare soltanto l'onore sussistente e vera. Di qui la necessità di una sanzione per agire sugli individui, la quale è principalmente nel controllo della pubblica opinione. Giacchè, se gli istinti antisociali si lasciassero straripare impunemente, essi, oltre che ingrandire l'individuo, il quale ne abbia il germe, si diffonderebbero spaventosamente nel consorzio sociale sotto il duplice stimolo del cieco interesse e della funesta suggestione imitativa, quasi contagio morale, così bene illustrata dal TARDE. Ognun vede il danno sociale, che ne verrebbe... A tali esigenze, secondo noi, non è sufficiente l'azione per quanto zelante degli organi pubblici adibiti a perseguire i reati, perchè non tutte le persone socialmente nefaste e pericolose sono delinquenti bollati: vaste zone di attività e di comportamento individuale, vaste categorie di individui, che stanno fuori del diritto, rimarrebbero sottatte a qualsiasi controllo*".⁴⁹

Na atualidade, os Códigos Penais, com poucas exceções (como, por exemplo, os Códigos italiano⁵⁰, japonês e uru-

⁴⁹ *Ingiuria e diffamazione*, págs. 182-184. LOLLINI (ob. cit., página 16) assim argumenta: "Se todo cidadão tem o direito de me atribuir "fatos que acrescem a minha honorabilidade e me fazem "respeitado perante o público, por que não poderá também falar de "fatos verdadeiros, cuja divulgação poderá prejudicar-me?"

⁵⁰ O Código italiano, depois de proibir a *exceptio veritatis*, dispõe: "*Tuttavia, quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato la persona offesa e l'offensore possono, d'accordo, prima che sia pronunciata sentenza irrevocabile, deferire ad un giure d'ono-*

guaio), ou acolhem a ilimitada faculdade de prova ou adotam um sistema misto, isto é, a concessão ou proibição da *exceptio veritatis* em casos taxativamente determinados. O Código brasileiro filia-se ao sistema misto e com um critério duplice: depois de incriminar separadamente a *falsa imputação de fato criminoso* (calúnia) e a *imputação de qualquer outro fato ofensivo da reputação* (difamação), admite a *demonstratio veri* no primeiro caso, como *regra geral*, e no segundo como *exceção*.

Justifica-se plenamente a diversidade de solução. A liberdade da censura pública em torno às ações criminosas atende a um relevante interesse social, pois concorre para o esgarçamento dos que delinqüem. Já o mesmo não acontece, via de regra, com os fatos que, embora reprováveis, não chegam a violar o *mínimo ético* protegido pela lei penal. Aqui, o preponderante interesse público é o de evitar que os cidadãos se arvoreem em censores mútuos, com evidente perigo para a paz social.

re il giudizio sulla verità del fatto medesimo". O acórdão sobre o *juri de honra* importa renúncia ou remissão tácita do direito de queixa.

O Código japonês (§ 230) assim preceitua: "Aquele que ofende a honra de outrem, divulgando fatos, sejam ou não verdadeiros, será punido", etc. Com a reforma de 1953, porém, passou a ser admitida a exceção da verdade quando em jogo o interesse público, e em razão deste tenham sido propalados os fatos, ou quando o ofendido é titular de função pública, e os fatos tenham relação com esta (§ 230, a).

O Código urugualo (art. 336) dispõe que os acusados de calúnia e injúria "*non tendrán derecho a probar ni la verdad, ni siquiera la notoriedad de los hechos atribuidos a la persona ofendida*", salvo: a) quando este é funcionário público, atingido *ratione officii*, desde que os fatos possam dar lugar a processo penal ou disciplinar; b) quando a pessoa ofendida está sendo penalmente processada pelos fatos imputados; c) quando for evidente que o agente procedeu no interesse da causa pública; d) quando o próprio ofendido solicitar formalmente que se faça prova em torno dos fatos atribuídos.

Sobre o abstruso critério adotado pela nossa atual Lei de Imprensa, veja-se o "Apêndice".

Na conformidade do § 3.º do art. 138, o Código somente recusa a prova da verdade nos seguintes casos: a) se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; b) se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 141 (Presidente da República e chefe de governo estrangeiro); c) se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

A primeira exceção explica-se pelo raciocínio de que é um simples corolário do próprio critério de política criminal que informa o instituto da ação privada. Se, no tocante a certos crimes, a lei, para evitar ao ofendido maior escândalo ou desassossego com o *strepitus iudicii*, ou para ensejar sua reconciliação com o ofensor, deixa ao seu exclusivo arbítrio a iniciativa ou prosseguimento da ação penal, não se compreenderia que fosse outorgada a terceiros a faculdade de proclamar o fato *coram populo* e comprová-lo *coram iudice*. Incidiria a lei em flagrante contradição, se tal permitisse. A *ratio essendi* da proibição da *exceptio veritatis*, aqui, somente cessa quando já sobreveio condenação irrecorrível do sujeito passivo. Não há falar-se, no caso, em cerceamento de defesa. Se, contrabalançando os interesses em jogo, a lei entendeu de vedar a *demonstratio veri*, não era dado ao réu ignorar a ressalva legal e, se não se abstém de formular a acusação, incorrendo na sanção penal, *imputet sibi*.

A segunda exceção refere-se ao caso em que a imputação é feita ao “Presidente da República” ou a “chefe de governo estrangeiro”. A dignidade do Chefe da Nação exige que este não seja acusado de ações criminosas, senão perante o poder competente e ressalvadas as suas prerrogativas constitucionais. Ainda que verdadeiro o fato imputado, a *exceptio veritatis*, na espécie, valeria por expor o Presidente da República ao desprestígio de sua autoridade e a vexame incompatível com a majestade do seu cargo.

Cumpra notar que o crime contra a honra do Presidente da República como tal, isto é, como *Chefe do Governo*, cons-

titui, em tempo *de guerra*, crime *contra a segurança do Estado* (art. 28 do dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942).

Em pé de igualdade com o Presidente da República, para ficar a coberto da *exceptio veritatis*, é colocado o “Chefe de governo estrangeiro”. Esta expressão abrange não só o soberano ou chefe de Estado, mas também o “primeiro ministro” ou “presidente de conselho”, pois também este é *chefe de governo*.

O chefe do governo de uma nação é como que a personificação desta, e as boas relações internacionais não permitem que o cidadão de um país possa impunemente atacar a honra de um chefe de governo estrangeiro, ainda que se trate de fatos verdadeiros, pois, de outro modo, poderia sobrevir até mesmo a quebra de amizade entre os dois países, quando não um *casus belli*. Não são contemplados os “representantes diplomáticos”.

A terceira exceção, finalmente, é uma ilação necessária do cânon jurídico segundo o qual *res judicata pro veritate habetur*. Desde que o ofendido já foi absolvido do crime imputado, por decisão irrecorrível, a falsidade da acusação se presume *juris et de jure*. Se a sentença criminal absolutória, uma vez passada em julgado, não pode ser *revista*, ainda que surjam novas provas, não se pode admitir que a qualquer pessoa seja dado provar contra a *res judicata*.

Como já acentuamos, nos casos excepcionais em que é vedada a *demonstratio veri*, é óbvio que a configuração da calúnia prescinde da *falsidade* do fato imputado. ⁵¹

⁵¹. Em matéria de processo, a apresentação da *exceptio veritatis* pode acarretar deslocamentos de competência, nos termos do art. 85 do Cód. de Proc. Penal: “Nos processos por crime contra a honra, em que forem querelantes as pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, àquele ou a estes caberá o julgamento, quando oposta e admitida a exceção da verdade”. Dispõe o art. 86 do mesmo Código: “Ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar: I — os seus ministros, nos crimes comuns; II —

133. **Notoriedade do fato imputado.** O art. 523 do Código de Proc. Penal, regulando a *prova da verdade*, refere-se também à prova da *notoriedade do fato*. Visou o dispositivo disciplinar não apenas a *exceção de notoriedade* que a antiga Lei de Imprensa expressamente concedia (art. 21), mas que deixou de contemplar a atual (lei n.º 2.083, de 12-11-1953), como também ao caso em que, mesmo em face do Código Penal, seja destinada a demonstrar a boa-fé do acusado isto é, a ausência de conhecimento da falsidade. A *notoriedade*, porém, deve ser entendida no seu sentido léxico: é a qualidade daquilo que ocorreu à vista do público ou é *sabido* de todos. Fato notório não é o simplesmente *boatejado*. Neste último caso, como é claro, não ficará excluída a hipótese de que o agente conhecia a falsidade do *boato*.

DIFAMAÇÃO

134. **Conceito e elementos.** *Difamação* (art. 139) consiste na imputação de fato que, embora sem revestir caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensivo à reputação da pessoa a quem se atribui. Segundo já foi acentuado (n.º 120), é estreita a sua afinidade com a calúnia. Como esta, é lesiva da honra objetiva (reputação, boa fama, valor social da pessoa) e, por isto mesmo, supõe necessariamente a *comunicação* a terceiro. Ainda mais: a difamação, do mesmo modo que a calúnia, está subordinada à condição de que o fato atribuído seja *determinado*. Há,

“os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República; III — o procurador-geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade”. E, a seguir, o art. 87: “Competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juizes de instância inferior e órgãos do Ministério “Público”.

porém, diferenças essenciais entre uma e outra dessas modalidades de crime contra a honra: na calúnia, o fato imputado é *definido como crime* e a imputação deve apresentar-se objetiva e subjetivamente falsa; enquanto na difamação o fato imputado incorre apenas na reprovação moral, e pouco importa que a imputação seja falsa ou verdadeira. Perante o nosso Código, pode ser repetida, com inteiro acêrto, a velha definição de PORTALIS: “*La diffamation est la promulgation des choses infamantes, vraies ou fausses... La calomnie est la fausse imputation d'un délit*”. Entre os Códigos modernos que destacam a difamação como um *minus* em relação à calúnia e um *maius* no tocante à injúria (genérica atribuição de *qualidades* criminosas ou deprimentes), estão o austriaco, de 1852, e o mexicano, de 1931, nos quais, principalmente, se inspirou o legislador brasileiro de 1940.

O direito romano desconhecia o *nomem juris* “difamação”, mas não a modalidade de crime que só muitos séculos depois recebeu esse título. Como já vimos, o direito romano incluía os crimes contra a honra, indistintamente, na amplíssima órbita da *injúria*; mas, em várias passagens dos jurisprudencistas, encontram-se expressões indicativas de certa diferença conceitual entre a “*contumelia a contemnendo*” e a “*injúria ad infamiam*” ou “*infamatio*”, que corresponde à atual difamação. A palavra *difamar* somente aparece nos comentários dos intérpretes medievais, mas sem ter ingresso no texto do direito positivo. O direito canônico, entretanto, já se referia à *diffamatio* definindo-a como “*detractio famae alterius publica seu coram multis facta et cum directa vel indirecta intentione alterius infamiam in publicum propagandi*”. Foi a lei francesa de 17 de maio de 1819 que, afinal, oficializou o termo *difamação* (*diffamation*), para designar, de modo genérico, qualquer alegação ou imputação de fato que “*porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé*”. Entre nós, somente com o Código de 40 foi atribuído *direito de cidadania*, na esfera jurídico-penal, ao vocábulo *difamação*, para

significar uma das formas do crime contra a honra, que o revogado Código de 90 inseria, sob a letra b do seu art. 317, como variante da *injúria*.

São elementos da difamação: a) imputação de fato determinado e ofensivo à reputação alheia, seja falso ou verdadeiro; b) comunicação a uma só pessoa que seja; c) dolo específico.

Cumpre insistir: é irrelevante indagar, para reconhecimento da difamação, se o fato imputado corresponde ou não à realidade. Desde que não se trate de imputação de um crime, como na calúnia, o interesse social deixa de ser o de facilitar o descobrimento da verdade, para ser o de impedir que um cidadão se arvore em censor de outro, com grave perigo para a paz social. É de toda justeza, em tal caso, o raciocínio de MANZINI:⁵² “Sem o limite penal imposto pela lei à liberdade individual de censura, não seria possível assegurar aos elementos que concorrem à formação da sociedade e do Estado uma existência tranqüila e profícua, nem uni-los numa relativa concórdia, nem promover a simpatia, a cooperação, a reabilitação dos decaídos, ou eliminar as lutas estéreis, impedir as intrigas daninhas e as perseguições privadas, prevenir vinditas, etc. Ninguém, portanto, pode deixar de reconhecer que o Estado, ao garantir o bem jurídico da incensurabilidade individual contra a atividade injuriosa ou difamatória dos particulares, não protege apenas um interesse individual, mas também um autêntico e relevantíssimo interesse público ou social. que afeta intimamente à conservação da ordem jurídica geral”.

A imputação difamatória deve aludir a fato *determinado* e idôneo a lesar a reputação do sujeito passivo, isto é, a acarretar-lhe a desestima ou reprovação do círculo social em que vive. Tal como já explicamos a propósito da calúnia, fato *determinado* não quer dizer que ele deva ser individuado em

⁵² *Trattato*, VIII, pág. 353.

todas as suas circunstâncias (veja-se n.º 127). Basta que seja descrito de modo a dar a impressão de um acontecimento concreto. Se digo, por exemplo, de uma mulher solteira que ela já deu à luz um filho, estou cometendo difamação, embora omita os detalhes sobre a data, local, nome do sedutor, etc. Do mesmo modo, se afirmo de um indivíduo que já foi expulso de um sodalício de homens de bem, pouco importa que eu deixe de citar o nome do grênio, a época ou os motivos da expulsão: incido nas penas de difamação, pois estou a mencionar um fato específico, um episódio que teria ocorrido realmente. É certo que, algumas vezes, na prática, apresenta-se difícil a distinção entre a difamação e a injúria, que é a simples atribuição *genérica* de vícios, defeitos ou *más qualidades*. Figure-se o seguinte caso: um indivíduo referindo-se a uma viúva, afirma que ela se deixa requestrar e é infiel à memória do marido. A afirmativa envolve *fatos*, mas de maneira vaga, imprecisa, deixando transparecer mais uma simples opinião pessoal do que o efetivo ou pretense conhecimento de algum episódio concreto. O crime a identificar-se, na hipótese, será, portanto, o de injúria, e não o de difamação. Também não constitui difamação, mas injúria, a asserção de que o indivíduo é *capaz* de praticar uma *determinada* ação imoral ou aviltante, como, por exemplo, a de bandear, *lucri facendi causa*, de um partido político para outro. Nos casos duvidosos, a solução deve ser no sentido do reconhecimento da injúria, que é menos severamente punida que a difamação (*in dubio pro reo*).

Sendo, como a calúnia, uma lesão contra a honra externa (valor do indivíduo perante os seus concidadãos), a difamação exige, obviamente, para a sua existência, a comunicação feita pelo agente a terceiro. Somente quando a imputação chega ao conhecimento (provocado pelo agente) de pessoa diversa do ofendido, é que se apresenta a lesão, efetiva ou potencial, à reputação deste. A necessidade da comunicação a terceiro é outro característico da difamação, em cotejo com a injúria. Esta, como ofensa à honra subjetiva

(dignidade, decoro pessoal, razoável amor-próprio, valor do indivíduo perante si mesmo), não reclama, necessariamente, para sua identificação, que a ofensa seja ouvida, lida ou percebida por outra pessoa, além do sujeito passivo. Se a injúria pode ser praticada, por exemplo, mediante carta dirigida exclusivamente ao ofendido, já o mesmo não acontece com a difamação. A imputação de fato desonroso por meio de correspondência epistolar fechada, de que seja único destinatário o ofendido, deixa de constituir difamação, para ser simples injúria, ainda que o ofendido revele a outrem o conteúdo da missiva.

O elemento subjetivo da difamação é a intenção má de denegrir ou macular a reputação alheia (*animus diffamandi*). Salvo quanto dissemos acerca dos *animi* excludentes do dolo nos crimes contra a honra (n.º 125), não é eliminada a intenção de difamar pela consciência da verdade da imputação. Inteiramente irrelevante é, aqui, a positiva convicção da verdade ou a *fides veri*, por isso mesmo que a falsidade da imputação é estranha ao conceito da difamação.

O que foi dito sobre a *consumação* e *tentativa*, a propósito da calúnia, pode ser repetido no que concerne à difamação.

135. Difamação contra funcionário público, "propter officium". Há um caso excepcional em que a *demonstratio veri* funciona, na espécie, como excludente da própria ilicitude penal: quando a imputação é dirigida contra funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (parág. único do art. 139). A exceção atende a um postulado democrático-liberal. Nos países não empolgados pelo autoritarismo estatal, o exercício dos cargos públicos, criados para servir ao interesse coletivo, não pode deixar de ficar exposto à censura pública, à sindicância dos cidadãos em geral. É o que acentuava ZANARDELLI na sua *Relazione* sobre o anterior Cód. Penal italiano (referindo-se a dispositivo que veio a ser revogado pelo Código de Mussolini): "Sotto le sig-

norie assolute non si ammette che i pubblici funzionarii siano sindacati dai privati cittadini. Ma dove sono ordini libri e dove in conseguenza vale il principio che i posti e gli ufficii pubblici si esercitano non a beneficio dei funzionarii, ma a servizio del paese, è inevitabile il pubblico e libero sindacato di chiunque sui pubblici ufficiali in ciò che attiene all'esercizio delle loro funzioni, ritornando in vigore l'aforismo di Roma libera: peccata nocentium nota esse oportet, ed essendo di grande interesse sociale che sia fatta piena luce e diliguato ogni sospetto contro la onestà di chi serve alla cosa pubblica". Aquele que, investido de cargo público, viola ou descure o seu dever, ainda que sem infringir a lei penal, deve encontrar na livre crítica de seus concidadãos um castigo e escarmento à sua reprovável ação funcional. Ao funcionário público não basta ser honesto ou abster-se de abusos na sua atividade específica: é-lhe indispensável um conjunto de virtudes e aptidões que o tornem digno do cargo que ocupa. A imputação de um deslize ou falta funcional, ainda que se não trate de violação do cap. I do tít. XI da parte especial do Cód. Penal, deixa de constituir, quando verdadeira, um ilícito penal para ser uma ação meritória, em correspondência com o interesse público.

A permissão da *exceptio veritatis* está subordinada à condição de ser a ofensa dirigida ao funcionário como tal. Se o fato não se refere à função pública ou não tem relação de conexidade com esta, atingindo tão-somente a vida privada do ofendido, cessa a possibilidade de *demonstratio veri*. Entende-se por fato da vida privada aquele que poderia ser praticado pelo funcionário ainda que não revestisse tal qualidade. Assim, se digo de um funcionário, que passou o *calote* no vendeiro que supre a sua casa particular, não poderei opor-lhe a *exceptio veritatis*. Já o mesmo não acontecerá se afirmo dele que, por sua relapsia no exercício do cargo, já sofreu pena disciplinar: só incorrerei nas penas da difamação, especialmente agravada (art. 141, n.º II), se não conseguir provar a verdade da imputação.

O art. 327 do Código define o que seja funcionário público: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (veja-se n.º 140).

O que dissemos a respeito da *fides veri*, a propósito do crime de calúnia (n.º 129), tem inteira aplicação à difamação contra funcionário público.

A excepcional permissão da prova da verdade não se estende ao caso em que o difamado já deixou de ser funcionário público. O texto legal é iniludível: “a exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público...” Ainda que a imputação difamatória seja relativa ao exercício das antigas funções do sujeito passivo, mas atingindo-o *post depositum officium*, já não existe a *ratio essendi da exceptio veritatis*.

O Código considera à parte, destacada da classe dos funcionários públicos em geral, o Presidente da República (artigos 138, § 3.º, e 141), de modo que a este não é extensível o parág. único do art. 139.

INJÚRIA

136. Conceito. No sentido restrito com que a conceitua o direito penal moderno, a *injúria* corresponde à *contumelia a contemnendo* do direito romano: “*dictum vel factum in alterius contemptum prolatum*”. É a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém. O bem jurídico lesado pela injúria é, prevalentemente, a chamada *honra subjetiva*, isto é, o sentimento da própria honorabilidade ou respeitabilidade pessoal. Se na calúnia ou na difamação o agente visa, principalmente, ao descrédito moral do ofendido perante terceiro, na injúria seu objetivo primacial é feri-lo no seu brio ou pudor. Já sabemos (ns. 120, 127 e 134) que um dos traços característicos da injúria em coito com a calúnia e a difamação, é não conter a imputação

de fatos *determinados* mas a genérica atribuição de qualidades deprimentes ou reprováveis (criminosas ou simplesmente imorais) ou a vaga imputação de vícios ou defeitos vexatórios. Traduz uma *opinião pessoal* do agente, desacompanhada da menção de fatos concretos ou precisos. É a palavra insultuosa, o epíteto aviltante, o *xingamento*, o impropério, o gesto ultrajante, todo e qualquer ato, enfim, que exprima desprezo, escárneo, ludíbrio.

Não é essencial à injúria (diversamente da calúnia e da difamação) que o seu conteúdo seja comunicado a terceiro: é *suficiente* que seja ouvido, lido ou percebido apenas pelo sujeito passivo.

O art. 140 define a injúria como ofensa à *dignidade* ou *decôro* de alguém. *Dignidade* e *decoro* são os aspectos da honra *que está em nós*. É sutil a diferença entre uma e outro: dignidade é o sentimento da nossa própria honorabilidade ou valor moral; decoro é o sentimento, a consciência de nossa respeitabilidade pessoal. Assim, se um indivíduo chama a outro “cachorro”, “canalha”, “invertido”, está ofendendo a sua dignidade; se lhe chama “ignorante”, burro”, “sifilítico”, ofende-lhe apenas o decoro. A insinuação mímica de que alguém é um *ladrão* constitui ofensa à dignidade; um “adeus de mão fechada” ou a esputação sobre alguém constituem ofensa ao decoro. Sem dúvida, a injúria pode também afetar a reputação (honra objetiva) do ofendido, desprestigiando-o perante a opinião de quantos tenham tido conhecimento dela; mas tal resultado é um *epifenômeno* indiferente à configuração do crime. Isto posto, e acareados o art. 140 com os que definem a calúnia e a difamação (arts. 138 e 139), pode ser a injúria conceituada como toda ofensa à honra que não consiste na imputação de específico fato criminoso ou imoral. A injúria deve ser apreciada de um ponto de vista relativo. Uma dada palavra ou um dado ato pode ter ou não caráter injurioso, conforme as condições de lugar ou ambiente, qualidade das pessoas ou natureza de suas relações, modo com que se profere a palavra ou se pratica o ato,

intenção do agente, etc. *Sensus verborum ex causa dicandi accipiendus est*. Entre gente que habitualmente se trata em baixo calão, as palavras objetivamente injuriosas perdem tal sentido. Um vocábulo pode ser insultuoso em determinada localidade e ser inócuo, e até amável, em outra. Assim, se em certas regiões do país dou o nome de “moça” a uma mulher *balzaquiana*, estou a lisonjeá-la; enquanto que, em outras regiões, se dou o mesmo nome a uma mulher honesta, cometo uma grave injúria. Se alguém, por gracejo, diz de um amigo que é um “canalha”, não está praticando injúria. Chamar *negrinha* a uma mulher de cor, tanto pode ser uma contumélia como um carinho. Tratar de “coronel” a um cidadão pode ser uma injúria e pode ser uma demonstração de respeito.

Para aferir do cunho injurioso de uma palavra, tem-se, às vezes, de abstrair o seu verdadeiro sentido léxico, para tomá-lo na acepção postíça que assume na gíria. Assim, os vocábulos “cornudo”, “veado”, “trouxa”, “banana”, “almofadinha”, “galego”, etc. Mesmo a alusão a um defeito físico (ainda que visível), se feita com ânimo de vexar ou deprimir, constitui injúria (ofensa ao decôro), devendo ser relembrada a lição de CARRARA: “. . . *se il rinfaccio d'un vizio corporeo se emise come sole enunciativa di un fatto, o per commiserazione dell'infelicità altrui, sarà stoltezza crearvi l'ingiuria; ma, se si emise al fin di avvelire quell'infelice o di recargli afflizione, bisognerà ravvisarsi il delitto, e ciò perchè, all'oggettività dell'ingiuria, basta il solo danno morale che recasi all'ingiuriato*”.⁵³

Não é de confundir-se a injúria com a incivildade ou a simples expressão grosseira, que apenas revela falta de edu-

⁵³ É claro que o defeito físico deve ser daqueles que vexam ou envergonham. Se chamo “castrado” a um mutilado dos órgãos sexuais, estou proferindo uma injúria; já o mesmo, porém, não acontecerá se digo de uma pessoa que ela tem o coração do lado direito. O capenga ofende-se quando lhe atiram em face a capenguice; mas já o canhoto não se molesta quando lhe chamam tal.

cação. Além disso, cumpre acentuar que, ao incriminar a injúria, o que a lei protege são os justos melindres do brio, da dignidade ou decoro pessoal, e não as exageradas ou fictícias suscetibilidades dos “alfenins”, das “mimosas pudicas”, dos presunçosos, dos *cabotinos*. Nem há cuidar-se de uma *honra média*, como estalão apriorístico. Eis a justa advertência de HAFTER: “Uma particularidade da noção jurídico-penal “da honra consiste em que encerra uma medida *variável*. “O critério de avaliação diverge segundo a personalidade do “indivíduo e o meio em que vive. Pode dizer-se que cada “qual tem a sua honra individual, e a dificuldade do juiz “está em reconhecer se no caso concreto foi ofendida ou “exposta a perigo de ofensa a honra correspondente a quem “se diz injuriado. É de rejeitar-se a noção de uma honra “média. Todo homem é adequado ou possível objeto de uma “ofensa à honra. Pelo menos em parte, a honra é inata. “Os pontos sensíveis que o indivíduo apresenta ao ataque “são, porém, diferentes. Não se pode deixar de ter em con- “sideração toda a série das diferenças pessoais e sociais: “idade e sexo, meio de vida, ambiente social, posição civil “ou militar. Alguns exemplos servirão de esclarecimento: um “gracejo de mau gosto ou um afago podem ser inócuos, se “dirigidos a uma criança, mas gravemente ofensivos se di- “rigidos a uma donzela... Certas expressões, notadamente “em matéria sexual, podem afetar a dignidade de uma espo- “sa e ser anódinas em relação ao marido. A increpação de “embriaguez pode ser ou não ofensiva, segundo a persona- “lidade do acusado e sua posição social. Dizer-se de um pro- “fessor de línguas ou de direito que ele nada entende do seu “ofício, é uma ofensa; enquanto que a increpação de igno- “rância dirigida a um indivíduo qualquer pode ser indife- “rente. Os políticos, os funcionários públicos, os militares, “etc. têm seus *pontos sensíveis especiais*”.⁵⁴

⁵⁴ Ob. cit., pág. 180 (“*Eine Eigenart des strafrechtlichen Ehrbegriffs besteht darin, dass er eine variable Grösse enthält. Geltung*”).

Ao contrário da calúnia e da difamação, a injúria não admite jamais a *exceptio veritatis*, pois esta não apresentaria, em caso algum, utilidade social. Faltaria, aliás, na espécie, um positivo *thema probandum*.

Há que distinguir entre a injúria e outros crimes que também envolvem ofensa à dignidade ou decoro pessoal como o *desacato* (art. 331) e o *ultraje a culto* (art. 208, princ.). No *desacato*, que é crime *contra a administração pública*, o sujeito passivo é, *necessariamente*, funcionário público, e deve estar *presente* ao *ultraje*, que o atinge *durante officio vel extra officium, sed contemplatione officii*. Ainda que o funcionário seja ofendido *propter officium*, mas esteja *ausente*, na ocasião, o crime é injúria *qualificada* (art. 141, n.º II), e não *desacato*. No *ultraje a culto* ("escarnecer de

und Ansehen bestimmen sich verschieden nach der Persönlichkeit des einzelnen und nach dem Kreise, in dem er lebt. Letzten Endes hat jeder seine individuelle Ehr, und die Schwierigkeit für den urteilenden Richter besteht gerade darin, zu erkennen, ob im Einzelfall die einem bestimmten Menschen zukommende Ehre verletzt oder gefährdet wurde. Abwegig ist der Begriff einer Durchschnittsehre. Einer Mensch ist taugliches Objekt einer Ehrverletzung. Ehre ist, wenigstens zum Teil, angeboren. Aber die Angriffsflächen, die der einzelne bietet, sind verschieden. Massgebend ist der ganze Reichtum der Persönlichkeit- und Lebensunterschied: Alter und Geschlecht, berufliche Stellung, soziales Milieu, Beamten- und militärische Stellung. Das wird an wenigen Beispielen klar: Ein derbes Scherzwort oder einer Liebkosung können gegenüber einem Kind harmlos, gegenüber einem erwachsenen Mädchen eine schwere Beleidigung sein... Bestimmte, namentlich auf geschlechtliche Verhältnisse sich beziehende Ausserungen können einer Frau an die Ehre gehen, während sie den Mann nicht treffen. Der Vorwurf schwerer Betrunkenheit kann je nach der Persönlichkeit des Angegriffenen und seiner gesellschaftlichen Stellung ehrverletzend oder nicht beleidigend sein. Die Ausserung mit Bezug auf einen Lehrer, der eine fremde Sprache doziert oder gegenüber einem Professor der Jurisprudenz, er habe von seinem Fach keine Ahnung, ist eine Beleidigung, während der gleiche Vorwurf der Kenntnislosigkeit etnen X-beliebigen gegenüber harmlos sein kann. Auch der Politiker, der Beamte, die Militärperson usw, haben ihre bestimmten individuellen Angriffsflächen").

alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa”) é lesado, acima do interesse da honra individual, o interesse social do sentimento religioso, e é condição imprescindível do crime que seja praticado *publicamente*.

137. Meios executivos e formas da injúria. Variadíssimos são os meios pelos quais se pode cometer a injúria. São, afinal, todos os meios de expressão do pensamento: a palavra oral, escrita, impressa ou reproduzida mecanicamente, o desenho, a imagem, a caricatura, a pintura, a escultura, a alegoria ou símbolo, gestos, sinais, atitudes, atos. Há toda uma série de atos reputados injuriosos, ainda que não compreendidos na órbita especial do § 2.º do art. 140: a esputação sobre alguém, ainda que sem atingir o alvo; o beijo dado contra a vontade de quem o recebe e sem fim libidinoso (pois, do contrário, será crime *contra os costumes*); afixar rabo em alguém; apresentar capim ou milho a uma pessoa, dizendo-lhe: “come”; promover um funeral fictício, etc. Um caso interessante pode ser figurado: certo indivíduo, para vingar-se de um seu desafeto, ensina um papagaio a insultá-lo. A solução deve ser idêntica à do caso do *mandatário irresponsável*: a palavra do papagaio é como se fora a própria palavra do seu dono. Até mesmo simples *sons* podem ser insultantes. Exemplos: imitar o uivo do cão, o ornejo do asno ou o ruído de gases intestinais, para vexar uma cantora ou um orador.

Multifária é, igualmente, a forma da injúria. Pode esta ser *direta* ou *obliqua* (mediata); direta, quando se refere a qualidades desonrosas inerentes ao ofendido; obliqua, quando atinge uma pessoa particularmente cara ao ofendido (exemplo: “teu filho é um canalha”). Já nos textos romanos se explica: “*Aut per semet, ipsum alicui fit injuria, aut per alias personas; per semet, cum directo ipsi cui patrifamilias, vel matrifamilias fit injuria; per alias, cum per consequentias fit; cum fit liberis meis, vel servis, vel uxori nuriuve*” (Dig., 47, 10, 3.º).

Da injúria oblíqua distingue-se a injúria *reflexa*, isto é, a que atinge alguém em ricochete. Exemplo: quando se diz de um homem casado que é “cornudo”, injuria-se também a sua esposa.

A injúria pode ser também:

explícita (expressa de modo franco e positivo) ou *equivoca* (ambígua, velada, fugidia);

implícita ou *per argumentum a contrario* (exemplo: “não vou à festa em sua casa porque não sou um desclassificado”; “não posso deixar-me ver em tua companhia, porque não sou um ladrão”);

por exclusão (como quando declaro honestas determinadas pessoas de um grupo, omitindo referência às demais);

interrogativa (“será você um gatuno?”);

dubitativa ou *suspeitosa* (“talvez seja Fulano um intrujão”);

irônica (quando alguém, como dizia FARINÁCIO, “*alteri dicit aliquid bonum, sed ironice et cum animo injuriandi*”);

reticente ou *elíptica* (“a senhora X, formosa e... moldear”);

por fingido quíproquó (“o meretríssimo, digo meretíssimo juiz”);

condicionada ou *por hipótese* (quando se diz de alguém que seria um canalha, se tivesse praticado tal ou qual ação, sabendo-se que êle realmente a praticou);

truncada (“a senhora X não passa de uma p...”);

simbólica (dar-se o nome de alguém a um cão ou asno; imprimir o retrato de alguém em folhas de papel higiênico; pendurar chifres à porta de um homem casado).

138. **Provocação e retorsão.** Há casos em que a aplicação das penas por crime de injúria é deixada ao critério potestativo do juiz (§ 1.º, ns. I e II, do art. 140): a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. Em ambos os casos, o crime não deixa de exis-

tir; mas a lei faculta o *perdão judicial*. Este critério de solução, vindo do Projeto SÁ PEREIRA, com escala pelo Projeto ALCÂNTARA, inspirou-se no modelo suíço,⁵⁵ que já fora imitado pelos Códigos polonês⁵⁶ e dinamarquês.⁵⁷ Diverge, em parte, a solução do Código italiano, que declara irrestritamente não punível quem pratica a injúria (ou difamação) “*nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto alteri e subito dopo di esso*”, e faculta a isenção de pena no caso de injúrias recíprocas (sem exigir a seqüência imediata entre uma e outra): “*se le offese sono reciproche, il giudice può dichiarare non punibile uno o entrambe gli offensori*”.

O nosso Código de 1890 (art. 322) somente cuidava do caso de *reciprocidade de injúrias*, admitindo a *compensação* entre elas (critério ainda seguido pela atual Lei de Imprensa, art. 12, § 3.º, letra b): “As injúrias compensam-se; em consequência não poderão querelar por injúria os que reciprocamente se injuriarem”. A compensação operava-se independentemente da *contemporaneidade* das injúrias, e ainda que uma não fosse *retorsão* à outra (a Lei de Imprensa exige, para exclusão de pena, que a retorsão seja imediata).

Incontestável é o acerto da decisão adotada pelo atual Código. Quer no caso de *provocação*, quer no de *retorsão*

⁵⁵ O atual Código suíço assim dispõe, art. 177: “*Hat der Beschimpfte durch sein unmittelbar Anlass gegeben, so kann der Richter den Täter von Strafe befreien. Ist die Beschimpfung unmittelbar mit einer Beschimpfung oder Tätlichkeit erwidert worden, so kann der Richter einen oder beide Täter von Strafe befreien*”. (“O juiz “poderá isentar de pena o agente, se o injuriado, por sua conduta “repreensível, provocou diretamente a injúria. Se o injuriado re-“torquiu imediatamente com outra injúria ou vias de fato, o juiz “poderá isentar de pena ambos os agentes ou um deles”).

⁵⁶ Art. 256, § 2.º: “*Si l'offense était inspirée par la conduite provocante de l'offensé ou si l'offensé a réagi par une offense reciproque... le tribunal peut exempter l'auteur de la peine*”.

⁵⁷ Art. 272: “*La peine prévue par l'article 267 (injúria) peut disparaître, lorsque l'acte a été provoqué par une conduite inconvenable de la part de l'offensé, ou lorsque celui-ci a rendu la pareille à l'offenseur*”.

(e muito menos no de simples *reciprocidade*, que dispensa a sucessão imediata e até mesmo o nexu causal entre as injúrias), não há razão para uma apriorística isenção de pena. A provocação, ainda que injusta e seguida de exaltação de ânimo do provocado, não abre livre caminho a revides e violências, pois de outro modo estaria assegurada a imunidade do chamado *passionalismo* e, conseqüentemente, reduzida a uma inocuidade, em grande número de casos, a ameaça penal contra os delinqüentes. É perfeitamente razoável que a justa ira suscitada por uma provocação injusta funcione como *atenuante genérica* (art. 47, IV, letra c) ou *minorante especial* (arts. 121, § 1.º, e 129, § 4.º) e mesmo, em certos casos de menor importância, como fundamento do *perdão judicial*; mas reconhecê-la, *a priori*, ainda que somente em relação a esses casos de mínimo relevo, como causa de exclusão de pena, seria adotar um critério incompatível com a tutela da ordem jurídica. No que concerne à *retorsão*, não se pode identificar, como geralmente se pretende, um caso de *legítima defesa*. Não se pode falar em legítima defesa contra uma injúria já proferida. A propósito, uma longa controvérsia se trava desde os juristas medievais, e contra a tese contrária justamente se argumentava que "*injuria jam perfecta et consummata est*" e, assim, "*removeri nequit*", resultando que a injúria em revide "*non tendit ad defensionem, sed ad vindictam*". Nem se diga que a injúria em retruque é meio de obstar a que o primeiro injuriador prossiga com as suas contumélias. Para evitar a reiteração destas, o único meio será a violência física (que, esta, sim, constituirá legítima defesa, se manifesta a iminência da reiteração das injúrias). A *retorsão* tem *afinidade*, mas não *identidade* com a legítima defesa.

Do mesmo modo, não é muito adequado dizer-se que, na espécie, há *compensação* das injúrias recíprocas, que assim se extinguiriam, de acordo com o aforismo *paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*. Antes de tudo, não é exato que este princípio, como freqüentemente se alega, vigorasse no

direito romano em relação às penas *criminais*. Como exaustivamente demonstra BELLING (*“Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation”*) a regra acima citada referia-se, não às *penas*, mas às *obligationes ex delicto*, sujeitas ao critério geral da *“debiti et crediti inter se contributio”*. A parte as penas correspondentes a cada delito, as quantias reciprocamente exigíveis pelas partes é que se compensavam aritmeticamente (*“es wurde für jedes der Delikte die gebührende Strafe ausgeworfen und erst dann Summe gegen Summe rein ziffermässig aufgerechnet”*). Foram os intérpretes medievais que, naturalmente em razão do fato de que quase sempre a pena *pecuniária* era a única aplicável à injúria, formularam o princípio de *mutuae injuriae compensatione dissolvuntur*, invocando indevidamente os textos romanos. Não faltava, porém, já então, quem impugnasse tal decisão. MAESTERTIUS, por exemplo, acentuava que a compensação ocorria *“non ipsius maleficii, sed pecuniae debitae propter maleficium”*. SILBERRADT só admitia a compensação, *in criminalibus*, quando se tratasse de pena pecuniária: *“ipsa aelicta habile compensationis objectum non agnoscam, illud tamen, quod ex delictus nobis debetur, in compensatione deduci posse dubitandum non est, si civiliter et ad poenam pecuniariam agatur”*. JACOBUS DE ARENA igualmente ensinava: *“In criminibus fit compensatio quantum ad executionem civilem; sed quantum ad criminalem executionem, non”*. NICOLAU DE TUDESCHIS também excluía a compensação *“si ageretur ad poenam legalem infligendam”*, e acrescentava: *“delictum unius non tollitur per peccatum alterius, imo cujuslibet delictum poena condigna puniri debet”*. Ainda no mesmo sentido, BERTOCHINUS (*“Injuria verbalis non tollitur compensatione, sed quilibet agit pro sua”*), SANDEUS (*“In criminali non fit compensatio in objectione alterius criminis”*), LUDOVICUS ROMANUS, CARERIUS e DECIANUS. CARPSOVIO só admitia a compensação quando não se apurasse qual o primeiro injuriador: *“Quando duo mutuis se conviciis prosciderunt, neque apparet, uter primo injuriosa verba pronun-*

ciaverit, tum... neuter... actione injuriarum tenetur, sed utrique fit compensatio".

Veio a predominar, entretanto, com feição irrestritamente liberatória, em matéria de injúria, o princípio civilístico da compensação. Só modernamente é que semelhante critério entrou em franco descrédito, por evidentemente incompatível com o direito penal. Justamente ponderava PESSINA que a compensação não é consentânea com o fim da justiça punitiva, além de contrária à índole própria do crime, não sendo admissível "que os crimes recíprocos se compensem "entre si como débitos recíprocos, por isso que cada crime "é sempre qualquer coisa que em si contém uma ofensa à "ordem social, e, das injúrias proferidas, a primeira não deixa de ser crime porque outro crime lhe sobrevém, por ela "provocado".

A fórmula da compensação foi sendo substituída pela da *retorsão*: quando uma injúria é rebate imediato de outra, não deixa de ser punível em princípio (pois não há um *jus retorsionis*), mas, em face das circunstâncias do caso concreto, o juiz pode abster-se de pena. O que justifica, na disciplina da retorsão, o facultativo perdão judicial não é, propriamente, a *compensabilidade* das injúrias recíprocas, mas a consideração de que o primeiro injuriado, ao revidar a ofensa, cede a um *impetus doloris* até certo ponto desculpável (critério psicológico), enquanto que o primeiro ofensor, de sua parte, vem a sofrer, com a injúria em revide, uma como punição infligida *ex auctoritate propria* pelo primeiro injuriado (critério político: *retorsio moderata extrajudiciale remedium reparandae famæ est*). Pode acontecer que, *in concreto*, a *punição extrajudicial* seja excessiva ou insuficiente: conforme o caso (apresentada queixa *ab utraque parte*), o juiz pode limitar-se a condenar o segundo ou o primeiro injuriador. No caso, porém, da *paritas injuriarum*, é aconselhável o perdão de ambos os ofensores-ofendidos, e isto, como diz BORCIANI, em atenção à falibilidade humana

e como aplicação racional de um dispositivo destinado a fortalecer a concórdia social.

Note-se que o inciso n.º II do § 1.º do art. 140 se refere a “caso de retorsão imediata”, sem distinguir, para o efeito da facultativa remissão judicial, qualquer dos ofensores-ofendidos.

No que respeita à *provocação*, a *ratio* da benignidade legal é idêntica à que milita em favor do primeiro injuriado na retorsão: a *justa causa iræ*. É o motivo de ordem psicológica já acentuado pelos práticos da Idade Média: *difficile est justum dolorem refrenare*. Desde o direito intermédio, porém, se questionava sobre se a *justa ira* devia excluir ou tão-somente atenuar a pena. Dizia ARETINUS: “*Si aliquo dicto vel facto tuo injurioso... fui provocatus ad iram et propter iram jam mihi a te commotam et durante dicta ira aliquid injuriosum dixerit tibi, non tenetur injuriarum*”. CINUS, no entanto, enjeitava tal critério: “*Reputandum est absurdum, si id, quod iracundiæ calore malefit, remaneat impunitum*”. JULIUS CLARUS (*Practica Criminalis*, verb. *Injuria*, 14) ensinava que a pena devia ser atenuada: *Regulariter enim in delictis provocatio non excusat, sed bene provocatus regulariter mitius punitur*”.

A mesma divergência se nota na doutrina e legislação modernas. O nosso Código anterior não cuidava especialmente do caso (limitando-se a reconhecer a *compensação* das injúrias recíprocas). Já na sua vigência, porém, sustentávamos, na espécie, a necessidade de possibilitar-se o perdão judicial. Escrevíamos, então: “Há, às vezes, um como “*direito* à injúria, uma irrecusável *licentia injuriandi*. Não “me refiro, é bem de ver, à injúria calculada e fria, servindo a uma intenção mesquinha ou perversa, nem à injúria “como expressão da ira recolhida e peçonhenta; mas à injúria “como imediato *choc de retour* a uma despejada injúria “tiça, à injúria que traduz e exaure, na insopitável exaltação de um momento, a legítima cólera provocada pela arbitrária espoliação do nosso direito. Refiro-me à injúria que

“ é movimento espontâneo da alma, voz instintiva e incoer-
“ cível de protesto, autêntica modalidade dessa *luta pelo*
“ *direito*, de que fala IHERING. Há emergências, no renhido
“ combate da vida, em que a injúria é para um homem a sua
“ reserva de energia, o único recurso que lhe sobra, o seu
“ *último cartucho*. Quando ele se vê acuado no seu derradeiro
“ ângulo de defesa, à mercê da opressão do adversário
“ desleal e injusto, só lhe resta, no desespero da sua impotên-
“ cia e no apego heróico ao seu direito, um meio de reação:
“ a injúria, o impropério, o baldão, a contumélia. É o assomo
“ final de sua nobre coragem, o seu derradeiro brado de
“ insubmissão à injustiça e à tirania. A injúria, em tal caso,
“ como que se despe de sua feição de crime, para assumir a
“ santidade de um direito. E é um atestado de vigor de ânimo,
“ de firmeza de caráter, de saúde da alma, de irreduzível
“ bravura moral. É a manifestação daquela ira que ARISTÓ-
“ TELES dizia *necessária*, porque sem ela a encher-nos o cora-
“ ção e a aquecer-nos o entusiasmo, jamais poderemos ele-
“ var-nos à altura de um ideal. CAMBRONNE, no desastre de
“ Waterloo, respondendo à intimativa de rendição que lhe
“ fazia o inimigo, é bem o exemplo de que a injúria pode ter,
“ em certos casos, tal seja o seu móvel, qualquer coisa de
“ magnífico. Essa famosa réplica (não a que os historiadores
“ pudicos reportam — *La garde meurt et ne se rend pas!*,
“ mas a outra, a real, a de cinco letras), deu-a o bravo sol-
“ dado com uma palavra tirada à sarjeta do vocabulário,
“ mas VÍTOR HUGO justamente a registrou como a mais bela
“ expressão da alma heróica da França. No entrevero da vida,
“ é preciso, às vezes, que se tenha a fibra de CAMBRONNE.
“ A muda e passiva resignação ante uma rude injustiça,
“ quando não seja virtude de um santo ou atitude de um
“ temperamento álgido, é acomodação de um covarde. Não
“ era grandeza da alma ou superioridade de ânimo, mas genuína
“ poltroneria e vergonhoso comodismo, o que havia for-
“ rando internamente aquele ancião de que nos conta SÊNECA,
“ o qual, interrogado sobre o segredo de sua longevidade. res-

“pondeu: “Recebendo afrontas e agradecendo-as”. A impassibilidade e a renúncia, tais como ensinam a moral estóica e a moral cristã, são virtudes sobre-humanas. A quem sabe amar o seu direito (e quem não sabe amar o seu direito é apenas *meio-homem* e não merece que dele se cogite) ou pugnar por uma ambição legítima, e vê-se, de um momento para outro, iniquamente e sem apelo, despojado daquele ou preterido nesta, não se pode negar uma licença à indignação, à revolta, ao ímpeto de ira. Somente as almas pusilânimes são incapazes de cólera. Uma alma onde não passa, em face da injustiça, um frêmito de ira, é uma alma sem eficiência para a vida. SÊNeca errou quando disse que “o sinal mais certo da verdadeira grandeza é que nenhum acontecimento possa irritar-nos”. Não! O homem impassível faz lembrar o pântano apodrecido, a água das lezírias, onde germinam os vibriões maléficos. Somente o emotivo se integra na grandeza da vida, dando-nos o belo espetáculo de sua pugnacidade, à semelhança da correnteza fluvial que, a arrostar com os obstáculos, cresce bravamente sobre eles, torvelinhando, espumando, rebramindo. É simplesmente irrisório o conselho que nos deixou o preceptor de Nero: “Foi um homem de bem que te lesou? Não o creias. Foi um mau? Não te surpreendas: ele pagará a outro o mal que te fez”. Estaria mal parado quem se dispusesse a seguir um tal aviso. Seria imolado como um carneiro, espezinhando com a erva rasteira. Quem não se encoleriza diante da iniquidade não pode tomar parte no prélio da vida. Para que se extirpasse da alma humana o *motus* da ira, seria necessário que previamente se eliminasse da face da terra a iniquidade, a injustiça, a maledicência. Além de inevitável, a ira é útil. É ela que nos tange, as mais das vezes, pelo espírito militante que nos imprime, para a disputa do nosso legítimo lugar ao sol. A ira é uma dinamização da alma, um propulsivo agulhão da vontade. E vem daí que, como desafogo mais natural, como descarga imediata da ira, a injúria pode apresentar-se como uma

“necessidade psicológica. Não há incriminá-la, se procede de uma cólera justa ou escusada pelas circunstâncias. Falta-lhe aquele *animus* específico, de que falam os intérpretes da lei penal. Não a inspira o desígnio refletido e mau de ofender a dignidade alheia: é apenas uma derivação irreprimível de uma dor pungente, de um agudo ressentimento. É um ato tão reflexo e, por assim dizer, quase tão sem destinatário, como a praga que nos escapa dos lábios quando nos ferimos contra um objeto inanimado. Para essa espécie de injúria é que se deve repudiar, uma vez por todas, a teoria do *dolus in re ipsa*, ou o velho aforismo de que *cum verba sunt per se injuriosa, animus injuriandi præsumitur*. Ajusta-se a ela, como uma luva, este raciocínio expresso em sentença de um magistrado italiano, citado por FLORIAN: “*Possono esservi circonstanze in cui l’aver volontariamente pronunciato frasi per sè stesse ingiuriose, può ritenersi avvenuto senza l’intenzione di recare offesa, neanche come mezzo voluto o preveduto per raggiungere altro scopo*”. E quando se tem em vista semelhante caso, é força convir na necessidade de se abolirem, no tratamento penal da injúria, os critérios abstratos, os conceitos apriorísticos, as fórmulas rígidas, na conformidade da censura do insigne autor da *Teoria psicologica della diffamazione*: Não raramente, acontece que os juristas, absorvidos na pura contemplação especulativa da fórmula e na análise da relação jurídica, se apartam da realidade da vida”. Na refrega da vida cotidiana, é preciso que se perdoem os CAMBRONNE. Não apregoemos incondicionalmente a bem-aventurança dos mansos, mas, ao contrário, estimulemos e exaltemos o valor dos que não se rendem, dos que sabem brandir a sua lança até o último alento, pelo seu direito, pela sua bandeira, pelo seu penacho”.

O Código atual, como já vimos, adotou o critério do facultativo perdão judicial: o juiz pode abster-se de aplicar as penas cominadas *in abstracto* “quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria”.

A *provocação* distingue-se da *retorsão* pelo seguinte: na retorsão, a injúria é contragolpe de outra injúria, podendo ambas ficar impunes; na provocação, a injúria é revide contra qualquer conduta *reprovável* (seja ou não antijurídica, criminosa ou não, intencional ou culposa), que, se constitui crime ou contravenção (lesão corporal, ameaça, violação de domicílio, constrangimento ilegal, calúnia, difamação, vias de fato, etc.), não será abrangido pelo autorizado favor da impunidade.⁵⁸ Ainda mais: na retorsão, a primeira injúria pode ter sido *espontânea* (constituindo uma provocação) ou ter sido *provocada* por atitude anterior do retorquente: em qualquer caso, porém, não fica excluída a possibilidade do perdão judicial para ambas as partes.

Sob outros aspectos, no entanto, é manifesta a afinidade entre a provocação e a retorsão. Quer numa, quer noutra, é indispensável a *conexão* entre as condutas recíprocas, e não basta a *reciprocidade*, senão também a *contemporaneidade* das ações. Na retorsão, quando a primeira injúria é espontânea (isto é, não causada por precedente conduta reprovável do primeiro injuriado), o que se dá, afinal, é um caso particular de provocação. Diz o texto legal, no tocante à provocação, que o ofendido deve ter provocado *diretamente* a injúria e, no tocante à retorsão, que esta deve ser *imediate*. O que se tem a inferir daí é que, em qualquer caso, ambas as partes devem estar *presentes*, pois, de outro modo, nem a provocação pode ser *direta*, nem a retorsão *imediate*. *Diretamente* quer dizer *face a face, de rosto*, e o adjetivo *imediate* refere-se à sucessão instantânea, *sine intervallo*, entre uma e outra injúria, o que só é possível quando os agentes se defrontam no local e momento da troca de injúrias.

O Código suíço, quer no caso de provocação, quer no de retorsão, usa da expressão “*unmittelbar*”, que tanto significa *diretamente*, quanto *imediateamente*, e a respeito comenta

⁵⁸ Se o fato provocante consiste numa injúria, aplica-se a disciplina da retorsão.

HAFTER (ob. cit., pág. 200): "...a lei, antes de tudo, tem "em vista aqueles casos em que os agentes se acham um em "face do outro: uma injúria, uma ação, se segue à outra" ("...das Gesetz vor allem die Fälle im Auge hat, in denen "die Täter einander gegenüberstehen: eine Beschimpfung, eine Tätlichkeit folgt der andern").

É manifesto o equívoco de BENTO DE FARIA (ob. cit., III, pág. 257), quando entende que *diretamente*, no texto do inciso I do § 1.º do art. 140, quer dizer que o ofendido deve ter-se dirigido "determinadamente à pessoa do provocado", de modo que não poderá ser alegada a provocação quando a injúria for dirigida *contra terceiros*. Ora, a conduta reprovável do ofendido pode não ter sido dirigida *determinadamente* contra o injuriador e, não obstante, haver provocação *direta*. Sou diretamente provocado quando, por exemplo, um indivíduo, na minha presença, desrespeita uma senhora ou maltrata uma criança. Por outro lado, não se pode atribuir à lei a ociosa explicação de que está inibido de alegar provocação aquele que injúria pessoa diversa do provocante. É de toda evidência que nenhuma desculpa tem (a não ser que se trate de um alienado mental) o indivíduo que, provocado por outro, sai a injuriar terceiros.

Também na hipótese de retorsão é imprescindível, como já foi notado, a condição de *presença* dos ofensores-ofendidos. De modo geral, pode dizer-se que a retorsão só é possível quando se trata de injúrias *verbis* ou *factis*. Se, em casos excepcionais, é concebível a retorsão no caso de injúrias *escritas* (exemplo: dois desafetos, à mesa de refeição de um hotel, trocam, por intermédio do *garçon*, bilhetes injuriosos), já o mesmo não acontece no caso de injúrias *impresas*. Dizia a respeito, CARRARA: "...bisognerebbe supporre in lui (primeiro injuriado) *la virtù taumaturga, sicchè in un attimo potesse uscire la ritorsione dalla sua mente e convertirsi in parola stampata. Concetto assurdo, se mai ne ve fu*". A injúria em revide deve ser praticada *durante ira* (enquanto perdura

a excitação ocasionada pela injúria anterior), sem que o primeiro injuriado tenha tido tempo para tranqüila reflexão. É preciso não confundir a retorsão com a *reciprocidade de injúrias* (adotada no antigo Código): na disciplina deste último caso é que se dispensam a *contemporaneidade* das injúrias e, portanto, a presença dos adversários. O parentesco da retorsão com a legítima defesa está precisamente em que não pode ocorrer sem a defrontação das partes em conflito.

Aplicando à retorsão um comentário de SALTELLI-DI FALCO sobre a provocação, nos termos em que esta é disciplinada pelo Código italiano, BENTO DE FARIA (ob. cit., págs. 258-259) sustenta que a mora não exclui a retorsão quando há impossibilidade do retruque imediato; mas é inaceitável semelhante ponto de vista. Se é possível temperamento com o texto legal (perante o Código italiano ou o nosso) no caso da provocação, já o mesmo não se dá na hipótese de retorsão, que, segundo um conceito tradicional e pacífico, só é reconhecível quando praticada *illico et statim*. Já os práticos ensinavam: "*Retorsio est injuriæ ilatæ in alterum incontinenti facta rejecta*".

Será possível o perdão judicial no caso de retorsão ou provocação *putativa*? Figure-se o seguinte caso: certo indivíduo, supondo-se injuriado por outro, a quem vê fazendo um gesto ofensivo em sua direção, sem perceber que o destinatário é um terceiro indivíduo às suas costas, profere uma injúria contra o seu suposto injuriador. Tome-se outro exemplo: um transeunte, julgando-se agredido por outro, que apenas procurava rapidamente evitar fosse colhido por um veículo, dirige-lhe uma injúria. Em qualquer desses casos e outros análogos, deve subsistir, por argumento do art. 17 do Código, o mesmo favor outorgado à autêntica retorsão ou provocação.

139. *Injúria real*. O § 2.º do art. 140 cuida da injúria que se pode chamar *real*, para distingui-la da injúria *simbólica*. É a injúria consistente em *violência* ou *vias de fato*,

que “por sua natureza ou pelo meio empregado, se consideram aviltantes”. O dispositivo proveio do Projeto ALCÂNTARA (art. 321, § 1.º), que retificara o Projeto SÁ PEREIRA, pois este (art. 211) incorria no erro de técnica de não distinguir entre *vias de fato e violência tendente a lesão corporal*. Por *vias de fato* (*Tätlichkeiten*, do Código suíço) se entende tódã ação exercida (agressivamente, injuridicamente) *sôbre a pessoa*, mas sem causar-lhe dano à integridade física ou saúde (socos ou bofetadas leves, empurrões, puxão de orelhas ou de cabelos, sacudidelas, arremêso de objetos não contundentes, etc.). Trata-se (quando não seja *elemento da injúria real*) de simples *contravenção* (art. 21 da Lei das Contravenções Penais), que não pode ser confundida, sequer, com a *tentativa de lesão corporal*, pois falta, da parte do agente, o *animus lædendi*.

A distinção entre *vias de fato e violência tendente a lesão corporal*, ou de que resulte tal evento, impõe-se para diverso tratamento penal, dada a diversa gravidade entre os dois casos.

Segundo o critério adotado pelo Código, na disciplina da injúria real, se ocorrem apenas *vias de fato*, a *contravenção é absorvida* por aquela (aplicando-se exclusivamente a pena da injúria real); na hipótese, porém, de *lesão corporal* (consumada ou tentada), as penas são aplicadas cumulativamente (na conformidade, aliás, da regra do art. 51, § 1.º, *in fine*, dada a duplicidade de desígnios). O antigo Código contemplava a injúria real no capítulo das *lesões corporais*, definindo-a como o fato de “servir-se alguém, contra outrem, de instrumento aviltante, no intuito de causar-lhe dor física e injuriá-lo” (a injúria por *vias de fato* compreendia-se entre as *injúrias simples* ou na generalidade do § 4.º do art. 319); mas o legislador de 40 preferiu classificá-la, e com acêrto, no setor dos crimes contra a honra. Se dois são os bens jurídicos lesados na espécie, o que é visado e atingido em via principal é a honra individual. As *vias de fato* ou golpes (violência) não são mais, aqui, do que *meio* dirigido ao *fim*

de ultrajar. Mais que o *corpo*, é atingida a *alma*. Quer na intenção do agente, quer quanto à *dor* sofrida pelo ofendido, a ofensa moral sobreleva o ataque à incolumidade física.

As vias de fato ou violência podem ser *aviltantes* em si mesmas (“por sua natureza”) ou “pelo meio empregado”. Em qualquer das hipóteses, é imprescindível *animus spectare*, isto é, deve-se averiguar se o agente procedeu efetivamente *injuriandi animo*, com a intenção positiva de ultrajar, de menoscabar, de humilhar o sujeito passivo. Estabelecida esta premissa, podem ser citados como exemplos da primeira hipótese: a bofetada,⁵⁹ o corte ou puxão de barba, a apalpação de certas partes do corpo (sem fim libidinoso), o levantar as saias a uma mulher ou rasgar-lhe as vestes, *cavalgar* o ofendido, pintar-lhe a cara com pixe, virar-lhe o paletó pelo avesso, etc.; e como exemplos da segunda hipótese: o bater em alguém com chicote ou rebenque, ou dar-lhe palmatoadas, ou atirar-lhe excremento ou outra imundície (*stercora projicere*), etc. Na conformidade da citada premissa, o emprego de instrumento aviltante não constituirá injúria real, se o agente lançou mão dele acidentalmente, porque não tinha outro a seu alcance e deixando manifesta a só intenção da ofensa física.

Quid inde, se o ofendido reage com outra injúria real?

Preliminarmente, é preciso notar que, se a injúria real é praticada para *evitar* outra injúria real iminente ou atual, não provocada por quem reage, e guardada a moderação da repulsa, o que se apresenta é *legítima defesa*. Se esta não é concebível por meio de injúria *verbis* ou *scriptis* (veja-se n.º 138), já o mesmo não sucede com a injúria real: um vilipêndio material pode ser meio de conjurar outro.

No caso, porém, de *retorsão* propriamente dita, isto é, quando a injúria material é revide de outra já consumada,

⁵⁹ O rosto é a parte mais nobre do corpo humano. Os *homini Deus sublimis dedit*. Já o direito romano considerava injúria atroz “*si os alicui percussum*” (Dig., XLVII, X, 7, § 8.º, *in fine*).

cumpra distinguir: se houve, de parte a parte, somente *vias de fato*, aplica-se a regra do inciso II, § 1.º, do art. 140; se ocorrem lesões corporais *leves*, aplicam-se a ambos os ofensores-ofendidos o art. 129, § 5.º, n. II (em relação à pena por ofensas físicas)⁶⁰ e o art. 140, § 1.º, n.º II (em relação à pena por injúria real). No caso de lesões corporais *graves*, o respectivo agente não terá, quanto a estas, nenhum favor.

E no caso de *provocação*? Se o provocado se limita a *vias de fato*, poderá igualmente obter o perdão judicial (art. 140, § 1.º, n.º I); se produziu lesão corporal leve, somente poderá ficar isento da pena relativa à injúria real, não se eximindo à da ofensa física, com o possível benefício de que cogita o art. 129, § 5.º, n.º I; se ocorrer lesão corporal grave, somente poderá ser beneficiado no tocante à pena da injúria real.

DISPOSIÇÕES COMUNS AOS CRIMES CONTRA A HONRA

140. Causas de especial aumento de pena ou qualificativas. Os crimes contra a honra são qualificados por certas circunstâncias de especial gravidade, atinentes à condição ou qualidade do sujeito passivo, ou ao modo, meio, e motivo da ação. As formas *qualificadas* estão previstas no art. 141 e seu parágrafo único, apresentando-se quando a calúnia, a difamação ou a injúria são cometidas:

- a) contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro;
- b) contra funcionário público, em razão de suas funções;
- c) na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação;
- d) mediante paga ou promessa de recompensa.

⁶⁰ O disposto no inciso II do § 5.º do art. 129 refere-se a lesões corporais recíprocas fora da hipótese de *legítima defesa* (como quando o primeiro ofendido provoca a ação), pois, do contrário, é claro que só o primeiro ofensor comete crime.

Nos casos *sub* “a”, “b” e “c”, as penas são aumentadas de um terço; no último caso, do dobro.

Plenamente justificada é a especial majoração de pena em tais hipóteses. Aprecieemos cada uma de per si, na ordem acima.

O Presidente da República é o primeiro magistrado da Nação: a magnitude do cargo em que está investido reclama para a sua pessoa, sob o duplo ponto de vista da vida pública e privada, a máxima reverência. Daí, a reforçada tutela que a lei assegura à sua incolumidade moral.

A maior punibilidade no caso de ofensa à honra de “chefe de governo estrangeiro” obedece igualmente a razões óbvias: o especial respeito que os cidadãos de um país devem ao chefe de nação estrangeira diz com o próprio interesse das boas relações internacionais.

A ofensa que um habitante do Brasil dirija contra a honra de um governante estrangeiro vai refletir-se sobre a própria dignidade da nação por ele governada, podendo, eventualmente, provocar até mesmo o rompimento dos laços de boa amizade entre os dois países, ou assumir tamanho vulto que acabe criando um *casus belli*.

Como já advertimos (n.º 132), a expressão “chefe de governo” compreende não só o soberano ou chefe de Estado, como o “primeiro ministro” ou “presidente de conselho”, pois a este cabe também a alta direção governamental.

A majorante sob a letra *b* atende à necessidade de particular proteção à honra do *funcionário público*, no que afeta ao exercício de suas funções. A ofensa à honorabilidade do funcionário público como tal não atinge apenas a sua *dignitas* ou *aeaxismatio* individual, senão também a dignidade e o prestígio da função por ele exercida em nome e por delegação do Estado. O especial aumento de pena é proteção dispensada, precipuamente, à *função pública*. Imprescindível, portanto, é que haja conexão entre o exercício desta e a ofensa irrogada. Deve apresentar-se, entre um e outra, uma relação de causa a efeito, não bastando a simples *ocasião*.

Por outras palavras: a causa da ofensa deve estar na função exercida pelo ofendido, e não em um ato qualquer que o ofendido haja praticado durante o exercício da função. É preciso que a ofensa se *insira* na função.

A especial agravação de pena não se estende ao caso em que o ofendido é atingido *post depositum officium*: o texto legal fala em *funcionário público*, e tal qualidade, obviamente, já não existe no indivíduo que se demitiu ou foi demitido do cargo que exercia na administração do Estado. Decidir de outro modo será dizer onde a lei não diz, nem quis dizer, pois, sem a atualidade do exercício da função, desaparece a *ratio* da majorante.

Cumpra advertir que, se a ofensa é inflingida, oralmente ou por atos, *na presença* do funcionário, o fato deixa de ser forma qualificada de crime contra a honra, para configurar o crime de *desacato* (art. 331), que, aliás, se apresenta ainda quando a ofensa não se refira ao exercício da função, uma vez que atinja o funcionário *in officio*, isto é, durante a sua específica atuação funcional.

Sob a letra c, apresentam-se duas majorantes. A primeira delas consiste em ter sido o crime cometido *na presença de várias pessoas*. Já vimos que a calúnia e a difamação se consomem quando a imputação é comunicada a uma só pessoa que seja (diversa do sujeito passivo), e que a injúria dispensa a percepção ou conhecimento do seu conteúdo por parte de terceiros. É fora de dúvida, porém, que, em qualquer caso, se a ofensa é praticada *coram multis personis*, sua gravidade aumenta: a reputação do ofendido corre maior risco, e maior é o seu vexame. Justifica-se, portanto, em tal caso, a especial majoração de pena.

Perante o nosso Código, é de rejeitar-se a opinião (defendida perante o Código italiano e inadvertidamente aceita entre nós por BENTO DE FARIA) de que, para implemento da condição *várias pessoas*, basta o mínimo de duas. Toda vez que o Código, ao referir-se à pluralidade de pessoas, entende que bastam apenas duas, di-lo *expressamente*. Hajam vista

os arts. 150, § 1.º, 155, § 4.º, n.º IV, 157, § 2.º, n.º II, 158, § 1.º, e 266, n.º I. É incontestável, portanto, que, com a expressão *várias pessoas*, aqui empregada, o Código quis dizer que são necessárias, pelo menos, três pessoas.

No cômputo desse mínimo, não pode entrar o próprio ofendido, nem o co-partícipe do crime. Tratando-se, porém, de ofensa dirigida, no mesmo contexto de ação, a diversas pessoas (não constituindo unidade jurídica ou lógica), cada ofendido é terceiro em relação aos outros. É evidentemente necessário que cada uma das *várias pessoas* presentes possa ouvir, perceber ou entender a ofensa. Assim, não podem ser computados o cego (tratando-se de ofensa por gestos ou atos), o surdo ou o estrangeiro inciente do nosso idioma (tratando-se de ofensa verbal), o louco, a criança. Cumpre, além disso, que o agente esteja consciente da multiplicidade de testemunhas. Se estas, por alguma circunstância, ainda que o fato ocorra em lugar público, não foram, nem podiam ser vistas pelo agente, será irreconhecível a majorante.

A segunda qualificativa sob a letra *c* é expressa com uma cláusula genérica: se o crime é cometido *por meio que facilite a divulgação* da ofensa. Em outros tempos, todos os meios que, em matéria de crime contra a honra, importavam maior *divulgabilidade*, compreendiam-se sob a clássica rubrica de *libelo famoso*. Modernamente, porém, há vários processos de difusão do pensamento que são irredutíveis a essa epígrafe, quando empregados para a prática do dito crime. Tais são, entre outros, o *rád:io* e o *alto-falante*. A cláusula do Código atual, em substituição à do Código anterior, que somente cuidava do libelo famoso, para mais severo tratamento penal, atende à evolução dos meios técnicos de publicidade. O libelo famoso, no entanto, continua sendo a forma de maior gravidade dos crimes contra a honra, por isso que, além da potência de divulgabilidade, apresenta um cunho de *permanência* no seu efeito de lesão ou perigo de lesão. *Verba volant, scripta manent*. Palavras, o vento leva, e logo se esquecem (*perit memoria illorum cum sonitu*); mas no libelo

famoso há uma expressão materializada, sensível, tangível, duradoura. “*Un écrit c'est une parole qui dure*”. Na sua acepção ampla, entende-se por libelo famoso a ofensa à honra divulgada por meio material (constituindo fragmento do mundo exterior), que *represente, corporifique* ou *registre* o pensamento, como sejam o escrito, o impresso, o desenho, a caricatura, a pintura, a escultura, o disco gramofônico, a fotografia *et similia*. Tanto é libelo famoso o boletim difamatório afixado em lugar público,⁶¹ quanto a injúria reproduzida num filme cinematográfico, ou escrita a carvão num muro exposto às vistas do público, ou consubstanciada num artefato qualquer.

Entre as modalidades do libelo famoso, a mais perigosa, por sua *difusibilidade*, é a que se realiza por meio da *imprensa*. Nem por isso, entretanto, é a mais severamente punida, pois que o legislador tem de contrabalançar, aqui, dois interesses em jogo, cada qual mais digno de tutela: o da honra individual e o da liberdade de imprensa. Entre nós, como em vários outros países, as ofensas à honra praticadas pela imprensa são objeto de legislação especial (veja-se, no “Apêndice”, a lei n.º 2.083, de 12-11-1953).

A maior severidade de punição do libelo famoso (inicialmente limitado à forma escrita) remonta ao direito romano. Segundo observa MOMMSEN, logo que a *scriptura* entrou de facilitar a publicidade, apareceu, ao lado do *carmen famosum*, já punido pela Lei das XII Tábuas, o escrito difamatório. Foi este, a princípio, considerado “fato perigoso para o Estado”, sujeito a penas mais graves que as aplicáveis ao *convitium* ou à *contumelia*, e só com o direito pretoriano é que

⁶¹ Por *lugar público* se deve entender não somente as ruas e praças públicas (*vici et plateae*), mas todo e qualquer lugar acessível a um indefinido número de pessoas, como sejam: um museu, um restaurante, uma farmácia, uma igreja, a sede de um clube, etc. Um lugar *privado* pode ser acidentalmente exposto ao público (exemplo: uma casa particular cedida para uma festa cívica), e em tal caso torna-se *lugar público*.

foi incluído entre os *delicta privata* do gênero *injuria*. Conforme se lê no Digesto, a pena cominada ao autor do libelo famoso (*si quis librum ad infamiam scripserit, composuerit, ediderit dolove modo fecerit*) era a *deportio in insulam* ou a *relegatio*, tornando-se *intestabilis ex lege* o réu condenado. Na Idade Média, a Carolina, na Alemanha, somente cuidava, em matéria de crimes contra a honra, do libelo famoso (*Schmahschrift*), sendo de notar-se que tal critério é ainda hoje o adotado na legislação inglesa (que apenas incrimina o *diffamatory libel*, deixando à mera sanção civil a difamação verbal). Os práticos, na interpretação do direito romano, discutiam em torno da configuração e disciplina do libelo famoso. A opinião prevalente, porém, era no sentido de que, para a existência de tal crime, importava que fosse anônimo e contivesse a imputação de um crime. Considerava-se o libelo difamatório uma *figura especial* do crime contra a honra, tanto assim que alguns juristas opinavam, contra a regra geral dominante a respeito da calúnia e injúria simples, que aos libelistas devia ser negada a *exceptio veritatis*.

Modernamente, o libelo famoso não é mais do que a ofensa à honra *qualificada* pelo meio empregado.

Para que se reconheça a *qualificativa*, não é necessária a prova da *efetiva divulgação*: basta que esta seja facilitada pelo meio empregado. Desde que este, por sua natureza, cria o perigo de propagação, surge a majorante. É claro que tal perigo só se apresenta quando o *meio* é realmente entregue à sua função. Não basta, por exemplo, inserir a calúnia, a difamação ou a injúria num cartaz: é preciso que êste seja colocado ou espalhado de modo que *possa* ser lido por indefinido número de pessoas. É necessária uma *exposição* acessível ao público.

A última das majorantes de crime contra a honra é a *causa lucri faciendi*, isto é, a circunstância de ter sido praticado mediante mandato remunerado. Trata-se de uma circunstância que, de agravante *genérica* (art. 45, n.º IV), passa, aqui, a ser *qualificativa*. Dispõe o parág. único do art. 141:

“Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro”. Como se vê, não somente o prévio recebimento da paga, senão também a simples “promessa de recompensa” constitui a majorante. A paga feita ou a prometida recompensa tanto pode consistir em dinheiro como em qualquer vantagem econômica, e à pena duplicada fica sujeito não só o executor mercenário, como também o mandante.

141. **Exclusão de pena.** A rubrica lateral correspondente ao art. 142 seria mais fiel se, ao invés de “exclusão do crime”, dissesse “exclusão de pena”. Segundo está expresso no texto desse artigo, o que se dá nos casos por ele enumerados não é a exclusão da ilicitude objetiva, mas da punibilidade. Trata-se de hipóteses de excepcional imunidade penal por presunção, ora *juris et de jure*, ora somente *juris*, de ausência de dolo. Tal presunção atende, aqui, a motivos de ordem política, e não ao intuito de reconhecer um *jus diffamandi vel injuriandi*, que redundaria num despropósito.

Dispõe o art. 142:

“Não constitui injúria ou difamação punível:

“I — a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

“II — a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

“III — o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício.

“Parágrafo único. Nos casos dos ns. I e II, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade”.

Vê-se, antes de tudo, que a imunidade só diz respeito à injúria e à difamação, não se estendendo à calúnia. Desde que a imputação se refere a fato criminoso, não se justifica qualquer obstáculo à possibilidade de elucidação dela: entra em jogo um interesse de ordem geral, que deve predominar.

O primeiro caso de isenção de pena é a chamada *imuni-
dade judiciária*. Reclama-a a necessidade de amplitude à
defesa de direitos em juízo. Já o direito romano a reconhecia
e proclamava, embora condicionando-a à estrita *utilitas litis*
e à moderação da linguagem: “*Ante omnia autem universi
advocati ita præbeant patrocinia jurgantibus: et non ultra
quam litium poscit utilitas, in licentiam conviciandi, et ma-
ledicendi temeritatem prorumpat: agant, quod causa desi-
derat: temperent se ab injuria*” (Cód., II, 6, 6, § 1.º).

O mesmo critério de prudente licença passou ao direito
intermédio. Dizia Bossio, entre outros: “*Advocatus posse
objicere convitia in alteram partem, quantum poscit utilitas
causæ*”.

Modernamente, entretanto, reconhecida a impossibili-
dade de fixar um critério apriorístico e objetivo na aferição
da *utilitas litis* e devendo ser tolerada a natural viveza da
discussão judiciária, a indenidade penal deixou de sofrer res-
trição a tal respeito. Nem há recear abusos, desde que ao juiz
não é retirada a faculdade de coibi-los. Se o *animus desen-
dendi* (intenção de defender o próprio direito) exclui o *ani-
mus injuriandi vel diffamandi* (sendo mesmo vedada, na espé-
cie, qualquer indagação em torno do último), não fica a
autoridade judiciária inibida de exercer sua vigilância para
resguardo da própria dignidade da justiça, impedindo a troca
ou extravasão de impropérios no curso da audiência (ou da
sessão do tribunal) ou mandando que sejam riscadas nos
autos quaisquer frases injuriosas ou difamatórias evidente-
mente excessivas ou inúteis. O Regulamento da Ordem dos
Advogados do Brasil (dec. n.º 22.478, de 20 de fevereiro de
1933, com as alterações feitas pelos decs. ns. 24.185, de 30
de abril de 1934, e 24.621, de 9 de julho de 1934, e pela lei
n.º 510, de 22 de setembro de 1937) dispõe, no seu art. 30:
“Os juizes e tribunais exercerão a polícia das audiências e
correção de excessos verificados em escrito nos autos”. Três
são os limites traçados, no texto legal, à outorgada imuni-
dade em questão: a) que a ofensa seja irrogada em juízo;

b) que seja na discussão da causa; c) que o seja pela parte ou seu procurador. O favor legal não acoberta as ofensas que as partes ou seus patronos, ainda que *in ratione litis*, cometam *extra judicium*. Não distingue a lei entre *juízo* e *juízo*. Juízo comum (singular ou coletivo, cível, penal ou administrativo), de direito ou de fato, Tribunal Marítimo, auditorias ou tribunais militares, juízo arbitral, tribunais da Justiça do Trabalho, a todos eles abrange a expressão legal.

A cláusula “na discussão da causa” quer dizer que a alegação injuriosa ou difamatória deve ter um nexó lógico, ainda que remoto, com o objeto do litígio ou controvérsia. Assim, se um dos patronos, no correr da audiência, por mero ódio pessoal ou animosidade estranha ao debate da causa, chama a outro, por exemplo, “cretino”, não se eximirá à sanção penal por crime de injúria. Também não distingue a lei entre *causa* e *causa*: a imunidade existe seja qual for a espécie da causa ou forma do seu processo.

A imunidade favorece exclusivamente a *parte* (nos casos em que pode ou deva intervir *pessoalmente* no processo) ou *seu procurador*. A indicação legal é *taxativa*.

Considera-se *parte* todo aquele que *rem in judicium deducit* ou contra quem *res in judicium deducitur*. É qualquer dos sujeitos da relação processual: o autor, o réu, o chamado à autoria, o oponente, o assistente, o litisconsorte, o terceiro prejudicado que recorre, o devedor e o credor na falência, os interessados no inventário, etc.

Procurador é o que tem mandato para defender o direito ou interesse da parte em juízo. É o patrono judicial (advogado, solicitador, provisionado), não excluído, como é óbvio, o que funciona como representante da parte favorecida pela *justiça gratuita*. Estão excluídos, portanto, os que interferem no processo *ex vi legis*, no exercício de função pública ou como órgãos de prova: o juiz, os serventuários de justiça, as testemunhas, os peritos ou assistentes técnicos. Pelo que estes disserem ou escreverem, no *cumprimento de dever legal*, acoberta-os o art. 19, n.º III, ou o art. 142, n.º III,

do Código; fora daí não podem invocar imunidade alguma quanto a expressões injuriosas ou difamatórias nos autos ou em audiência. E o mesmo se deve dizer do representante do Ministério Público, salvo quando assume a posição de *autor* ou *réu* (nos demais casos não precisa êle do manto de impunidade que a lei estende aos litigantes).

O texto legal não diz que a injúria ou difamação deve ser dirigida contra a outra parte ou seu procurador, de modo que não é excluída a imunidade ainda quando o ofendido seja pessoa estranha à relação processual (exemplo: uma testemunha), posto que a ofensa tenha conexidade com o tema em discussão. Cumpre, porém, notar que as partes ou respectivos patronos não podem ofender impunemente a autoridade judiciária⁶² ou aqueles que intervêm na atividade processual em desempenho de *função pública*. Acima do interesse

⁶² A Conferência de Desembargadores, reunida no Rio (19-29-julho de 1943), aprovou por unanimidade a tese de que “a isenção de que trata o art. 142, I, do Cód. Penal, não compreende a ofensa irrogada ao juiz pelas partes, na discussão da causa”. A propósito, escrevemos alhures (*A imunidade judiciária e as ofensas ao juiz, in Rev. de Direito*, vol. 148, 1944):

“O Conselho da Ordem dos Advogados, seção do Distrito Federal, em acórdão de 10 de fevereiro último, entendeu abrangidas pelo inciso I do art. 142 do Cód. Penal as expressões injuriosas ou difamatórias que os litigantes ou advogados, na discussão da causa, enderecem ao juiz. Pela mesma cartilha rezou o Conselho da 1.^a Região da Justiça do Trabalho, em decisão: o juiz tem que engolir, sem pestanejos, passivamente, todos os impropérios e baldões com que o alvejarem os sujeitos da relação processual ou respectivos patronos. Discordamos, *data venia*, de tal opinião, que está positivamente, brincando de esconder com a *mens legis*. Segundo o texto legal, não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador, e é bem verdade que a imunidade penal não está subordinada à condição de ser a ofensa dirigida à *outra parte* ou *seu procurador*, pouco importando, assim, que o ofendido seja estranho à relação processual, posto que a ofensa se relacione com a *discussão da causa*; mas teria a lei incorrido em rematado despropósito se tivesse estendido a isenção penal às ofensas irrogadas à própria autoridade judiciária a que está afeto o

da indefinida amplitude de defesa de direitos em juízo está o respeito devido à função pública, pois, de outro modo, estaria implantada a indisciplina no foro e subvertido o próprio decôro da justiça. A *licentia conviciandi* não pode ser con-

pleito. A chamada *imunidade judiciária* tem por fim assegurar a amplitude da discussão da causa ou defesa de direitos em litígio, mas não é, nem podia ser outorgada indefinidamente: tem o seu limite intransponível na sua própria razão finalística. A locução *na discussão da causa*, contida no preceito legal, está precisamente a indicar que a indenidade penal só se refere ao que as partes ou seus procuradores alegam em torno ao objeto da controvérsia (relação jurídica em debate e provas aduzidas), tendo em vista a elucidação e convencimento do juiz. Ora, a ofensa dirigida ao juiz não pode ser jamais necessária ou útil a essa discussão. Comentando o art. 593 do Cód. Penal italiano, que contém dispositivo substancialmente idêntico ao do Código brasileiro (ao invés de falar em ofensa irrogada na *discussão da causa*, o Código Rocco alude a ofensa concernente ao *objeto da causa*), assim se exprime MANZINI, *com toda justeza* (*Trattato*, VIII, n.º 3.010): "As ofensas ao juiz da causa, consti-
"tuam ou não desacato, não podem ser jamais consideradas necessá-
"rias ou úteis à defesa e, portanto, nada tem a ver com elas o art. 598,
"não podendo justificar-se por motivos de necessidade, venham de
"quem vierem". Se a discussão da causa tende ao esclarecimento e
persuasão do juiz, seria um contra-senso admitir-se que as ofen-
sas contra este possam servir a tal objeto e estejam, por conseguinte,
a coberto de sanção penal. Insultos e desaforos não esclarecem, nem
convencem a quem os recebe. São mesmo contraproducentes, de vez
que podem acarretar a perturbação de ânimo do juiz, que não é fi-
lósofo estóico ou animal de sangue frio.

A interpretação dada pelos conselheiros da Ordem dos Advoga-
dos e da Justiça do Trabalho deixou de investigar a *ratio* do dispo-
sitivo legal, de modo que veio a pôr-se em franca antinomia com ela.

Não vale invocar o "*sagrado* direito de defesa". Acima do inte-
resse da latitude da defesa de direitos em juízo está o indeclinável
respeito devido à *função pública* do magistrado, pois, de outro modo,
estaria implantada a indisciplina no foro e subvertido o próprio de-
coro da justiça. É incontestável e meridianamente claro, que a res-
peitabilidade do juiz não pode ser sacrificada ao bate-barbas entre
os que pleiteiam perante ele. Se erra ou comete abusos há contra ele
a reclamação, os recursos processuais, o processo disciplinar ou penal;
mas é de todo intolerável que a majestade da toga seja impunemen-
te conspurcada pelos convícios e aleives inspirados, na quase tota-

cedida em detrimento da administração pública. A ofensa *verbis* ou *factis* ao magistrado ou ao serventuário, ainda que em razão da lide e na discussão dela, pode constituir até mesmo o crime de *desacato*, como quando ocorre em audiên-

lidade dos casos, no unilateralismo apaixonado ou interesseiro de litigantes e causídicos. Podem estes usar de linguagem vivaz para com o juiz (como vivaz também pode ser o estilo do juiz, não se devendo confundir serenidade com insensibilidade), mas não ofensiva de sua dignidade ou reputação).

A tutela da função judiciária sobreleva à do interesse da defesa, pois, excluída aquela, virá esta, afinal, a frustrar-se. Não pode ter êxito o direito quando impera a desordem. A exegese que estamos impugnando levaria a conclusões aberrantes. Assegurada a pretendida imunidade, ter-se-ia que, no caso de difamação contra o juiz, ainda quando atinente ao exercício de sua função, estaria eliminada a possibilidade da *exceptio veritatis* permitida no parág. único do art. 139 do Cód. Penal e, portanto, o ensejo que se apresentaria ao juiz de provar a falsidade da imputação. Não é preciso acentuar o grave detrimento que daí resultaria para o prestígio da administração da justiça. No inciso II do art. 141 é especialmente agravada a pena das ofensas à honra quando dirigidas a *funcionário público*, em razão de suas funções, e a ação penal, em tal caso, passa a ser pública, embora dependente de representação (art. 145, parág. único). Como se poderia, então, compreender que a lei, ao mesmo tempo que consagra especial ou reforçada tutela penal à *função pública*, declarasse imunes de pena os injuriadores ou difamadores de juizes, isto é, de *funcionários públicos* que, por sua natureza, devem, mais que quaisquer outros, ficar resguardados na sua dignidade ou reputação funcional?

Ainda há mais. Ninguém pode duvidar que, se a injúria ou difamação, ainda que a *pretexto* da discussão da causa, é proferida contra o juiz face a face, em audiência aberta, constitui ilícito penal (*desacato*), classificado entre os crimes *contra a administração pública*. Ora, seria verdadeiramente inexplicável que a mesma injúria ou difamação, quando escrita nos autos, ficasse inteiramente isenta de pena. Cumpre notar que a ofensa moral contra funcionário público (por escrito, ou oralmente, mas na sua ausência), *propter officium*, somente por associação de idéias está incluída entre os crimes *contra a honra*, pois, no rigor técnico, devia figurar entre os crimes *contra a administração pública*.

Em suma: as expressões injuriosas ou difamatórias dirigidas contra o juiz pela parte ou seu procurador, sejam ou não a *pretexto*

cia aberta, presente o ofendido. Se se trata de ofensa escrita, será injúria ou difamação *qualificada* (art. 141, n. II). Notadamente os juízes devem ficar resguardados dos convícios e baldões dos que pleiteiam perante eles. Se erram ou cometem abusos, sejam submetidos a processo disciplinar ou penal; mas é de todo intolerável que a majestade da toga seja conspurcada pelas diatribes inspiradas, na quase totalidade dos casos, pelo unilateralismo interesseiro de litigantes e advogados. Podem estes usar de linguagem vivaz para com o juiz,⁶³ mas não ofensiva de sua dignidade ou reputação.

Se não gozam da imunidade penal nem mesmo os *funcionários* que interferem no processo, muito menos poderão invocá-la terceiros que se aproveitem da demanda para injuriar um dos litigantes. Como diz GASCA (ob. cit., pág. 257), "*un terzo estraneo alla lite non potrebbè trarne pretesto per scrivere diffamazioni contro una delle parti*". CAMPOS MAIA figura o caso de um litigante que junta aos autos uma carta

⁶³ Também vivaz pode ser o estilo do juiz, que não está adstrito à insensibilidade dos animais de sangue frio. Já dizia VÖET: "*Magistratus, si quid adversus invereconde postulandi verbis reprehenderit acrioribus non laedendi proposito, sed jure licito ac jure honoris sui id fecisse praesumi debet*". E repetia CHASSAN: "Palavras severas, mesmo duras, ditas por um magistrado no exercício de suas funções, não podem ser facilmente consideradas crime. Presumem-se ditas pela necessidade de fazer respeitar a dignidade e os direitos do cargo, antes que por má intenção, tanto mais quanto se as palavras foram provocadas por uma petição feita com irreverência".

de discussão da causa, quando não constituam o crime de desacato (art. 331 do Cód. Penal), são formas *qualificadas* de injúria ou difamação (art. 141, n.º II). O juiz ofendido pode, a seu arbitrio, escolher entre a medida autorizada pelo art. 30 do Regulamento da Ordem dos Advogados e o processo penal, mediante representação no juízo comum (abstraido o art. 28 do dec.-lei n.º 4.766, de 1942, que é inteiramente alheio à espécie)".

Com argumentos não convincentes, o saudoso LÚCIO BITTENCOURT, em tese defendida perante a Faculdade de Direito de Minas Gerais, defendeu ponto de vista contrário ao acima exposto.

injuriosa ao outro, escrita por terceiro, que autoriza seu uso irrestrito. A isenção penal, reconhecível no tocante à parte que juntara a carta, não se estenderia ao signatário desta.

O segundo caso de impunibilidade é o que concerne à crítica literária, artística ou científica. O escritor, o artista, o homem de ciência, quando expõe as próprias obras ao público, consente, de modo implícito, na crítica alheia, especialmente dos competentes. Nem mesmo poderia preterder o direito de esquivar-se a ela. Quem sai da retrocena e surge na ribalta, é para receber aplausos ou apupos. O desfavor da crítica é, aqui, um *risco professional*. Ainda mesmo que se manifeste em termos ásperos, sarcásticos, mordentemente irônicos, não incide na sanção penal. Ao queixume do criticado se poderá responder: “quem não quer ser lobo não lhe vista a pele”.

Há, porém, um limite à licença da censura: não pode esta resvalar do ataque objetivo à obra em si mesma para o descomedimento da injúria por amor da injúria, da difamação, por amor da difamação. É o que se infere do preceito legal, ao retirar a imunidade “quando *inequívoca* a intenção de injuriar ou difamar”. É cláusula idêntica à que encerra o art. 193 do Código alemão, em que, aliás, muito se inspirou o art. 142 do nosso Código.⁶⁴ Tolera-se a crítica, ainda que ferina; mas *est modus in rebus*. O *pravus animus* de atassalhar a honra alheia não pode afivelar a máscara da liberdade de crítica. A presunção de ausência de dolo cede, aqui, à evidência em contrário. Se digo, por exemplo, a propósito de um livro, que é um “atestado de ignorância” do

⁶⁴ É o seguinte o dispositivo do Código alemão: “A crítica de obras sobre ciência, arte ou indústria, as alegações a bem da efetividade ou defesa de direitos ou de legítimos interesses, bem como as observações e advertências dos superiores para com os seus subordinados, as denúncias oficiais ou pareceres oficialmente emitidos por funcionários e outros atos análogos somente serão puníveis, quando a existência da injúria resultar da forma de tais atos ou das circunstâncias em que ocorrerem”.

seu autor, não incorro na sanção penal; mas já não será assim se afirmo que o livro revela um "miserer plagiário". Neste último caso, a intenção do vilipêndio é manifesta. Eis a clássica lição de SEMMOLA: "*Nella discussione serena della scienza o dell'arte, per quanto essa possa assumere tono alto e violento, l'integrità morale non può venirne lesa nè la qualifica d'ignorante data all'avversario è una ingiuria, ma è non di rado la conseguenza logica di una critica intorno all'opera di uno scrittore. Così chi dicesse d'un pittore essere un volgare imbratattore di tele senza gusto, senza scuola, con concetti artistici falsi, non farebbe che tenersi nei limiti consentiti alla critica. Nè potrà venir menomata la reputazione d'artista o di scrittore; ma questa è la conseguenza dell'esporsi al giudizio del pubblico; però l'integrità dell'uomo è salva, nè sifatta discussione l'agredisce per nulla. Ma se invece se esca di questi concetti e si passi ad attacar l'uomo nella sua vita intima, nelle sue relazioni sociali, nel suo esser morale; allora non s'ha più la discussione scientifica o artistica, non si esercita più al diritto della critica, ma si trasceude all'ingiuria e alla diffamazione*" (ob. cit., pág. 106).

O derradeiro caso de imunidade penal é o atinente ao conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação formulada ou informação prestada no cumprimento de dever funcional. O precedente legislativo, na espécie, é o inciso n.º III do art. 142 do decreto-lei n.º 1.512, de 16 de agosto de 1939 (que ampliou aos funcionários públicos o disposto no art. 323 da Consolidação das Leis Penais, relativo à imunidade judiciária).

O cumprimento do dever legal exige do funcionário, nos seus relatos, opiniões ou informes de caráter oficial, a máxima franqueza e fidelidade. Se lhe fosse tolhida a liberdade ou sinceridade das comunicações, observações ou pareceres a que está obrigado por específico dever do cargo, estaria seriamente prejudicado o interesse da administração pública. É possível que o funcionário se exceda, permitindo-se detrações inúteis contra outrem; mas, como a ameaça de pena em

tal caso poderia provocar a sua intimidação e reticência em todos os casos, a outorga da imunidade penal é irrestrita. No parág. único do art. 142, é feita uma importante ressalva: quer no caso do inciso I desse artigo (imunidade judiciária), quer no do inciso n.º III, que viemos de comentar, “responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade”. A difamação ou injúria só é tolerada no bojo dos autos, no debate em audiência ou sessão de tribunal, ou no limitado âmbito do expediente das repartições oficiais. Cumpre advertir, porém, que não vale a ressalva, se se trata de publicação obrigatória no “jornal oficial”, ou em edital, isto é, de publicação que decorra *ex vi legis* e, portanto, acobertada pelo art. 19, n.º III, do Código.

A atual Lei de Imprensa (art. 15, letra f) declara que *não constitui abuso de liberdade de imprensa* “a publicação de articulados, cotas ou alegações produzidas em juízo, salvo se contiverem injúria ou calúnia”. Esta cláusula final, ou é ociosa ou quer significar que, no caso de *difamação*, prevalecerá a imunidade. O legislador de 53 não devia ter reproduzido a ressalva que, supervacaneamente, fazia o inciso III do art. 25 da anterior Lei de Imprensa, mas, a fazê-lo, devia ter-se lembrado de que, entre os crimes contra a honra, passou a figurar, além da calúnia e da injúria, a difamação, e não havia motivo para que esta não fosse excluída à imunidade.

É escusado dizer que o autor da publicidade não fica irremissivelmente sujeito à condenação: também aqui, como observa VON LISZT (*Das Reichs-Pressrecht*, pág. 162), é permitida a indagação, não somente em torno do elemento objetivo, senão também do elemento subjetivo do crime (“*Strafe tritt also auch hier nur dann, aber auch immer dann ein, wenn der reproduzierende Artikel den Tatbestand einer strafbaren Handlung nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite in sich schliesst*”), segundo os princípios gerais.

142. Retratação. Declara o art. 143. “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou

da difamação, fica isento de pena”. Trata-se de uma causa extintiva de punibilidade (art. 108, n.º VIII). Não é eliminado o crime (*factum infectum fieri nequit*), mas, por motivo de oportunidade, antes que de ordem lógico-jurídica, cessa a punibilidade, dá-se um rompimento do binômio crime-pena, ou, seja, na expressão de CARNELLUTTI, o nexó jurídico entre o crime e a pena. A *retratação* é uma espécie de *arrependimento eficaz* (art. 13) que se opera após o *eventus sceleris*. Não é pacífico em doutrina o efeito extintivo da punibilidade atribuído à retratação. Chega-se a sustentar que esta não deve ser considerada, sequer, como atenuante. É invocada, em favor de tal critério, a velha lição de JULIUS CLARUS, de que *poenitentia post delictum commissum non excusat*, e argumenta-se que, entre a prática da ofensa e a *revocatio*, a honra da pessoa ofendida fica sob vexatória suspeita, acrescentando que nem todos os que tiveram conhecimento da ofensa vêm a ter notícia da retratação. Outra corrente de opinião propugna, na espécie, uma simples atenuação da pena. É este o critério adotado pelo Código suíço (arts. 173, n.º 3, e 174, n.º 3), e ainda assim deixada a atenuação ao arbítrio do juiz. Preferiu o nosso Código, entretanto, o critério da extinção radical da punibilidade. É a solução já defendida por FARINÁCIO: *escapa à actio injuriarum “qui post illatam injuriam, juxta terminos illam revocat et retractat, poenitentia ductus”*. A relevantes razões atende esse último critério. A retratação revela, da parte do agente, o propósito de reparar o mal praticado, o intuito de dar uma satisfação cabal ao ofendido, a boa-fé com que os homens de bem reconhecem os próprios erros, o arrependimento de um ato decorrente de momentânea irreflexão. Do ponto de vista objetivo, é força reconhecer que o dano, se não é de todo apagado, é grandemente reduzido. A retratação é mesmo mais útil ao ofendido do que a própria condenação penal do ofensor, pois esta, perante a opinião geral, não possui tanto valor quanto a confissão feita pelo agente, *coram iudice*, de que mentiu. Andou bem, portanto, o nosso

legislador de 40 quando, a exemplo, aliás, do que dispunha o art. 22 da anterior Lei de Imprensa (seguida, neste particular, pela atual), atribuiu à retratação o efeito elisivo da punibilidade.

Como se vê do texto legal, a retratação só é admissível tratando-se de *calúnia* ou de *difamação*. Na *injúria* (dada a fórmula conceitual de sua incriminação pelo Código), não há menção de fatos cuja falsidade possa ser reconhecida pelo agente, em reparação do prejuízo à boa fama do ofendido.

Para ser *condição restritiva* da pena, a retratação tem de ser *cabal*, isto é, importar, de modo irrestrito ou incondicional, a *revocatio* da ofensa. Cumpre igualmente que ela preceda à *sentença* de primeira instância na ação penal. Ainda que tal sentença não haja passado em julgado, a retratação posterior é, de todo, ineficaz. O efeito extintivo atribuído à retratação não se comunica aos co-partícipes, pois a ofensa, não obstante a *revocatio* de um dos agentes, persiste, *a parte subjecti* e a *parte objecti*, em relação aos demais.

143. Ofensas equívocas. A ofensa pode ser equívoca (não manifesta, encoberta, ambígua), quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto ao seu destinatário. É o que ocorre quando há o emprego de palavras de duplo sentido, frases vagas ou reticentes, alusões veladas ou imprecisas, referências dissimuladas, antífrases irônicas, circunlóquios ou rodeios de camuflagem. Há vocábulos que, dispondo de dois sentidos ou de um sentido próprio e outro figurado cu *popular*, podem ser *inocentes* e podem ser *ofensivos*. Assim *dentre* muitos outros, os termos “despejado” (= *intrépido* ou *descarado*) e “safado” (= *gasto* ou *desavergonhado*). Se se trata de escritos, e o termo anfibológico vem *grifado*, é de inferir-se, *prima facie*, o seu emprego no sentido pejorativo; mas, via de regra, é tão hábil o modo com que é inserido na frase, que dificilmente se consegue dirimir a dúvida em torno ao verdadeiro *animus* do agente. Tanto quanto as palavras

de *double sens*, podem acarretar dubiedade os demais *dis-farces* acima exemplificados. Figuremos as seguintes frases: “Fulano é tão asseado que vai usar luvas para não sujar as mãos com a poeira das coisas alheias”; “A senhorita X sabe entreter um *flirt* e outras coisinhas mais”; “A senhora Y é honestíssima; que o digam os filhos da Candinha”; “O autor do desfalque nos cofres do Clube Z está entre os membros da diretoria”; “A senhora B, ao que se diz, não tem prudência e cai facilmente”; “Na família de Fulano, o celibato é sistema que quase sempre passa de pai a filho”; “Saiba Fulano que, ao contrário de muita gente que conheço, nunca andei subtraindo o alheio”.

Em tais casos de *equivocidade*, a lei permite à pessoa que se julga ofendida pedir sejam dadas explicações *em juízo*. É o que dispõe o art. 144: “Se, de referências, alusões ou frases, se infere a calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa”.

O dispositivo deita raízes no Cód. Criminal de 1830, cujo art. 240 assim rezava: “Quando a calúnia ou injúria forem equívocas, poderá o ofendido pedir explicações em juízo, ou fora dêle. O que em juízo se recusa a estas explicações, ficará sujeito às penas da calúnia, ou injúria, a que o equívoco der lugar”. O Código de 1890 omitia o pedido extrajudicial de explicações e referia-se à hipótese de recusa de explicações e de não serem estas dadas satisfatoriamente, a *juízo do ofendido*.⁶⁵ A anterior Lei de Imprensa, no seu art. 17,

⁶⁵ O Código de 90 inspirou-se nos Códigos português e espanhol. Dispõe o primeiro (art. 418): “Será isento de pena aquele que em juízo der explicação satisfatória da difamação ou injúria de que for acusado, se o ofendido aceitar essa satisfação”; e estatui o segundo (art. 458): “El acusado de calumnia o injuria encubierta o equivoca que rehusare dar en juicio explicación satisfactoria acerca de ella, será castigado como reo de calumnia o injuria manifiesta”.

§§ 1.º e 2.º, adotava critério idêntico e foi imitada pela atual (art. 11, parág. único) (veja-se *Apêndice*). O Projeto SÁ PEREIRA (art. 220) suprimia a cláusula “a juízo do ofendido” e o Projeto ALCÂNTARA a restabelecia (art. 326). O Código, inovando no direito pátrio, modificou inteiramente a dita cláusula: ao invés de “a juízo do *ofendido*”, preferiu dizer “a critério do *juiz*”. É incontestável o acerto da nova fórmula. Inútil seria o pedido de explicações, no caso em que o acusado as preste, se ficasse ao puro arbítrio do ofendido (cujo ressentimento o inibe de apreciação imparcial) julgá-las não satisfatórias. Exclusivamente ao juiz que tiver de despachar a ulterior petição de queixa (instruída com os autos do pedido de explicações) é que deve incumbir o pronunciamento a respeito: se entende que as explicações não satisfazem, receberá a queixa; caso contrário, rejeita-la-á *in limine*, evitando um processo inútil. E nessa apreciação deve o juiz ter em mente o velho ensinamento de DE ANGELIS: “*Hoc precipue advertam esse verum, quod quando verba possunt importare injuriam, et non injuriam, accipiendum est in mitiorem partem, ita ut minime injuriam importent, ex eo, quia semper in dubiis est facienda interpretatio, ut excludatur delictum, et attendendum, quod reo prodest, non vero quod nocet*”.

O Cód. de Proc. Penal não regulou especialmente o pedido de explicações (como faz a Lei de Imprensa), de modo que o seu processo deve obedecer ao das notificações avulsas: deferindo a petição, o juiz marcará dia e hora para o comparecimento do suplicado e, tomadas as suas declarações ou certificada a sua recusa a prestá-las, os autos serão entregues ao suplicante, independentemente de traslado, abstendo-se o juiz de qualquer apreciação de *meritis* das explicações acaso prestadas, pois, do contrário, estaria prejudicando o recabi-

O Código argentino, no caso de recusa de explicações satisfatórias, manda aplicar, injustificadamente, a metade da pena correspondente à calúnia ou injúria manifesta.

mento ou rejeição preliminar da queixa ulterior (caso o ofendido entenda de oferecê-la, inconformado com as explicações dadas). O pedido de explicações é *preparatório*, e não excluyente do oferecimento da queixa.

144. Ação penal. Segundo critério tradicional e generalizado, a ação penal, no tocante aos crimes contra a honra, é privativa do ofendido. Compreende-se que ao livre alvedrio do sujeito passivo deva ficar, na espécie, o apelo à justiça criminal, pois, muitas vezes, será preferível, para sua própria tranqüilidade, a esquivança ao *streptitus iudicii*, a indiferença em face dos botes viperinos. Em certos casos, a ofensa é como imundice do gato: quanto mais revolvida, mais fétida. E se o ofendido revela desinteresse pela punição do ofensor, não pode a sociedade ressentir-se de um fato que, pelo menos aparentemente, resultou inofensivo.

Três, entretanto, são as exceções à regra geral (art. 145 *in fine*, e seu parág. único): a) quando, de ofensa real (artigo 140, § 2.º) resulta *lesão corporal*; b) quando o ofendido é o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro; c) quando o ofendido é funcionário público, e a ofensa o atinge *propter officium*. Em tais casos, a ação torna-se pública, embora dependendo no caso *sub "b"*, de *requisição do Ministro da Justiça* e, no último caso, de *representação do ofendido*. No caso *sub "a"*, há um interesse irrenunciável (qual seja o da integridade física) e, por isso mesmo, tutelável independentemente da vontade do seu titular. Nos demais casos, há relevantes interesses de ordem pública a ser protegidos: a indeclinável reverência devida ao supremo magistrado da Nação, as boas relações internacionais ou o prestígio da administração do Estado. Na hipótese *sub "b"*, é um critério de prudência e de oportunidade política que aconselha não seja a ação penal deixada à discricionária iniciativa do Ministério Público, devendo ficar subordinada à *requisição do Ministro da Justiça*, pois este é que está em condições

de aquilatar, segundo as circunstâncias, se é ou não conveniente o *strepitus fori* em matéria tão delicada.

Cumprе advertir que no caso *sub* “a” a ação pública só diz respeito ao crime de *lesão corporal*, destacada da injúria moral. A pena correspondente a esta (detenção, de três meses a um ano, e multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 3.000,00) só poderá ser aplicada, se o ofendido oferecer queixa.

Cumprе ainda chamar a atenção para o disposto no Cód. de Proc. Penal, relativamente à tentativa de *reconciliação preliminar* no processo por crimes contra a honra (o Código processual omite referência à *difamação*, mas é inquestionável a aplicação, no caso, do que estatui o seu art. 3.º). Os arts. 520 e 522 do referido Código tiveram por fonte imediata os arts. 591 e 592 do “Código de Procedimiento en lo Criminal” da Argentina; mas o ensejo à reconciliação das partes remonta a uma lei complementar do antigo Código da Prússia, que determinava uma prévia “tentativa de composição” perante árbitros. Eis os dispositivos da lei processual: “Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo. Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença. Art. 522. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo de desistência, a queixa será arquivada”.

145. Decadência do direito de queixa ou de representação. Dispositivo comum aos crimes contra a honra é, também, o que se contém no art. 105 do Código: “Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou representação, se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime...”. Embora a prescrição, extintiva da punibilidade, se regule pelas normas gerais (arts. 109 e 110),

o ofendido terá, sob pena de *decadência*, de oferecer a queixa ou representação (quando for o caso desta) no prazo fatal (não sujeito a interrupção ou suspensão) estabelecido no artigo acima transcrito. A punibilidade está, aqui, subordinada a um prazo improrrogável de processabilidade. É o que acontece, em geral, nos crimes pelos quais se procede mediante queixa ou representação. Diz-se, em tais casos, que a queixa ou a representação funcionam como *condições de punibilidade*. Se o titular do direito de queixa, nos crimes de ação privada, não enceta o seu exercício no termo legal, extingue-se a punibilidade do crime, independentemente do prazo maior da prescrição. Também a omissão da representação, nos casos em que desta depende a ação pública, faz cessar a punibilidade, se esgotado *in albis* o prazo para o preenchimento dessa formalidade. Ainda mais: nos crimes de ação privada, se o ofendido, já oferecida a queixa, deixa paralisada a atividade processual durante certo tempo, ou deixa de comparecer a certos termos processuais, também se extingue a punibilidade (arts. 60 do Cód. de Proc. Penal e 108, IV, do Cód. Penal). Quando resulta impedida a propositura da ação penal, fala-se em *decadência*; quando impedida a continuação do curso da ação penal, fala-se em *perempção*. Se a decadência pode ocorrer tanto em relação à queixa (condição de punibilidade dos crimes de ação privada) quanto em relação à representação (condição de punibilidade de certos crimes de ação pública), a perempção somente pode verificar-se no curso da ação *privada*.

CAPÍTULO VI

Dos crimes contra a liberdade individual

COMENTARIO

146. **Generalidades.**⁶⁶ O direito penal moderno identifica um grupo especial de crimes contra a *liberdade individual*, considerada esta como bem ou interesse jurídico me-

⁶⁶ *Bibliografia:* SEBASTIÁN SOLER, *Ley, historia y libertad*, 1943; JELLINEK (GEORGE), *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905, e *L'Etat et son droit*, trad. franc. de FARDIS, 1911; AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 1868; Kelsen (HANS), *Teoria general del Estado*, trad. esp. de LACAMBRA, 1934; CARRÉ DE MALBERG, *Teoria general del Estado*, trad. esp. de DEPRETE, 1948; CATHREIN (VÍTOR), *Moralphilosophie*, 1899; MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 1928; SAMPAY, *La crise del Estado de derecho liberal-burgués*, 1942; SAHPAIO DÓRIA, *Os direitos do homem*, 1942; MONTESQUIEU, *L'Esprit des Lois*, ed. Genève, 1771; HOCKING, *The present status of the philosophy of Law and of Rights*, 1926; TOCQUEVILLE, *Autorität und Freiheit*, ed. alemã, Rascher & Cia., 1935; WILLOUGHBY, *On the Constitution of the United States*, 1929; COOLEY, *The general principles of Constitutional Law*, 1898; BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, 1927; LE FUR (LOUIS), *Les grands problèmes du droit*, 1937; BENDA (JULIEN), *La grande épreuve des démocraties*, 1942; JHERING (RUDOLF), *Der Zweck im Rechte*, 1884; BRASIELLO, *Libertà, in Nuovo Digesto Italiano*; PERATONER, *Dei delitti contro la libertà individuale*, 1891; NEGRI (AMBROGIO), *Delitti contro la libertà, in Trattato*, de COGLIOLO, II, parte I, 1888; NOSEDA (ENEAS), *Dei delitti contro la libertà, in Enciclopedia*, de PESSINA, VI, 1909; FLORIAN, *Delitti contro la libertà individuale*, 1936; MANZINI, *Trattato VIII*, 1937; ROSENFELD, *Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, in Vergleichende Darstellung, bes. Teil, V*; BURDEAU, *Traité de science politique*, 1949.

recedor, por si mesmo, da reforçada tutela penal. Trata-se de crimes que se exaurem com a só lesão desse bem ou interesse penalmente protegido.⁶⁷ No direito romano e no direito intermédio, já eram incriminados vários fatos hoje considerados como lesivos da liberdade individual (o "*crimen vis*", o "*in domo introire*", o "*carcer privatus*", o "*plagium*", etc.), mas sem que lhes fosse acentuado esse efeito como *ratio* legitimadora da incriminação. A concepção da liberdade individual como autônomo interesse penalmente tutelável teve a sua pré-história com os filósofos do direito natural e deparou decisivo apoio e incremento nas "declarações dos direitos do homem", formuladas pelos nascentes Estados da União Norte-americana e pela Revolução Francesa; mas foi na Alemanha que, sob o influxo de GROLMANN, FEUERBACH e, principalmente, de TITTMANN, teve elaboração científica a idéia de uma categoria especial de crimes contra a *liberdade individual*, da qual se dizia, então, que era um *direito natural* do homem, preexistente à lei do Estado. Este conceito, entretanto, foi desacreditado pela atual teoria do direito e do Estado. O que a lei penal protege não é o pretense *direito natural* à liberdade, ou, seja, a faculdade (*rectius*: possibilidade) natural ao homem de dizer o que quer ou deixar de fazer o que não quer; mas, sim, a *liberdade jurídica*, isto é, a faculdade de exercer a própria vontade, sem entraves, na órbita da atividade livre que o Estado assegura ao indivíduo. O direito penal, aqui, é meramente *sancionatório* do direito constitucional, no sentido de que se limita a prestar a sua enérgica tutela à esfera de desimpedida atuação que este reserva aos indivíduos *uti singuli*. Mais ou me-

⁶⁷ Os crimes contra a liberdade individual têm caráter eminentemente *subsidiário* ou *suplementar*: somente devem ser reconhecidos como tais quando não sejam *meio* ou *elemento* de outro crime (como acontece no roubo, extorsão, estupro, resistência, esbulho possessório, rapto, etc.); caso contrário, o *crime-fim* é que prevalece, ainda que menos severamente punido.

nos ampla, a liberdade jurídica tanto existe sob os governos democrático-liberais, quanto sob os governos autoritários. Mesmo no regime marxista, em que o indivíduo é reduzido à expressão mais simples, não deixa de existir essa liberdade *sub specie juris*, embora estreitamente delimitada pelas leis institucionais de tal forma de governo. A liberdade jurídica não diverge de um regime político para outro, senão do ponto de vista *quantitativo*. No Estado liberal, tem a extensão, digamos, de uma légua bem medida; enquanto no Estado autoritário, não passa de palmo e meio. Num, a liberdade é dinheiro de pródigo; noutra, é dinheiro de avarento; mas, tal como o dinheiro, a liberdade jurídica é *qualitativamente* a mesma, quer dada às mancheias, quer com parcimônia. Eis a irrefutável lição de SEBASTIAN SOLER (ob. cit., pág. 231): “...deve-se reconhecer e declarar que constitui um erro a pretensão de diversificar o Estado liberal e democrático de qualquer outra forma política possível, com o fundamento de que, naquele, a liberdade é naturalmente reconhecida e incorporada em suas normas como um dado real. Não é possível encontrar diferenças formais desse tipo. A liberdade natural se acha tão fora das normas de um Estado fascista como das de um Estado liberal. As únicas diferenças possíveis deverão ser de *conteúdo*, e terão de achar-se dentro de um sistema de conceitos enfeixados nas normas”. E o mesmo autor acrescenta: “É preciso reafirmar a idéia de que a liberdade natural não entre de roldão dentro do sistema jurídico, senão que deve assumir a forma de um bem jurídico, e que nisto não se diferencia dos demais bens jurídicos, a não ser, unicamente, por sua hierarquia”.

Não cabe, aqui a sovada e insolúvel controvérsia sobre os limites entre liberdade e autoridade. Cumpre-nos apenas acentuar que a objetividade jurídica dos crimes de que ora vamos tratar não é a liberdade *in abstracto* ou preexistente ao direito, mas a liberdade sob o prisma da realidade jurídica, isto é, a esfera individual isenta do *imperium* estatal,

ou em que os fins estritamente individuais, como diz JELLI-NECK, encontram satisfação na livre atividade consentida pelo Estado ao indivíduo. É a liberdade que MONTESQUIEU conceituava como “*le droit de faire tout ce que les lois permettent*”, e BLUNTSCHLI definia como “*faculdade de exercer a própria vontade nos limites do direito*”. É a manifestação da atividade individual não coibida pelo direito positivo. É o poder jurídico do indivíduo de dispor da própria pessoa e determinar-se ou agir segundo a própria vontade, para os fins da própria vida individual, sem outros limites que os traçados pelo direito objetivo. O que a lei penal protege, sob o nome de liberdade individual, é o interesse de isenção de entraves à afirmação da personalidade humana no ambiente social — interesse que, dentro das fronteiras da ordem jurídica, compete a cada indivíduo em face dos outros indivíduos e dos órgãos do Estado.

Sob o ponto de vista jurídico, o *limite* é inseparável do conceito de liberdade. Não pertence esta, como diz BRASILELLO, a um só indivíduo ou a um grupo de indivíduos, mas a todos os indivíduos. A liberdade de cada um tem de coexistir e conciliar-se com a liberdade dos outros. Daí, a necessidade de uma primeira limitação. Em seguida, admitido o Estado, surgem novos limites, desde que o poder público é titular de direitos, e o Estado deve estar em condições de preencher sua finalidade, que é a proteção dos cidadãos, a promoção do bem geral e a manutenção da ordem jurídica. As Constituições, ao consagrarem as *liberdades* do cidadão, referem-se, no mesmo passo, aos respectivos limites, para entrosá-las, assim, no sistema jurídico, que é medida e proporção. As manifestações da liberdade não podem destinar-se à consecução de fins aberrantes ou colidentes com os da ordem jurídica.

Assim, a nossa Constituição de 46, à proporção que vai enumerando os “direitos e garantias individuais”, cuida, aqui e ali, de lhes traçar os limites, no sentido de sua compatibilidade com a ordem jurídico-social.

O Cód. Penal de 40 não atribui aos crimes contra a liberdade individual, como fazia o Código revogado, um *título* autônomo: contempla-os num *capítulo* do título referente aos “crimes contra a pessoa”. Não o inspirou, certamente, o raciocínio com que Rocco (ALFREDO) justificou a adoção de idêntico critério no atual Código italiano. Dizia o então *Guardasigili*, na sua *Relazione*: “*In definitiva, la legge penale tutela non la libertà como tale, in sè, o per sè ma la persona in quel complesso di manifestazioni che più direttamente attengono alla libertà individuale... Il ricercare se la libertà sia un diritto naturale, una prerogativa connaturale all'uomo, come affermò ZANARDELLI, ovvero una creazione politica riferibile alle garantigie statutarie, può presentare un alto interesse speculativo e scientifico, ma nessuna delle soluzioni giustifica l'autonomia di un titolo di delitti contro la libertà che non è, di per sè, un bene o interesse giuridico penalmente tutelabile... Se, dunque, il contenuto dell'idea astratta di libertà è suscettibile di variazioni, a seconda dei vari momenti storici, e della stessa concezione fondamentale dello Stato, ciò è novella riprova della inidoneità di tale idea ad essere assunta come criterio di classificazione dei reati e della opportunità di aver riguardo, invece, alle manifestazioni concrete della libertà medesima, le quali poi si riassumono tutte nel concetto di libertà individuale*”. Ora, se a liberdade individual é reconhecida pelo Estado como uma *condição* ou *meio* socialmente útil, não se pode compreender por que não mereça, em si e por si mesma, a tutela jurídico-penal. Improcede igualmente dizer que não é razoável adotar-se como critério orientador de classificação de crimes uma noção variável com o tempo e a própria concepção do Estado. Como já dissemos acima, não se trata, aqui, de liberdade *in abstracto*, mas de liberdade *jurídica*, cuja essência não é mutável, senão a sua *medida*: com maior ou menor extensão, ela sempre existiu e há de existir em todos os tempos e sob qualquer regime político. O Estado mais autoritário concede sempre um certo *quantum* de liberdade ao indivíduo, e tem-se

de identificar aí um *direito subjetivo individual*, a merecer como tal, em si e por si mesmo, a proteção penal, não só perante os outros indivíduos, como perante os órgãos do Estado. O que levou o nosso legislador de 40 a considerar os crimes contra a liberdade como uma subclasse dos “crimes contra a pessoa” foi a mesma razão que o induziu a tratar de igual modo os crimes contra a *vida*, a *integridade física* e a *honra*: tal como estas, a liberdade é um bem jurídico *personalíssimo* (*höchstpersönliches Rechtsgut*). Disse justamente o Ministro CAMPOS, na sua *Exposição de motivos*: “Não há razão para que continuem em setores autônomos “os crimes contra a honra e os crimes contra a liberdade “individual (que a lei atual denomina “crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”): seu verdadeiro lugar é entre os crimes contra a pessoa, de que constituem subclasses. A *honra* e a *liberdade* são *interesses ou bens jurídicos inerentes à pessoa*, tanto quanto o direito “à vida ou à integridade física”. Impunha-se o critério de reunir num só e mesmo título os crimes que afetam mais *intimamente* a pessoa.

Ainda em divergência com o Código de 90, o atual não contempla entre os crimes em questão os dirigidos contra o *livre exercício dos direitos políticos*, contra o *livre exercício dos cultos* e contra a *liberdade do trabalho*. Os crimes ofensivos da chamada *liberdade política* ficarão melhor colocados no setor dos *crimes políticos* (contra a ordem política), que entre nós constitui objeto de legislação especial. Ao resguardar o *status activae civitatis*, a lei penal protege a vontade e o interesse do indivíduo, não como emanações de sua personalidade, mas como elementos integrantes do interesse público e da vontade do Estado. Na vigência do antigo Código dizíamos nós (*Direito Penal*, I pág. 289): “Entre os *direitos individuais* merecedores de sua especial “proteção, o nosso estatuto penal concede primazia ao que “ele chama *direitos políticos*, no plural, mas que, entretanto, reduz a uma só das expressões do *status activae civita-*

“*tis*, na qual, aliás, ao invés de um direito propriamente dito, “seria menos inexato identificar-se uma *função pública*: a “participação do cidadão, por meio do voto político ou eleitoral, na vida ou atividade constitucional do Estado. Compreende-se que com a teoria individualista, impregnada de “ROUSSEAU, a afirmar que o indivíduo é o fim do Estado, o “sufrágio eleitoral entrasse de figurar entre os *direitos subjetivos individuais*; mas, abstraído o exagero romântico “e *suranné* do individualismo, é força convir que a colaboração do indivíduo na atividade estatal, quer pelo sistema “eleitoral, quer pelo sistema plebiscitário ou do *referendum* “popular (que BANDEIRA DE MELO, na sua monografia O “*referendum*” *legislativo popular*, aconselha que se adote entre “nós como “*the gun behind the door* para os casos de emergência”), representa, em última análise, antes que um direito individual, uma *função orgânica* do próprio Estado. “Se é lição banal que se não deve confundir *direito político* “com *função pública*, ainda que de caráter político, por isso “que, nesta, o titular age por um fim que está fora dele, enquanto, naquele, quem o exerce é determinado *prevalentemente*, pelo seu interesse próprio, não há como rotular de “*direito político* a função eleitoral, cujo exercício atende primordialmente ao interesse geral, afastando o indivíduo de “sua atividade peculiar, para gravitar na esfera própria do “Estado. O eleitor atua em nome e por conta do Estado. A “manifestação de sua vontade não é mais afinal, que a expressão da vontade do Estado. A locução *direito eleitoral*, apesar de usual, é inadequada. E sobe de ponto essa “impropriedade quando vem a ser declarado obrigatório, “como acontece atualmente em nosso país, o voto eleitoral. . . “Verdade é que ao cidadão há de sempre ficar, necessariamente, a faculdade de *livre* escolha dos candidatos aos cargos eletivos; mas, não se pode perder de vista que esta faculdade não é concedida ao indivíduo *por si mesmo*, mas “como e enquanto órgão e instrumento do Estado, dentro “do sistema democrático indireto ou representativo. . . A tu-

“tela penal, na espécie, é estatuída, primacialmente, no interesse das instituições representativas, o que vale dizer no sentido da segurança de atuação do Estado segundo o regime democrático indireto, cujo êxito está conceitualmente subordinado ao voto popular na seleção da *elite* ou dos *right men* a que devem ser confiadas a elaboração das leis e a suprema gestão da coisa pública. Os *crimes eleitorais*, exatamente apreciados, são, conseqüentemente, crimes *contra o Estado*, ou *contra a ordem política*, para usar-se a expressão da Lei de Segurança Nacional. É de notar-se, aliás, que o Supremo Tribunal Federal sempre declarou, irrestritamente, de natureza política: os crimes em questão, e isto não obstante o silêncio dos dispositivos legais que enumeram os *crimes políticos* e, o que é mais, não obstante a lei penal classificá-los entre os que lesam *direitos* atinentes ao *indivíduo*. É um critério incensurável... Os crimes eleitorais não atentam propriamente contra o indivíduo, mas, antes, contra o Estado nas suas funções próprias e são, portanto, objetivamente *políticos*. Não há dizer, como se tem pretendido, que eles sejam *indiretamente políticos*: trata-se, ao revés, de crimes políticos autênticos, próprios, típicos”. *

Quanto aos crimes contra o livre exercício dos cultos, passaram eles a figurar em título diverso, sob a rubrica de *crimes contra o sentimento religioso*, pois, conforme explica a *Exposição de motivos*, o que se deve reconhecer, aqui, como objeto de proteção penal é, verdadeiramente, e acima de tudo, a religião como um bem em si mesma.

Finalmente, quanto aos crimes que o Código anterior considerava “contra a *liberdade de trabalho*”, assim justificou a *Exposição de motivos* a sua transladação para título autônomo, com a epígrafe *crimes contra a organização do trabalhos*: “A proteção jurídica já não é concedida à *liberdade do trabalho*, propriamente, mas à *organização do tra-*

* Os *crimes eleitorais* estão atualmente previstos no *Código Eleitoral* (lei n.º 1.164, de 24-7-950), art. 175 e seus incisos.

“balho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do *bem comum de todos*. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, sejam de direito administrativo, sejam de direito penal. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto é, a transladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a referência rubrica”.

Outra diferença entre o Código ab-rogado e o atual, em matéria de crimes contra a liberdade individual, está em que o último, ao contrário do primeiro, trata dos crimes *contra a inviolabilidade da correspondência* separadamente dos crimes *contra a inviolabilidade dos segredos*. Justamente pondera o Ministro CAMPOS que “a inviolabilidade da correspondência é um interesse que reclama tutela penal independentemente dos segredos acaso confiados por esse meio”.

Os crimes contra a liberdade individual são catalogados pelo Código em quatro *seções* do cap. VI do tít. I da *parte especial*, com as seguintes rubricas:

Dos crimes contra a liberdade pessoal;

Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio;

Dos crimes contra a inviolabilidade da correspondência;

Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

SEÇÃO I

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

Constrangimento
ilegal

Art. 146. *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de desistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:*

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

Aumento de pena

§ 1.º *As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.*

§ 2.º *Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.*

§ 3.º *Não se compreendem na disposição deste artigo:*

I — a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II — a coação exercida para impedir suicídio.

Ameaça

Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00.

Parág. único. Somente se procede mediante representação.

Sequestro e cárcere privado

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena — reclusão, de um a três anos.

§ 1.º *A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:*

I — se a vítima é ascendente, descendente ou cônjuge do agente;

II — se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III — se a privação da liberdade dura mais de 15 dias.

§ 2.º *Se resulta à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:*

Pena — reclusão, de dois a oito anos.

Redução a
condição
análoga à
de escravo

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo:

Pena — reclusão, de dois a oito anos.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* francês, arts. 341 a 344 e 436; suíço, arts. 180 a 182; italiano, arts. 600 a 613; alemão, §§ 234, 239 a 241, 323 e 324; português, arts. 328 a 331, 324 e 335; austríaco, §§ 57, ns. 14, 15, 17 e 18, 93, 95 e 99; espanhol, arts. 474 a 478 e 485 a 488; holandês, arts. 274, 278, 282 a 285; norueguês, §§ 222 a 227; dinamarquês, arts. 260 a 262 e 266; soviético, arts. 90, 115, 147 e 148; polonês, arts. 248 e 236; turco, arts. 191 e 203; húngaro, §§ 323 e 324; peruano, arts. 222 a 225 e 236; uruguaio, arts. 280 a 282 e 288 a 291; argentino, arts. 140 e 145; mexicano (1931), arts. 364 a 366, 282, 284 e 286; chileno, art. 141; boliviano, arts. 600 a 603, 559, 561 e 562; colombiano, arts. 562, 570, n.º 5, 572, 574, 698 a 706 e 767 a 770; chinês (1928), arts. 313, 316 a 319 e 321; indiano, arts. 357, 360, 362, 367, 370, 503 e 507.

BIBLIOGRAFIA. FLORIAN (Eugênio), *Delitti contro la libertà individuale*, 1936; NOSEDA (Enea), *Dei delitti contro la libertà*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, vol. VI, 1909; PERATONER (Costanzo), *Dei delitti contro la libertà*, 1891; NEGRI (Ambrogio), *Delitti contro la libertà*, in *Trattato*, de COGLIOLO, II, pág. 1, 1888; MANZINI, *Trattato*, VIII, págs. 523 e segs., 1937; GEYER (August), *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts* de HOLTZENDORFF, 1874; ROSENFELD (Ernest), *Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit*, in *Vergleichende Darstellung*, bes. Teil, V, e *Nötigung*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER; CHAUVEAU e HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 1861; SILVA FERÃO, *Teoria do direito penal*, vols. 7.º-8.º, 1857; CRIVELLARI, *Codice Penale*, V, 1894; LISZT (FRANZ von), *Tratado de direito penal*, trad. port. de JOSÉ HIGINO, vol. II, 1899; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927; FRANK (Reinhard), *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1908; LONGO, *Commento ao Codice Penale italiano*,

I, 1911; GARRAUD (René e Pierre), *Traité théorique et pratique du droit pénal*, VI, 1935; SALTELLI-DI FALCO, *Commento teorico-prattico del nuovo Codice Penale*, II, pág. 2, 1931; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, II, 1887; DALCKE, *Strafrecht und Strafprozess*, 1935; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1907; PESSINA (ENRICO), *Elementi di diritto penale*, II, 1883; MAGGIORE (GIUSEPPE), *Principi di diritto penale*, II, 1934; ALIMENA (BERNARDINO), *Diritto Penale*, II, 1912; DIAZ (EMILIO), *El Código Penal para la República Argentina*, págs. 247 e segs., 1928; EUSÉBIO GOMEZ, *Tratado de derecho penal*, vol. 3.º, 1940; BRASIELLO (TEUCRO), *Delitti contro la libertà personale*, in *Nuovo Digesto Italiano*; HAFTER (ERNEST), *Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil*, I, págs. 84 e segs., 1937; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 1940; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, págs. 536 e segs., 1924, e *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola Positiva*, 1914; ROCCO (ARTURO), *L'oggetto del reato*, 1932; HAHN (GUSTAV), *Untersuchungen über die rechtliche Natur ärztlicher Eingriffe (Indagações sobre a natureza jurídica da intervenção médica)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 247; JANNITTI-PIROMALLO (EUGÊNIO), *Dei diritti contro la libertà individuale*, in *Il Codice Penale Illustrato*, de UGO CONTI, vol. III, 1935; FINGER, *Das Strafrecht*, II, 1895; VON BAR (L.), *Gesetz und Schuld*, III, § 25, 1909; RIETZCH, *Angriffe auf die persönliche Freiheit*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, col. por F. GÜRTNER, 1936; LEONÍDIO RIBEIRO, *Direito de curar*, 1932; FLORIANO DE LEMOS, *Direito de matar e curar*, 1933; FERRINI, *Expostione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, I; MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*, trad. esp. de DORADO (sem data); ANDREIS, *Minacie*, in *Digesto Italiano*; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., 1924; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, III, 1943; ARI FRANCO, *Crimes contra a pessoa*, 1942; JORGE SEVERIANO, *Código Penal*, III, 1942; ROMEIRO, *Dicionário de direito penal*, 1905; NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, 1950; MAURACH, *Deutsches Strafrechts, bes. Teil.*, 1953.

COMENTARIO

147. **Noção preliminar.** Não se deve entender, como adverte FLORIAN, que haja uma pluralidade do direito individual sob o ponto de vista da liberdade, pois as várias manifestações de um direito não podem ser consideradas como outros tantos direitos distintos. Os chamados *direitos de liberdade* constituem uma unidade substancial e não já uma série, que

seria indefinida, de direitos individuais. As diversas *liberdades* asseguradas ao “homem e cidadão” não são mais que faces de um mesmo poliedro: a liberdade individual. A primeira e mais genérica expressão desta é a *liberdade pessoal*, assim chamada porque diz mais diretamente com a afirmação da personalidade humana. Compreende o interesse jurídico do indivíduo à imperturbada formação e atuação de sua vontade, à sua tranqüila possibilidade de ir e vir, à livre disposição de si mesmo ou ao seu *status libertatis*, nos limites traçados pela lei. Trata-se, em suma, do direito à independência de injusto poder estranho sobre a nossa pessoa.

Os incriminados fatos lesivos da liberdade pessoal, segundo os contempla o Código, são o *constrangimento ilegal*, a *ameaça*, o *seqüestro* ou *cárcere privado* e a *redução a condição análoga à de escravo* (plágio).

Rejeitando os modelos germânico e suíço (que haviam inspirado o Projeto SÁ PEREIRA), o Código de 40 (em conformidade com o Projeto ALCÂNTARA e a tradição do direito pátrio), não incluiu o *rapto* entre os crimes contra a liberdade pessoal. Caracterizam-se estes pela ofensa à liberdade como bem jurídico em si mesmo: desde que tal ofensa é apenas um *meio* para a ofensa de outro bem jurídico, o crime-fim *absorve* o ataque à liberdade e é o que se deve ter em conta. Cumpre, na espécie, que a ofensa à liberdade seja o único *eventus sceleris*. Como diz Rocco (ALFREDO), “se, ao mesmo tempo que o ataque à liberdade individual, é violado outro bem ou interesse jurídico, que seja considerado prevalente, é claro que o crime deve ser classificado em categoria diversa”. No rapto, a compressão da liberdade não é senão uma etapa no *iter* de crime *contra os costumes* (mais precisamente: de crime dirigido contra o interesse jurídico da normalidade da vida sexual familiar). Se, em razão do emprego de coação, devesse o rapto ser alinhado entre os crimes contra a liberdade pessoal, para este setor deveriam ser igualmente transferidos o *estupro*, o *atentado violento ao pudor*, o *roubo*, a *extorsão*, a *resistência*, todos os crimes, enfim, las-

treados pela *necessitas imposita contraria voluntati*, — o que valeria pela renúncia a um racional critério de sistema ou homogeneidade na catalogação das entidades criminais.

Como em geral os de sua classe, os crimes contra a liberdade pessoal têm o caráter de *subsidiários* ou *suplementares*: os respectivos *nomina juris* somente prevalecem quando a ofensa à liberdade não seja *famulativa* de outro qualquer crime previsto na lei penal, ou, por outras palavras: quando a ofensa à liberdade é o único fim do agente. Os dispositivos penais funcionam, aqui, como soldados de reserva.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

148. Histórico. O constrangimento ilegal (*violenza privata, contrainte, Nötigung*) liga-se historicamente com o *crimen vis privatae* dos romanos; mas, como forma delituosa genérica pela qual a liberdade pessoal, interesse tutelável por si mesmo, é passível de violação, traduz uma noção jurídico-penal relativamente moderna, ou, como diz KÖSTLIN, “um produto da filosofia dos tempos novos”. No direito romano, pode dizer-se que, salvo casos especiais (chamados de *vis privata*, mas tratados de envolta com os de *vis publica*, de caráter político), não se encontra perfilado o crime de que ora se trata, embora não deixasse de ser considerada anti-jurídica a subjugação da vontade alheia pelo medo (*metus*), como resultado da violência. Lê-se no Digesto (IV, *quod metus causa gestum erit*, fr. I): “*Ait praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo. Olim ita edicebatur: 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 edito dizia: Do que é feito pela violência ou pelo medo; fazia-se menção da violência como necessidade imposta à vontade, e do medo como abalo

“do espírito em razão de um perigo presente 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”). O que se tinha em vista, porém no era, propriamente, a tutela da liberdade em si mesma, mas a reprovação da violência na consecução de qualquer escopo. O *crimen vis* era “quidquid omnino per vim fiat”.

O direito intermédio foi também estranho à concepção da liberdade como interesse merecedor, por si só, da proteção penal.

Ao invés dela, falava-se em *paz pública* (*violatio pacis publicae*), persistindo a confusão romana entre *vis publica* e *vis privata*.

Com a filosofia do direito natural, inspiradora da Revolução Francesa, é que se esboçou a idéia de liberdade como interesse tutelável independentemente de qualquer outro. A famosa *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, erigida por essa Revolução em catecismo da democracia, consagrou à liberdade da pessoa humana esta fórmula genérica, que se difundiu na consciência universal: “*Tout ce qui n'est pas defendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*”. No Brasil, foi o princípio acolhido na Constituição do Império (1824) e reproduzido pelas Constituições republicanas de 1891 e 1934. A atual Constituição (1946) assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país “o direito à liberdade” (art. 141, *caput*), que compreende, precipuamente, a liberdade de agir ou não agir, sem outras restrições que as prescritas em lei.

Foi na doutrina penal alemã que passou a ser devidamente conceituado, como tipo genérico de crime contra a liberdade pessoal, o constrangimento imposto à formação e atuação da vontade individual (liberdade psíquica e liberdade física). TITTMANN, um dos corifeus da reforma do direito penal alemão, foi o primeiro a dar a essa figura criminal o

nome de *Nötigung* (que, em português, significa, precisamente, *constrangimento*), em substituição à antiga expressão *Gewalttätigkeit* (que correspondia ao latim *vis*), ao mesmo tempo que assim fixava, nitidamente, a sua noção: “ilícito constrangimento de alguém para uma ação ou atitude contrária à sua vontade” (“*widerrechtlicher Zwang eines Menschen zu einer nicht gewollten Handlung oder Lage*”).

O nosso Código de 1830 já classificava entre os crimes “contra a liberdade individual” o fato de “impedir que alguém faça o que a lei permite, ou obrigar a fazer o que ela não manda”. O Código de 1890 incluía o mesmo fato entre os “crimes contra a liberdade pessoal” (subclasse dos “crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais”): “Privar alguém de sua liberdade pessoal, já impedindo de fazer o que a lei permite, já obrigando a fazer o que ela não manda”.

Foi o Projeto SÁ PEREIRA que, entre nós, consagrou, na espécie, o *nomen juris* “constrangimento ilegal” (que ali figurava como modalidade da “violência privada”, nome genérico com que eram contemplados os crimes que o Código atual, do mesmo modo que o anterior, denomina “contra a liberdade pessoal”). A essa rubrica obedecia o seu art. 223: “Aquele que, usando de violência ou ameaça grave para com alguma pessoa, ou depois de, por qualquer outro modo, lhe haver tolhido a capacidade de resistir, a constranger a praticar, não praticar, ou deixar que se pratique algum ato, será punido, etc.”.

O Projeto ALCÂNTARA, infenso ao sistema de rubricas, não batizava o crime em questão, que ele previa no seu art. 362: “Impedir alguém de praticar ato lícito, ou constranger alguém a fazer ou tolerar coisa a que a lei não o obrigue, mediante violência ou ameaça, ou depois de lhe haver tolhido por qualquer outro meio a capacidade de resistência”.

149. Conceito e elementos do crime. Assim define o Código (art. 146) o crime de constrangimento ilegal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. É o crime básico contra a liberdade pessoal. É o impedimento da *liberdade de ação ou inação*, que vai da livre autodeterminação por motivos próprios (autonomia da íntima formação da vontade, liberdade psíquica ou interna) até o movimento corpóreo no mundo externo ou abstenção desse movimento (livre atuação da vontade ou liberdade física). O sujeito passivo é tolhido, pelo injusto e opressivo arbítrio do agente, na sua capacidade de fazer o que quer ou deixar de fazer o que não quer. Trata-se de crime tipicamente *subsidiário*. A sanção penal é, aqui, um meio repressivo suplementar, predisposto para o caso em que determinado fato, compreendido no conceito do constrangimento ilegal, não seja especialmente previsto como elemento integrante de outro crime (como no roubo, na extorsão, no estupro, etc.).

São *essentia* do constrangimento ilegal: a) imposição de fazer ou não fazer alguma coisa; b) emprego de violência ou ameaça grave ou outro meio apto a reduzir a capacidade de resistência do sujeito passivo; c) ilegitimidade da imposição; d) efetiva consecução do fim do agente; e) dolo específico.

Condição primacial do crime é que haja um *momento* ulterior à compreensão da liberdade: uma determinada ação ou abstenção por parte do coagido (não constituindo o fato, por sua finalidade, outro crime previsto no Código). Os Projetos SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA, na esteira dos Códigos alemão, suíço e italiano, não se contentavam em mencionar o constrangimento a uma ação ou omissão, pois também se referiam a uma atitude de *tolerância* (“deixar que se pratique algum ato”, “tolerar coisa a que a lei não o obrigue”).

A Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA, entretanto, rejeitou, por supérflua, tal referência: a tolerância não é senão uma modalidade de abstenção ou omissão.⁶⁸

A lei não dá importância específica àquilo que o sujeito passivo é forçado a fazer ou deixar de fazer, mas a imposição deve ser *ilegítima*, em si mesma ou pelas condições em que se efetua.⁶⁹ Daí, a distinção entre ilegitimidade *absoluta* e ilegitimidade *relativa* (MANZINI). Dá-se a primeira quando o agente não tem faculdade alguma de impor ao paciente a ação ou a inação (exemplos: deixar de passar numa determinada rua; restituir o que não é devido; participar ou não de uma associação; privar-se de um distintivo; beber aguardente; dar vivas a um clube esportivo); dá-se a segunda quando, embora ao agente não seja vedado exigir, *extra iudicium*, a ação ou omissão, carece, no entanto, do direito de empregar coação (exemplo: pagamento do *pretium carnis* ou de dívida proveniente de jogo).

Se a ação ou omissão, ainda que não exigível, coativamente, pode ser obtida por meio judicial, a coação privada passa a ser o crime de *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345), que figura entre os crimes *contra a administração da justiça*.

Quando há uma razão *jurídica* para a coação ou se esta não é em si mesma *ilegítima*, o fato deixa de ser punível como constrangimento ilegal, embora possa ser reconhecido como outro crime, cujo conteúdo se apresente (lesão corpo-

⁶⁸ Por evidente inadvertência, foi conservado o "tolerar que se faça" na configuração do crime de *extorsão* (que não é senão o constrangimento ilegal para o fim de obter vantagem econômica).

⁶⁹ LISZT-SCHMIDT (ob. cit., pág. 527): "O constrangimento só é punível quando ilegal, isto é, quando o objetivo do constrangimento ou o meio empregado (ou ambos) são antijurídicos" ("Die Nötigung ist nur strafbar, wenn sie widerrechtlich erfolgt; wenn also entweder der Nötigungsweg oder das Nötigungsmittel (oder beides) widerrechtlich ist").

ral, dano, etc.). É o que pode acontecer no caso em que o agente visa a impedir um *crime*, mesmo quando não ocorra, propriamente, a situação de legítima defesa. Conforme disserta FLORIAN, e já acima acentuamos, a tutela jurídica da liberdade individual exerce-se e perdura só enquanto esta gravite na órbita do direito. Proteger a manifestação de uma vontade em conflito com a lei penal, seria contrário ao próprio fundamento da repressão. Não pode haver garantia à liberdade de delinquir. Perante o nosso direito positivo, a solução em tal sentido não pode suscitar a menor dúvida, pois o texto legal é categórico: a imposição de *não fazer* deve referir-se ao *que a lei permite*, de modo que, *a contrário sensu*, não constitui constrangimento ilegal o impedir a prática de um crime (ressalvada, é bem de ver, a punibilidade do agente a outro título). Nem é mesmo necessário, para exclusão do constrangimento, que o fato impedido seja criminoso: basta que seja antijurídico. Redundaria num *contra-senso* a proteção da liberdade de agir *contra jus*. A faculdade de exercer a própria vontade deve entender-se dirigida a fins não proibidos por lei. Como diz PERATONER, “*chi proibisce di fare cosa dalla legge non consentita, o di omettere ciò che la legge impone di non fare, non solo rimane nell’orbita giuridica, ma diventa difensore della legge, strumento del diritto, e merita lode*”. O Código é expresso no caso de impedimento de *suicídio*, que é ato antijurídico, embora não constitua ilícito penal (veja-se n.º 154), e não há invocar-se, aqui, o *qui de uno dicit, de altero negat*, pois a menção explícita desse caso atende apenas ao objetivo de cortar cerce a controvérsia doutrinária sobre se o *suicídio* é ato antijurídico ou indiferente ao direito.

Quid inde, se a ação impedida é simplesmente *imoral*? Argumenta LONGO que “há uma moral civil e prática, que é “fundamento da ordem jurídica, desde que esta é subsidiada “pela força dos costumes, pela opinião pública, pelos íntimos “e indiscutíveis juízos da coletividade” e, assim, “usar de “meios coercitivos com o escopo de evitar um fato imoral não

“ é mais, na realidade, do que obedecer a um dever ético, usar “ de um direito proveniente da vida de relação, fundado na “ tutela comum e recíproca dos bens jurídicos, a cuja fruição “ estamos autorizados pelos fins da sociedade civil”. Opinem diversamente LISZT e SCHMIDT, que declaram punível até mesmo o impedimento de uma ação criminosa, desde que não haja autorização legal para coibi-la mediante coação. FRANK, que reconhece a licitude do constrangimento para evitar um crime, não a admite no caso de violência para obstar um ato imoral. HÄLSCHNER é de parecer que se pode reconhecer na espécie a isenção de pena por ausência de dolo: “pode inexistir o dolo, por falta de consciência da injuridicidade, especialmente no caso de coação para impedir coisa imoral”. Em face do nosso direito escrito, porém, é força reconhecer que não deixa de ser crime a violenta inibição de um ato apenas imoral, ⁷⁰ pois este não deixa de ser *permitido pela lei*; e, por outro lado, a consciência da injuridicidade, como elemento do dolo, só deixa de existir, em se tratando de crime, quando impossibilitada por *erro de fato*, isto é, desde que não haja abstração da irrelevância do *erro de direito*. Suponha-se, por exemplo, que o agente impeça violentamente alguém de ter contato sexual, *extra matrimonium*, com uma mulher que ele presume, erroneamente, menor de 18 anos e virgem. Sem dúvida, em tal hipótese, o fato deixa de ser punível, a título de constrangimento ilegal, por ausência de dolo ou de consciência da injuridicidade. Já o mesmo, porém, não aconteceria, se ele, sabendo a mulher maior de 18 anos, julgasse penalmente ilícito o impedido congresso sexual.

O processo executivo do constrangimento ilegal é taxativamente delimitado no texto do art. 146: emprego de *violência, grave ameaça* ou *qualquer outro meio pelo qual se reduz a capacidade de resistência do sujeito passivo*. É excluí-

⁷⁰ Já sustentamos opinião diversa, no regime do Código anterior, de que o atual, neste particular, é reprodução quase literal; mas, uma revisão do assunto nos levou à conclusão agora expandida.

do, portanto, o engano, o meio iludente, a fraude. Assim explicava Rocco (ALFREDO) a adoção de idêntico critério no projeto do atual Código italiano: “Não julguei de bom aviso “acrescentar... à violência e à ameaça o meio iludente. “Este coloca o sujeito passivo em condições de determinar-se segundo falsos pressupostos ou motivos, por ele julgado dos reais, mas não constitui uma verdadeira e própria constrição da liberdade de agir”. Agir sob a influência de uma falsa percepção da realidade não é estar *privado* da liberdade de agir.

Violência é o emprego de força física para sobrepujar uma resistência. É todo meio físico idôneo a cercear materialmente em outrem a faculdade de agir segundo a própria vontade. É a *vis corpori illata*, do direito romano. Pode ser *imediate* (violência dirigida diretamente sobre a pessoa do sujeito passivo) ou *mediata* (sobre terceira pessoa ou sobre coisa, a que o coagido esteja de tal modo vinculado, que sem uma ou outra fica tolhido na sua faculdade de ação). A respeito desta última espécie, costuma-se citar os seguintes exemplos: privar um cego de seu guia; tirar as muletas a um aleijado; destruir um passagem para impedir o trânsito de alguém; arrancar as portas e janelas de uma casa, para obrigar os moradores a abandoná-la. Não é necessário que a violência seja *irresistível*: basta que realmente haja servido como meio de coação. Se esta é *irresistível* e a ação ou omissão imposta constitui crime, por este responderá somente o coator (art. 18), com pena agravada (art. 45, II) e em concurso com o crime de constrangimento ilegal; se, ao contrário, é *resistível*, não ficará o coagido isento de pena, mas esta é atenuada (art. 48, IV, c).

Ameaça é a violência *moral*, a intimidação, a manifestação (por palavras, escrito, gestos, meios simbólicos) do propósito de causar a alguém, direta ou indiretamente, no momento atual ou no futuro, um mal relevante. É a *vis compulsiva* (*vis psychica, conditionalis*), o *metus*, a *vis animo illata*, das fontes romanas. A lei fala em *grave ameaça*, isto é, incuti-

mento do temor de grave dano (*in exemplis*: ameaça de morte, de espancamento, de prejuízo econômico relativamente importante, de revelação de fato criminoso ou desonroso). O relevo objetivo do mal anunciado, e não a maior verossimilhança da ameaça, é que serve de medida à gravidade desta. A ameaça deve ser idônea a incutir *medo* ("*instantis vel futuris periculi causa mentis trepidatio*"), tendo-se em vista a condição pessoal da vítima. É claro que a execução do mal ameaçado deve ser *possível*. O temor quimérico ou *supersticioso* de um mal irrealizável dentro das possibilidades humanas não exclui a inferência da falta de *seriedade* da ameaça.

Ao contrário do que ocorre com o *crime de ameaça* (veja-se adiante), não é necessária, aqui, a *injustiça* do mal prometido: o agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever jurídico de ocasionar o mal, mas não pode prevalecer-se de uma ou outra para obter de outrem uma ação ou omissão não legalmente exigível. Assim, comete o crime de que ora se trata o funcionário que, no caso do art. 66 da Lei das Contravenções Penais, sob a ameaça de denunciar o crime praticado por outrem, obtém dele qualquer vantagem não econômica (se a vantagem é econômica, o crime é o de *extorsão*)

A ameaça não exige a *presença* do coagido: pode ser feita mediante recado ou por escrito. Pode ser *direta* ou *indireta*. Dá-se a última hipótese quando o mal é anunciado contra terceiro, a quem o coagido esteja ligado por laços de parentesco próximo ("*nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur*") ou de grande amizade.

Referindo-se a *outros meios capazes de reduzir a capacidade de resistência*, quer o texto legal significar a ministração de narcóticos, entorpecentes, inebriantes, a sugestão hipnótica, *et similia*. É óbvio que o emprego de tais recursos deve ser feito sub-reptícia ou fraudulentamente, pois a exigir-se o concomitante emprego de força, seria supérflua a alusão a esses outros meios executivos.

O constrangimento ilegal é crime *material*: para sua consumação, é indispensável que o agente alcance o fim visado, isto é, a ação ou omissão do coagido. O texto legal não fala em “constranger para”, mas em “constranger a”, isto é, em forçar efetivamente à ação ou omissão. Se este resultado não é obtido, e posto que os meios empregados eram idôneos, somente é configurável a *tentativa*.

O elemento subjetivo, na espécie, é a vontade dirigida ao conteúdo de fato do crime, sabendo o agente que procede arbitrariamente, isto é, que não podia, *ex vis legis*, exigir a ação ou omissão ou exercer a coação pelos meios indicados no dispositivo legal. Como já foi acentuado, o *erro de fato* (ainda que vencível) sobre a legitimidade da imposição exclui o dolo e, portanto, a punibilidade, pois o constrangimento não é punível a título de culpa *stricto sensu*.

150. Sujeito passivo. Pode ser sujeito passivo do crime em questão qualquer pessoa (“alguém”), desde que, bem entendido, possua, ainda que limitada, a capacidade de formação íntima da vontade. Se se trata de um *infans*, de um idiota completo, de um enfermo inconsciente, não se poderá reconhecer o *nomen juris* “constrangimento ilegal”, e o agente só responderá pelo resultado, se este for criminoso. Nada importa, porém, que falte ao sujeito passivo, parcial ou totalmente, a capacidade de auto-exercício da liberdade física (paralíticos, aleijados, cegos). Cometo o crime de constrangimento, se, por exemplo, mediante grave ameaça, inibo um paralítico de se fazer transportar para um determinado lugar.

151. Crimes afins. O constrangimento ilegal apresenta acentuada semelhança com os crimes de *violência pública* (certas formas da *rebelião* e a *resistência*), *ameaça*, *seqüestro* ou *cárcere privado*, *exercício arbitrário das próprias razões*, *exercício arbitrário ou abuso de poder* (modalidades dos incisos ns. III e IV do parág. único do art. 350) e *violência arbitrária*; mas deles se distingue pelo seguinte: na *violên-*

cia pública, a compressão da liberdade é exercida contra agente do poder público, enquanto no constrangimento o é contra particulares; na *ameaça*, o mal anunciado, além de *grave*, há de ser sempre *injusto*, e o incutimento do medo é um fim em si mesmo, isto é, o objetivo do agente é antes inquietar o sujeito passivo do que subjugar-lhe a vontade para um fim ulterior (como acontece no constrangimento); no *seqüestro* ou *cárcere privado*, o que se constringe é, principalmente, a liberdade de locomoção, e a atividade antijurídica se protraí no tempo, ao passo que no constrangimento só há compressão da liberdade pessoal no tocante a uma determinada ação ou omissão, e não há permanência do momento consumativo; no *exercício arbitrário das próprias razões*, o agente tem direito ou supõe ter direito à ação ou omissão, mas, ao invés de exigi-la judicialmente, trata de obtê-la *ex proprio Marte*, sem autorização legal, substituindo-se à autoridade judicial, enquanto no constrangimento a ação ou omissão, imposta, ainda que justa, não seria judicialmente exigível do sujeito passivo; finalmente, o *exercício arbitrário ou abuso de poder* e a *violência arbitrária* são crimes *próprios* de funcionário público, *ratione officii*. Conforme já advertimos quando o cerceamento da liberdade de ação é meio ou elemento de outro crime, fica absorvido por este, ainda que menos severa a punição (como no caso de *esbulho possessório*). O constrangimento ilegal é sempre *absorvido*, nunca *absorvente*.

152. **Concurso de crimes.** Se a ação ou omissão imposta constitui, por sua vez, crime, e não se verifique a hipótese de *crime complexo* (*roubo, extorsão, etc.*), haverá concurso material de crimes. Igualmente haverá concurso material no caso em que da *violência* resulte *lesão corporal* ou sobrevenha a *morte* da vítima. É o que expressamente declara o § 2.º do art. 146: “Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência”.

Se, para obter uma mesma e única ação ou omissão, o agente emprega reiteradamente meios coativos, não haverá crime *continuado*, mas essencialmente *único*, ou unidade natural de crime. Só se poderá identificar crime continuado, se à reiteração do emprego de meios coativos correspondem ações ou omissões sucessivas, e desde que haja homogeneidade objetiva entre os vários fatos de constrangimento.⁷¹

⁷¹ O conceito de crime continuado, perante o Código atual, é diverso do que resultava do correspondente preceito do Código anterior. Não é demais que repitamos, aqui, o que já escrevemos a tal respeito:

“O Projeto ALCÂNTARA MACHADO, no seu art. 59 (posteriormente art. 48), assim perfilava o *crime continuado*: “Quando na execução do mesmo desígnio criminoso, o agente praticar, numa só ocasião ou em ocasiões diversas, várias infrações da mesma natureza, aplicar-se-á, aumentada de um a dois terços, a pena cominada para a mais grave das infrações cometidas”.

Era, como se vê, a manutenção da teoria *objetivo-subjetiva*, na conformidade do modelo italiano. Como o Código Rocco (art. 81, 2.ª parte) substituíra pela expressão “*medesimo disegno criminoso*”, a locução “*medesima risoluzione criminosa*”, do Código ZANARDELLI (artigo 79), também o Projeto ALCÂNTARA cuidara de dizer “mesmo desígnio criminoso”, onde a antiga Consolidação das Leis Penais (artigo 66, § 2.º), dizia “uma só resolução”.

No seio da Comissão Revisora, porém, foi, desde logo, preferida a teoria *objetiva*, que, no reconhecimento da *continuação*, prescindia de qualquer elemento psicológico, para deduzi-la tão-somente da conexão objetiva ou homogeneidade exterior das ações sucessivas.

A impugnação da teoria objetivo-subjetiva partiu de COSTA E SILVA, que se manifestou nestes termos, acentuando preliminarmente a controvérsia entre os penalistas: “Estes, modernamente, se dividem em dois grupos: o dos que sustentam “a teoria *objetivo-subjetiva* e o dos que sustentam a teoria puramente *objetiva*. Existem os primeiros, para a existência do delito continuado, além de determinados elementos de natureza objetiva, outro de índole subjetiva. Este é expresso de modos diferentes — unidade de dolo, unidade de resolução e unidade de desígnio. Unidade de dolo — um dolo compreensivo dos diversos crimes (*Gesamtvorsatz*) — só a reclamam alguns criminalistas alemães, em diminuto número, e a praxe do Tribunal do Império (*Reichsgericht*). A grande maioria deles abraça a teoria *objetiva*, dispensando, portanto, esse elem-en-

153. Agravantes especiais. As penas cominadas ao constrangimento ilegal são *alternativas*: detenção, de três meses a um ano ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00. Aplicam-se, porém, “cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, cu há emprego de armas”. A pluralidade do sujeito ativo é,

“to. A respeito desta teoria, diz muito bem MEZGER, 367 (segundo a “versão italiana): *“Questa è la costruzione prevalente nella dottrina. Essa deduce il concetto di azione continuata degli elementi costitutivi esteriori della omogeneità. Per lo più, con taluni addatamenti ai singoli casi, si dà rilievo all’analogia della fattispecie, all’eguaglianza della commissione, all’unicità del bene giuridico, al nesso temporale, allo sfruttamento della medesima circostanza o della stessa occasione (FRANK), ecc., quali criteri obbiettivi. Effettivamente, questo criterio puramente oggettivo sembra infatto il più esatto. L’unicità del dolo — che il Trib. Sup. esige, rifiutando la semplice risoluzione unica — è ordinariamente una fictio”*.

E COSTA E SILVA prossegue: “Está hoje geralmente reconhecido “o absurdo da exigência de um dolo único ou de uma resolução compreensiva dos diversos crimes. O novo Código italiano preferiu a “*unidade de designio*”. Explica, por exemplo, MAGGIORE (*Principii*, I, pág. 504): “*È parso al legislatore che nel reato continuato quella che veramente rimane persistente è l’ideazione e non già la risoluzione con cui quella si traduce in atto. L’elemento intellettuale sarebbe la molla dell’attività criminosa, più che l’elemento deliberativo e volitivo*”. Contentam-se os autores italianos com palavras. A *ideação*... Que se pretende exprimir com essa desusada palavra? Ela significa — dizem os dicionários — o ato de formar a idéia, a formação desta. Em acepção figurada, pode ser equivalente a “plano”. Mas porventura o delito continuado exige uma *ideação* especial, extensiva aos diversos crimes? A tal *ideação* não vale mais do que o “dolo único”, a “mesma resolução”. A verdadeira definição do crime continuado deve orientar-se pela teoria objetiva. Esta fórmula me parece aceitável: “Quando o agente, com várias ações ou omissões, praticar dois “ou mais crimes do mesmo conteúdo, que, pelas condições de tempo, “lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devam ser havidos como continuação do anterior ou anteriores, impor-se-lhe-á a “pena mais grave em que houver incorrido, aumentada até dois “terços”.

Acertando a sugestão de COSTA E SILVA, a Comissão Revisora assim redigira, inicialmente, o dispositivo sobre o crime continuado

aqui, nefavante especial. O número de co-partícipes deve ser superior a três (no mínimo, quatro), e não é necessário um prévio ajuste ou acordo de vontades, bastando, como no *concursum delinquentium* em geral, que haja em cada um dos co-partícipes a consciência de concorrer à ação dos outros. Segundo a lição de MANZINI (*Trattato*, V, pág. 355), “*basta una riunione puramente occasionale, con un accordo immediato, instantaneo, tacito, con subito entendimento impli-*

(primitivo art. 50, § 2.º): “Quando o agente, com várias ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, impõe-se-lhe a pena mais grave em que haja incorrido, aumentada de um sexto até dois terços, desde que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devam os crimes subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”.

Em crítica ao que ele chamava “projeto substitutivo”, ALCÂNTARA MACHADO impugnou essa fórmula, a cujo respeito indagava: “Quais serão as condições semelhantes às de tempo, lugar, maneira de execução?”

Defendendo seu ponto de vista, explicou a Comissão, na *tréplica* apresentada ao Ministro CAMPOS: “No crime continuado, a pena-base é a mais grave das concorrentes, e não a cominada à mais grave das infrações cometidas (como se dizia no Projeto ALCÂNTARA). Isto na prática redundaria em perplexidade por parte do juiz: das as circunstâncias do caso concreto, uma infração, embora apenas nada mais gravemente do que outra, pode ser considerada de menor gravidade do que esta. Na configuração do crime continuado, o substitutivo adotou a teoria objetiva, dispensando a unidade de ideação (que, como observa MEZGER, não passa de uma ficção) e deduzindo o conceito da ação continuada dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade. Assim, pode ser reconhecida a continuação até mesmo de crimes *culposos*, com grande vantagem sobre a fórmula ALCÂNTARA. Indaga o Professor ALCÂNTARA quais são as condições semelhantes às de tempo, lugar e maneira de execução, a que alude o § 2.º do art. 50.

“É fácil a resposta: são todas as demais circunstâncias objetivas que indicam a continuação entre a primeira e as sucessivas ações ou omissões. Exemplos: a identidade de favorável situação pessoal, de que o agente se aproveite reiteradamente (como no caso do caixeiro-viajante que indebitamente se apropria, por várias vezes, do dinheiro recebido da clientela); a coesão objetiva entre as várias ações ou omissões, como no caso do indivíduo que, não po-

cito". A cooperação pode ser prestada por simples *convên-*
cia, — o que não é de confundir-se, porém, com a presença
ocasional, sem qualquer vínculo com a atividade criminosa.

Justifica-se a agravação especial da pena: em face de
múltiplos coatores, frustram-se a esperança e a possibilidade
de reação contra a prepotência.

"dendo *passar* de uma só vez o seu *stock* de moeda falsa, consegue
"introduzi-lo parceladamente".

Prevalecendo o critério da Comissão, o preceito relativo ao crime
continuado teve, afinal, a redação com que figura no Código (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
"subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-
"-lhe a pena de um só dos *crimes*, se idênticas, ou mais grave, se
"diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

Corrigiu-se, dessarte, a fórmula primitiva, que não se referia à
hipótese (aliás, a mais freqüente) de penas *idênticas*.

Preferindo a solução da teoria objetiva, a Comissão Revisora não
fez mais do que ceder à irrepreensibilidade de sua lógica e à evidên-
cia de seu acerto. Desde que se reconhece a necessidade de manter
a construção jurídica do *delictum continuatum*, cumpre afeiçoá-la a
um critério realístico, prescindindo-se de um elemento psicológico
especial, que, na grande maioria dos casos, resulta puramente ficti-
cio ou convencional, a não ser que se restrinja de tal modo a iden-
tificação do crime continuado, que se tornaria quase praticamente
inútil a sua permanência no sistema jurídico-penal. É força reco-
nhecer que a *continuação* não deixa de existir ainda quando as su-
cessivas ações não se apresentem ligadas por um nexo subjetivo for-
mado *ab initio*, chame-se a este "dolo unitário", "resolução coletiva"
ou "mesmo desígnio". O agente, ao praticar a primeira ação, pode
não ter a mínima idéia de praticar outras, ou pode arrepender-se
após a prática de cada ação, sem que, por isso, as ações apreciadas
em conjunto, na sua homogeneidade objetiva, deixem de apresentar
o cunho de continuação. Justamente acentua M. E. MAYER, (*Der all-*
gemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, pág. 170): "Na rea-
"lidade, as mais das vezes, o inculpado não faz idéia alguma sobre
"sua ulterior conduta, de modo que a afirmação do dolo unitário
"deriva, mais ou menos, de uma ficção" ("... *in Wahrheit, wird sich*
der Schuldige aber über seine künftiges Verhalten überhaupt keine

Outra agravante especial é o *emprego de armas* (violência ou ameaça por meio de armas). O texto legal fala em *armas*, no plural, mas apenas para designar o *genus*, e não

Gedanken gemacht haben, sodass die Feststellung des einheitlichen Vorsatz mehr oder weniger auf eine Fiktion hinausläuft).

Eis o claro raciocínio de VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, II, pág. 543, 1930): “O que se apresenta como decisivo não é que o agente “compreenda sua conduta como unidade, mas, sim, que a ordem jurídica tenha fundamento para concebê-la como tal; ^a e esse fundamento existe já na homogeneidade objetiva da conduta, ainda “que o agente (como as mais das vezes acontece) não se represente “a continuação ou se arrependa de cada vez, embora vindo a ceder, “de novo, a idêntica tentação”. ^b

Um atestado da inconsistência da teoria objetivo-subjetiva é a desinteligência dos seus adeptos sobre o que seja realmente o *quid* psicológico da continuação. O Tribunal Imperial alemão fala em *dolo de conjunto* (*Gesamtvorsatz*), que não significa uma resolução genérica de agir do mesmo modo, sempre que se apresente ocasião propícia (o que para alguns subjetivistas é suficiente para a continuação): o agente deve, de antemão (VON VORNHREIN), abranger no seu dolo todas as ações singulares e o resultado total. A objeção de VON HIPPEL (ob. cit., II, pág. 542), porém, é irretorquível:

“De regra, não há um dolo ou resolução de conjunto que possa “ocasionar automaticamente ações separadas no tempo, sejam ou

^a É o que já acentuava MERKEL (*Derecho Penal*, trad. esp. de DORADO, I, pág. 382): “A unidade (do crime) não pode resultar de “relações meramente subjetivas entre distintas violações jurídicas. “Não pode resultar, por exemplo, da circunstância de que o próprio “delinqüente considere tais violações como ligadas entre si, nem de “que elas sirvam a um fim idêntico que incida fora dos elementos “constitutivos do crime, nem de que a resolução de cometer um crime “se haja tomado simultaneamente com a de cometer outros, etc. O “ponto de vista do direito não é o ponto de vista do delinqüente. “O que para este se apresenta como uma unidade não se apresenta “necessariamente como tal, também, àquele”.

^b “*Nicht ob der Täter sein Tun zur Einheit zusammenfasste, sondern ob die Rechtsordnung Grund hat, es als Einheit aufzufassen, ist entscheidend. Dies Bedürfnis aber besteht bereits bei Gleichartigkeit auch wenn der Täter sich — so meist — über die Fortsetzung keine klaren Vorstellungen machte oder gar jedesmal Reue fühlte, dann aber erneut der gleichen Versuchung erlag*”.

porque exija, necessariamente, a multiplicidade delas. As armas podem ser *próprias* ou *impróprias*: próprias são todos os instrumentos normalmente destinados ao ataque ou defesa, especificamente apropriados a causar ofensas físicas (é a definição reportada por DALCKE: "*Waffe ist ein Werkzeug,*

" não semelhantes, pois cada ação exige necessariamente uma nova resolução (dolo)". c

O atual Código italiano, para iludir essa objeção, já não fala em "*medesima risoluzione*", como o Código de 89, mas, segundo já vimos, em "*medesimo disegno*". E MANZINI assim define o que seja "*disegno*" (*designio*): "é um projeto de ação ou omissão, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas de coordenação de uma série de idéias substanciais, mas que pressupõe, outrossim, a escolha de meios para conseguir um determinado fim e o prévio conhecimento das condições objetivas e subjetivas, nas quais se desenvolverá a atividade criminosa" (*Trattato*, II, pág. 557).

Ora, se assim é, raríssimo seriam os casos de crime continuado; de modo que, praticamente, resultaria quase inutilizável essa construção jurídica. A opinião de MANZINI, porém, é formalmente contrariada por outros comentadores do Código italiano, e a controvérsia em torno do elemento psicológico da continuação amplia-se indefinidamente, chegando a perder-se nos confins nebulosos da filosofia e da metafísica. Fala-se em *unidade de ideação*, em *unidade de motivo* ou *de fim*, em *fim coletivo* ou *genérico*, em unidade de juízo, em unidade de desejo, em *identidade de representações*, etc. A *Relazione*, de Rocco, justificando a troca do vocábulo *resolução* pela palavra *designio*, no conceito do crime continuado, disserta: "*Nel reato continuato quella che veramente rimane persistente è la ideazione, e non già la risoluzione con cui questa si traduce in atto; è l'elemento intellettuale e non già l'elemento deliberativo o volitivo, che sorregge l'attività criminosa*". Pura logomaquia. Um *designio* concreto, ou seja, um *plano de ação* não existe sem volição. *Ter um designio e não querer* é um absurdo lógico. Nem evita a incongruência a teoria de LEONE (*Del reato abituale, continuato e permanente*, 1933), que começa identificando *designio* com *desejo* (*desiderio*), e conclui fa-

c "*Es gibt zunächst überhaupt keinen Gesamtvorsatz oder Gesamtentschluss, der automatisch zeitlich getrennte Einzelhandlungen hervorrufen konnte mögen diese gleichartig sein oder nicht. Sondern jede Einzelhandlung erfordert notwendig einen neuen Entschluss (Vorsatz)*".

das bestimmungsgemäss zum Angriff und zur Verteidigung dienst und zur Beibringung von Verletzungen geeignet ist"); impróprias são todos os instrumentos que, embora não destinados aos ditos fins, têm aptidão ofensiva e costumam ser usados para o ataque ou defesa.

lando em *unidade de motivo ou de fim* (repetindo o *plura delicta qui tendunt ad eundem finem*, de BALDO), como se este pudesse incidir fora da órbita da volição.

O ponto de vista de LEONE, é, aliás, uma simples tentativa de solução, pois ele próprio reconhece que o fundamento psicológico do crime continuado "*giace in una zona di difficile penetrazione*". PILLITU (*Il reato continuato*, 1936) nega se possa confundir o "mesmo desígnio" com a "identidade de fim", e contesta MANZINI, dizendo que não é necessária, no conceito de *desígnio*, a previsão das particularidades da ação ou omissão, para assim concluir: "Por desígnio "deve entender-se a ideação ou programa do espírito de um indivíduo, que estabelece uma relação de interesse entre uma necessidade e um bem da vida". Ora, é absolutamente inaceitável que essa remota *ideação*, desprovida de calor volitivo, possa ter relevo jurídico-penal, para servir de liame psicológico da continuação.

PISAPIA (*Reato continuato*, 1938), por sua vez, diverge de MANZINI e de PILLITU e refere-se à *identidade de representações*, acostando-se à velha teoria de PESSINA, que falava em *unidade de consciência*. "É na representação" — diz ele — "que está o momento em que as várias ações (do crime continuado) se aliam no espírito do agente". Mas é de ponderar-se que a *representação* é uma atitude inerte do espírito, e não pode, por isso mesmo, tornar-se decisivo ponto de referência da conexidade de ações humanas.

JANNITTI-PIROMALLO (E.) (*Corso di diritto criminale*, 1932) identifica *desígnio* com *plano* ou *programa* e, a seguir, com a *cogitatio*: "...*il piano o programa criminoso, non corrispondendo a volontà operativa in atto (dolo), è da considerarsi come cogitatio, avente un particolare valore giuridico*". Mas, por que estranha razão há de a *cogitatio*, ou seja, na espécie, o fato puro e simples de projetar *in mente* a execução de um crime a prestações, adquirir *particular valor jurídico*, para transformar-se em nexó psicológico unitário das sucessivas ações, independentemente da volição que a estas preside? Ou a *cogitatio* se conjuga com a volição, e só então pode ter relevância, ou dela se separa, como etapa autônoma, e é um *nada jurídico*.

ANGIONI (*La premeditazione*, 1933), depois de distinguir entre *desígnio* e *resolução* ("*il disegno o ideazione sta alla risoluzione come*

Como armas próprias, o regulamento baixado com a portaria de 3 de outubro de 1933, da Chefia de Polícia da Capital da República, menciona, à parte as armas chamadas *de guerra*, as armas de fogo em geral e ainda as seguintes: a) as armas brancas, exclusivamente utilizadas para prática de cri-

l'abozzo di un programma sta al proposito di attuarlo, o, per dirle col MASSARI, come il momento intellettualistico sta al momento voluntaristico"), discorre: "...o elemento subjetivo do crime continuado "consiste, não na persistência constante e irrevogável da vontade "de exercer uma determinada atividade criminosa, mas na persistência da ideação, isto é, na persistência da *disposição genérica* de "realizar, fracionando-o, um certo empreendimento criminoso, desde "que se apresentem ocasiões propícias". Ora, de duas uma: ou *disposição* é o mesmo que *resolução*, e retorna-se ao campo da volição; ou é mero *pensamento*, e não pode ter consistência para justificar a *unidade* jurídica do crime continuado.

Embora rejeitando a teoria objetiva *por ser contrária ao direito positivo italiano*, LEONE (ob. cit., pág. 269) faz a seguinte confissão:

"... *ad onta degli sforzi compiuti della dottrina, di porre un concetto fermo e sicuro di questo estremo del reato continuato, nella pratica giudiziaria sarà, piuttosto, una intuizione del giudice, un criterio di benignità che si verrà imponendo, quasi una finzione di esistenza di questo nesso psicologico, come osservano alcuni scrittori tedeschi. Basta la più piccola esperienza giudiziaria per osservare come resti quasi generalmente senza alcuna dimostrazione concreta l'ammissione di un tale elemento: il giudice, per una intuitiva sensazione e per quel motto di equità — che, come vedremo, costituisce l'anima dell'istituto — riconosceva quell'identità di risoluzione col codice abrogato e riconosce quella identità di disegno col codice vigente, che autorizza a fissare la pena in più umani limiti, senza che egli stesso riesca ad avvertire in che consista tale estremo*".

Deixemos, porém, de parte o trabalho de Sisifo a que se entregam os subjetivistas, na pesquisa de um *momento* psicológico que, antecedendo à volição, sirva de *alma* ao crime continuado.

Preliminarmente, é inteiramente dispensável para a *existência do delictum continuatum* a averiguação de um elo subjetivo entre as várias ações. Como se poderia reconhecer esse *quid* psicológico senão deduzindo-o da homogeneidade objetiva das sucessivas ações?

Seria inútil em tal sentido a própria *confissão* do acusado, se não se apresentasse demonstrado o elemento psicológico unitário pela conexão exterior das ações. Corolário lógico: na identificação do crime continuado, é supérflua a pesquisa de fundamento

me e de fim meramente ofensivo, compreendendo punhais, canivetes-punhais (lâminas até 10 cm, inclusive), bengalas, guarda-chuvas e quaisquer outros objetos que contenham es-

outro além da homogeneidade ou encadeamento objetivo dos elementos sensíveis da atividade criminosa. É *necessária e suficiente* essa homogeneidade apreciada *ab externo*: a ulterior indagação de um elemento subjetivo unitário é tudo quanto há de mais ocioso. Este singelo raciocínio remonta a VON BAR (*Gesetz und Schuld im Strafrecht*, III, pág. 582, 1900): "...o dolo unitário, dado que pudesse ser reconhecido de modo geral, não seria senão um simples "reflexo das circunstâncias objetivas." Se assim não fosse, não "poderia ser reconhecido. Por outras palavras: a exigência do dolo "unitário é supervacânea" ("...so würde der verlangte einheitlich Vorsatz, sofern er überhaupt beachtet werden soll, zu einem blossen Spiegelbild der objektiven Umstände; ist er dies nicht, so wird er nicht beachtet. Mit anderen Worten: das Erfordernis des einheitlichen Vorsatz ist überflüssig").

FLORIAN, não obstante adepto da teoria objetivo-subjetiva, não deixa de reconhecer (*Trattato, parte geral*, 1926, vol. II, pág. 68), "*che nella vita pratica del diritto il concetto di unicità della risoluzione è piuttosto empirico, giacchè mentre logicamente e psichicamente dovrebbe precedere tutti i reati poi commessi ed esserne quasi il preludio, l'esatto accertamento di ciò incontra difficoltà enormi, onde comunemente della continuazione si giudica a posteriori ed alla stregua di criteri esterni (la successione dei reati nel tempo, ecc.)*"

O principal argumento, porém, contra a exigência de um elemento subjetivo unitário no conceito do crime continuado é de que ela redundava num flagrante contra-senso, num evidente ilogismo. Sabe-se que o crime continuado, fundamentalmente, atende a um

^d Em sentido contrário, mas sem razão alguma, ROBERTO LIRA (*Comentários ao Código Penal*, vol. II, pág. 37).

Sem a devida atenção, BASILEU GARCIA (*in Justitia*, vol. II, ano II, fasc. II) e MAGALHÃES NORONHA (*Crimes contra os costumes*, 1943, pág. 52) continuam insistindo na indeclinabilidade da "unidade de desígnio", que seria o único elemento distintivo entre "crime continuado" e "concurso material". Ora, é tão-somente a homogeneidade objetiva das ações que torna possível o descrime em todos os casos. A unidade de desígnio é meramente *eventual*. Pode deixar de existir, não obstante a homogeneidade objetiva, e nem por isso deixará de apresentar-se o crime continuado.

padas, estoques, punhais ou espingardas (art. 445, § 4.º, da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendadas da República); b) as setas, bombas e petardos; c) os facões em forma de punhal.

objetivo de equidade,^e importando uma exceção à regra do “concurso material”, no sentido de uma penalidade mitigada. É um benefício que se instituiu em favor do inculpado, para conjurar, em certos casos, um excesso de pena.

Ao invés de considerar-se na espécie uma pluralidade de crimes com penas acumuladas, sem qualquer temperamento, reconhece-se, por ficção jurídica, que se trata de crime *unum et idem*, aplicando-se uma pena complexa, mas inferior à que resultaria da soma das penas, se reconhecido o concurso material. Pois bem; o elemento psi-

* M. E. MAYER e VON HIPPEL, entre outros, acentuam que o crime continuado tem, igualmente, um fundamento de *utilidade*, qual o da *economia do processo*. Diz o primeiro (ob. cit., pág. 167): “...es wäre unzweckmässig, jede einzelne Handlung zu bestrafen, weil dann im Prozess jede einzelne nachgewiesen, also ein unverhältnismässig grösser Aufwand an Zeit, Mühe und Geld getrieben werden müsste. Die Annahme des fortgesetzten Verbrechens ermöglicht, es dahingestellt sein zu lassen, ob der Tatbestand einmal mehr oder weniger ausfüllt worden ist, und sich mit dem Beweis wiederholter Verwirklichung zu begnügen” (“...seria inconveniente punir cada ação de per si, por “isso que, tornando-se necessário apurar no processo cada uma delas, “haveria um desproporcionado gasto de tempo, de esforço e de dinheiro. A admissão do crime continuado permite dispensar a verificação do número exato das várias ações, contentando-se com a “prova da repetição do crime”). VON HIPPEL (ob. cit., pág. 536) argumenta do mesmo modo: “Der allein gangbare Weg ist hier vielmehr, eine Anzahl Stichproben zu machen, die den Anfang, die Fortsetzung und den Schluss festlegen und dann zu verurteilen wegen eines fortgesetzten Delikts, wobei die Mehrzahl der Fälle bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist und res judicata auch für die nicht ausdrücklich festgestellten Fälle eintritt”.

Segundo prevalente doutrina, não há possibilidade de duas ações penais ou dois julgamentos, relativamente aos “fragmentos” do crime continuado, senão quando, numa primeira *condenação*, não tenha sido aplicado o máximo do acréscimo de pena em virtude da *continuação*. Fora daí, o julgamento de alguns dos atos sucessivos faz *res judicata* em relação aos demais.

O texto penal não faz distinção entre armas próprias e impróprias, de modo que o vocábulo *armas*, por ele empregado, deve ser entendido na acepção genérica. Como subsídio para a interpretação, podem ser invocados os Códigos italiano, francês e uruguaio. Dispõe o primeiro (art. 585): “*Entende-se por armas, para os efeitos da lei penal: 1.º, as de “disparo e todas as outras cuja destinação natural é a ofensa*

cológico reclamado pela teoria objetivo-subjetiva, longe de justificar esse abrandamento da pena, faz dele a paradoxal recompensa a um *plus* de dolo ou de capacidade de delinquir. É de toda a evidência que muito mais merecedor de pena é aquele que *ab initio* se propõe repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina, de caso em caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade, que lhe afrouxa os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável.

O êxito ou impunidade da primeira ação e a persistência da ocasião propícia exercem uma poderosa influência psicológica, no sentido de quebrantar ainda mais a resistência à tentação. Logo, a repetição do *mau passo*, em tais condições, é menos censurável do que a que resulta de um propósito formado de antemão. NINO LEVI (*in Il Codice Penale Illustrato*, de Ugo CONTI, fasc. 3.º, pág. 294), depois de acentuar que quem comete a primeira infração não tem, de regra, o propósito de cometer outras, observa: “...*poi per gli allettamenti della impunità, per quella minore valutazione morale che corrisponde alla reiterazione del fatto in confronto al fatto iniziale (e che dal punto di vista psicologico è a mio avviso la giustificazione più efficace della minore ripressione del reato continuato), per il persistente impulso al conseguimento di quello stesso obbiettivo, ricade: vi è reato continuato. Senza di che si arriverebbe a questo assurdo: di punire più gravemente chi abbia opposto una certa resistenza agli impulsi criminosi e magari lottato per resistere e di beneficiare chi abbia, frigidamente pacatoque animo fin dal primo momento concepito tutto lo svolgimento del disegno criminoso”.*

A incongruência da teoria objetivo-subjetiva já era acusada por VON BAR (ob. cit., pág. 586): “Não tem certamente direito a benigno “tratamento, por isso que revela maior intensidade de dolo, aquêlê “que, segundo um único plano (resolução) ou um plano delineado “de antemão em seus detalhes, pratica vários crimes da mesma es- “pécie; mas, ao contrário, não deixa de ter esse direito aquele que, “dada uma ocasião essencialmente idêntica à em que já uma vez

“à pessoa; 2.º, todos os instrumentos aptos a ofender e cujo “porte é proibido por lei de modo absoluto ou quando não haja motivo justificado. São assimiladas às armas as substâncias explosivas e os gases asfixiantes ou cegantes”.

O Código francês assim explica (art. 101): “*Sont compris dans le mot armes toutes machines, tous instruments ou utensils tranchantes, perçants ou contondants. Les couteaux et ciseaux de poche, les cannes simples, ne seront réputés armes qu'autant qu'il en aura été fait usage pour tuer, bles-*

“praticou o crime e sem que nesse meio tempo um sério motivo o “dissuadisse do mau caminho, cede novamente à tentação”. f

No mesmo sentido, M. E. MAYER (loc. cit.): “...tão evidente é o “acréscimo de energia que a resolução criminosa imprime à unidade “do dolo, que dificilmente se acomodaria o benigno tratamento colimado em razão da concepção conjunta das ações sucessivas” “...*offenbar wird durch die Einheitlichkeit des Vorsatz die Energie de verbrecherischen Entschlossenheit so gestert, dass die mildere Beurteilung, die durch die Zusammenfassung der Einzelakte bezweckt wird, schlecht am Platze wäre*”.

MEZGER (*Tratado de derecho penal*, trad. esp. de Muñoz, II, 321) igualmente adverte: “... se o agente possuísse realmente, de antemão, um dolo unitário, por exemplo, de abusar impudicamente de

f “*Auf mildere Beurteilung hat aber sicher — wegen grösserer Intensität des Dolus — keinem Anspruch, wer infolge einheitlichen Planes (Entschlusses) oder gar vorher entworfenen detaillierten Planes mehrere gleichartige Verbrechen begeht Wohl aber hat jenen Anspruch, wer durch eine wesentlich gleichartige Gelegenheit, da er schon einmal das Delikt begangen hat, ohne inzwischen eine ernstliche Abmahnung... zu erfahren weiter die Bahn des Verbrechen zu verfolgen in Versuchung geführt wird*”.

Ao argumento de que a unidade de designio é índice de maior intensidade de dolo, responde LIRA (loc. cit.) que “não o seria menos o *motu continuo* celerado que é antes reiteração do que continuação”.

Em primeiro lugar, não há *moto continuo* no crime continuado. Este, apesar do seu nome, caracteriza-se, paradoxalmente, pela *descontinuidade* das ações que o compõem. Além disso, seria interessante saber qual o critério para distinguir entre o *delictum continuatum* e o *delictum reiteratum*, se se abstrai a homogeneidade objetiva das ações simillares.

ser ou frapper". O preceito do Código uruguaio, finalmente, é o seguinte (art. 293): "*Se entiende por armas a los efectos de la ley penal y siempre que en ella no se disponga otra cosa, tanto las propias como las impropias. Son armas propias, aquellas que tienen por objecto el ataque o la defensa,*

"uma criança em toda ocasião propícia, e tal dolo não seria certamente um motivo de atenuação, mas, ao contrário, de agravação da pena. Precisamente o sucumbir sempre de novo à tentação corresponde, em face dele, à idéia do crime continuado".

BELING (*Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 370), do mesmo modo, desacredita a teoria da *resolução conjunta*: "Uma resolução dirigindo-se, de antemão, à totalidade das ações, só a têm, de regra, precisamente os piores criminosos, que operam segundo um plano. Não a tem aquele que é seduzido, iterativamente, pelas várias oportunidades. Assim, o benefício do *delictum continuatum* não reverteria em favor dos que mais o merecem, e *vice versa*... Para a construção jurídico-penal, tem-se de partir das ações, e não das fontes psicológicas de que decorrem, pois as ações é que são puníveis, e não as *resoluções criminosas*".^h

^g LIRA (ob. cit., pág. 376) diz que esse exemplo "não seria de crime continuado, e sim de reiteração, pela nova atitude da vontade".

Ora, a cada uma das ações do crime continuado corresponde sempre, necessariamente, uma volição particular, tal como se dá no concurso material; mas isso, como é claro (e o proclamam os subjetivistas), não exclui a possibilidade de uma genérica resolução *ab initio* ou um desígnio de conjunto (alheio à volição, como querem os neo-subjetivistas), que a teoria defendida por LIRA declara imprescindível à continuação. O caso figurado por MEZGER, quer em face da teoria objetivo-subjetiva (reconhecida a unidade de plano), quer perante a teoria puramente objetiva (dada a homogeneidade considerada *ab externo*), é de típico crime continuado.

^h "*Einen von vornherein auf das Ganze gehenden Gesamtschluss werden nämlich in der Regel gerade nur die schlimmeren Verbrecher, die planmässig arbeiten, haben; der durch öftere Gelegenheiten wieder und wieder Verführte hat ihn gerade nicht, und so käme die Wohltat des delictum continuatum gerade denen nicht zu gute, die sie am ersten verdienen und vice versa... Für die strafrechtliche Konstruktion ist eben auszugehen von den Handlungen, nicht von dem seelischen Quell, aus dem sie fliessen; die Taten es, die strafbar sind, nicht die verbreiterischen Entschlüsse*".

las substancias explosivas o corrosivas, y los gases asfixiantes o corrosivos. Son armas impropias, todos los instrumentos aptos para dañar, cuando se lleven en forma de infundir temor”.

Por último, é indissociável a Imprestabilidade ou Insuficiência da teoria objetivo-subjetiva quando se tem em vista que ela exclui a continuação no campo da culpa *stricto sensu*, pois nesta não se pode falar em plano criminoso. É de chocante iniquidade que o benefício da continuação seja outorgado aos delinquentes dolosos e não o seja aos culposos, isto é, justamente àqueles que mais devem ter direito a eis.¹ Assim, por exemplo, a cozinheira que, segundo um plano preconcebido, deita veneno, em dias sucessivos, no alimento da patroa, será favorecida pela continuação; mas, se, por mero descuido na limpeza do caldeirão de cobre em que prepara a comida, causa reiterados danos à saúde da patroa, terá de sofrer as penas acumuladas! Basta esse desconchavo de maior benignidade para com o delincente doloso, em cotejo com o simplesmente culposo, para justificar o repúdio da teoria objetivo-subjetiva, que só por aferro à tradição ainda persiste no direito penal positivo.

Ao tomar partido por essa desprestigiada teoria, ROBERTO LIRA, valendo-se de uma breve informação de FISARIA (ob. cit., págs. 246 e segs.), afirma que “a última palavra da doutrina na Alemanha” a respeito do crime continuado, é a opinião de DILLER, que teria negado qualquer razão de existência a essa construção jurídica. Antes do mais, o verdadeiro pensamento de DILLER (*Die fortgesetzte Delikte im Licht der Strafrechtserneuerung, in Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, vol. 56, 3.º fasc., 1936, págs. 361 e segs.) é que o crime continuado deve ser, *de lege ferenda*, considerado uma simples variante ou modalidade do concurso material (*Tatmehrheit*), mas posto que, quanto a este, se permita uma certa elasticidade na aplicação da pena: “O crime continuado deve ser, de futuro, convenientemente apenado na órbita do concurso material, em que se possibilitará um mais dúctil sistema de punição, a fim de atender devidamente a todos os possíveis graus de culpabilidade” (*Das fortgesetzte*

¹ Conforme acentua a *Exposição de motivos* do Ministro CAMPOS, em face da fórmula do art. 51, § 2.º, do novo Código, “não padecem dúvida a possibilidade de *continuação* até mesmo em crime culposo, como no exemplo, sempre citado, do motorista que, com o seu veículo em excessiva velocidade, atropela um transeunte e, prosseguindo na carreira desenfreada, atropela outro”

Entre as armas impróprias, podem ser citadas as seguintes: machados grandes ou pequenos, facões, facas de cozinha, trinchetes ou facas de sapateiro, sovelas, tesouras grandes ou médias, navalhas, foices, forcados, formões, compassos, limas, corta-papéis e canivetes de tamanho comum ou acima do comum, furadores de gelo, chaves inglesas, etc.

Delikte wird deshalb zweckmassigerweise künftig im Rahmen der Tatmehrheit strafrechtlich gehndet, wobei ein weiterer Strafraumen es ermöglichen wird, alle auftauchenden nach Gebür strafrechtlich zu erfassen") .

De jure constituto, porém, DILLER não vacila em manifestar-se pela teoria objetiva do crime continuado, impugnando o ponto de vista do *Reichsgericht* e da Comissão Oficial do Direito Penal alemão (que cedeu à opinião de FREISLER, no sentido da jurisprudência do *Reichsgericht*) . Depois de acentuar que, em face do direito penal voluntarístico, não vale assentar uma noção, arbitrária e aprioristicamente, sobre um puro elemento subjetivo, mas, sim, fixar os elementos objetivos dos quais se deduza, com segurança, a maior ou menor intensidade do dolo, conclui: "Aplicado ao crime continuado, significa isso que, para o seu conceito, não é de ser exigido, como essencial, o dolo de conjunto, pois a conexão continuada deve ser, de preferência, apreciada e determinada segundo característicos objetivos, uma vez que se reconheça a necessidade de conservar esse "instituto jurídico-penal" ("Auf die fortgesetzte Handlung angewendet heisst dies, dass der Gesamtvorsatz für deren Begriff nicht als Wesensmerkmal gefordert werden darf, dass der Fortsetzungszusammenhang vielmehr nach objektiven Merkmalen auszurichten und zu bestimmen, ist, wenn anders man die Notwendigkeit dieser strafrechtlichen Erscheinungsform fortan bejaht") .

O Cód. Penal brasileiro, embora conservando a figura do crime continuado, procurou atender ao justo raciocínio que, antes de DILLER, já era formulado por todos os defensores da teoria objetiva: a pesquisa de especial elemento subjetivo, no crime continuado, deve ser feita, de caso em caso, e quando possível, somente para o fim da medida da pena complexa. E a esta imprimiu o Código, no § 2.º do art. 51, a necessária amplitude ou maleabilidade para corresponder ao objetivo de seu ajustamento à variedade dos casos concretos.

O que decide para a existência do crime continuado é tão-somente a homogeneidade objetiva das ações, abstraído qualquer nexo psicológico, seja volitivo, seja meramente intelectual. A unidade de dolo, de resolução ou de desígnio, quando efetivamente apurada, longe de funcionar como causa de benigno tratamento penal, deve

Para que se apresente a-agravante, é necessário que haja o efetivo emprego da arma, isto é, que o agente se sirva dela para o ataque ou que a empunhe ameaçadoramente ou a traga ostensivamente, com o propósito de infundir temor à vítima. Se assim não fosse, não haveria motivo para a exasperação especial da pena, isto é, não se daria o mais grave

ser, como índice de maior intensidade do dolo do agente ou de sua capacidade de delinqüir, uma *circunstância judicial* de elevação da pena-base (art. 42).

Em face do Código, pode ser assim definido o crime continuado: é uma pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva, reconhecível pelas condições de tempo, de lugar, maneira de execução e outras semelhantes. É uma série de ações separadas no sentido natural, mas que, em virtude de sua homogeneidade exterior é *juridicamente* considerada uma só ação. Na verdade, trata-se de uma espécie de *concurso material*, e como tal deveria ser tratado, se a lei, colimando, principalmente, um fim de *equidade* ¹ e, secundariamente, um fim de *utilidade* (economia da atividade processual), não entendesse de *fingir a unidade*, com fundamento na aludida homogeneidade considerada *ab externo*.

O primeiro requisito do crime continuado é a prática repetida de *crime da mesma espécie*. Considera-se tal a violação do mesmo artigo da lei penal. É necessária a identidade do conteúdo específico de cada crime, ou, como dizem os autores alemães, a "*Einheit des Tatbestands*". Não se segue daí, porém, que deva ser excluída a continuação quando se apresentem formas *simples* e formas *qualificadas* do crime, posto que não haja mudança de *nomen juris*. Assim, pode haver continuação entre *furto* previsto no *caput* do art. 155 e *furto* previsto no § 4.º do mesmo artigo; mas já não haverá entre *furto* (simples ou qualificado) e *roubo*. O que se faz mister é que seja idêntico o *tipo fundamental* (*Grundtatbestand*) ou que seja violada, como diz MAYER, a "norma incriminadora principal". É também fora

¹ CARRARA (*Programma*, parte geral, § 510): "*Data la pluralità di azioni, il rigore dei principii avrebbe richiesto che all'autore delle medesime si imputassero tutti come altrettanti distinti titoli di delitto. Ciò portando per necessità logica ad una agglomerazione di pene che poteva essere esorbitante, i pratici introdussero la dottrina della continuazione, la quale ebbe lo scopo benigno di considerare i più delitti come un solo delitto continuato*".

tolhimento da capacidade de resistência psíquica e física do sujeito passivo. O porte oculto de arma pode tornar mais audaz o agente, mas não contribui, obviamente, para vencer a relutância da vítima. O que os olhos não vêem, coração não sente.

de dúvida que pode existir continuação entre a forma *consumada* e a forma *tentada* do crime. A *tentativa* não é mais do que uma *subespécie* do crime a que diz respeito.

O requisito da *identidade de tipo de crime* importa a *identidade "in abstracto"*, mas não reclama, necessariamente, a *unidade* do bem jurídico lesado. Esta só é exigível quando se trate de *bens eminentemente pessoais* (*höchstpersönliche Rechtsgüter*), como a *vida*, a *integridade corporal*, a *honra*, a *liberdade*, o *pudor individual*. Neste caso, é obviamente imprescindível que o sujeito passivo seja o mesmo, isto é, que haja unidade do bem jurídico lesado (*Einheit des verletzten Rechtsguts*), pois que, tratando-se de bens que só podem ser lesados *na pessoa* do respectivo titular, não é admissível, sem ofensa ao bom senso, que, diversas as pessoas, a lesão praticada contra uma seja *continuação* da praticada contra outra. Redundaria num absurdo dizer-se, por exemplo, que o homicídio de Tício seja continuação do homicídio de Mévio, por maior que seja a conexão objetiva entre um crime e outro. Já ninguém duvida, entretanto, que o homicídio de Tício pode ser continuação da tentativa de homicídio que contra êle praticara, na véspera, o mesmo agente. Do mesmo modo, não será continuação o atentado ao pudor praticado sucessivamente contra diversas crianças, mas poderá ser considerado tal se o sujeito passivo é sempre o mesmo.

Em todos os demais crimes, para cuja prática é indiferente (da parte do agente) a pessoa do titular do bem jurídico (por exemplo: os crimes patrimoniais) ou que se dirigem *in incertam personam* (exemplo: crimes contra a saúde pública, ultraje público ao pudor), basta, como pressuposto da continuação, a *identidade* dos bens lesados, pouco importando a pluralidade de sujeitos passivos.

Vejamos, agora, o que significam as "condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes", a que alude o § 2.º do art. 51, como índices da continuação.

A condição de *tempo* é a que na doutrina alemã se chama "conexão temporal adequada", isto é, uma certa continuidade no tempo (exemplo: o ladrão, no curso de uma noite, subtrai, de vários quartos de um hotel, objetos pertencentes aos diversos hóspedes), ou, pelo menos, uma *periodicidade* tal, que não iniba de se observar um *certo ritmo* (como diz MAYER), entre as ações sucessivas (exemplo: o agente,

rágrafo único), cuja fórmula reproduziu quase *ipsis literis* o Código aceitou a tese defendida, entre nós, por LEONÍDIO RIBEIRO (*Direito de curar*). Ficou, assim, explicitamente resolvida, em face do nosso direito positivo, uma questão que tem provocado largo debate doutrinário. Entre os autores alemães, pode dizer-se que a opinião prevalente era no sentido da incriminação do tratamento arbitrário, segundo a fórmula genérica do constrangimento ilegal (*Nötigung*) ou, no caso de operação cirúrgica, como lesão corporal dolosa. Neste último sentido opinava VON BAR (ob. cit., III, pág. 76): “*Die ohne Zustimmung des Operierten vorgenommenen Operation ist vorsätzliche Körperverletzung*” (“A operação cirúrgica praticada sem o consentimento do paciente é lesão corporal dolosa”). Entre os defensores de ponto de vista contrário, porém, podem ser citados, entre outros, DIETRICH e NATHAN, aquele invocando na espécie o *estado de necessidade*, e este argumentando que o interesse do Estado na cura das enfermidades sobreleva o da liberdade dos próprios enfermos. HAHN inclina-se pela illicitude penal, mas ressalva os casos em que haja uma faculdade, direta ou indiretamente oriunda da lei, para abstrair-se a vontade do paciente, como quando este é um militar ou um prisioneiro; mas reconhece que “cada vez mais ganha terreno a idéia de que o indivíduo deve preservar a sua saúde ou curar-se de enfermidades, não somente por amor de si mesmo, senão também em benefício da coletividade” (“*Immer mehr bricht sich der Gedanke Bahn, dass der Einzelne nicht allein um seiner selbst willen gesund bleiben bzw. werden soll, sondern auch zugunsten der Volksgesamtheit*”). O Projeto alemão de 1927 adotara o critério de recortar, no caso, uma figura delituosa especial, sob o *nomen juris* de “tratamento arbitrário” (*eigenmächtig Heilbehandlung*), divergindo do Projeto de 1925, que enquadrava o fato no dispositivo sobre o constrangimento. A Comissão oficial da reforma do Cód. Penal alemão, após o advento do nacional-socialismo, deliberou incriminar o fato de “quem submete outrem, sem sua anuência, a tratamento com o fim de cura” (“*Wer einen anderen ohne seines Einwilligung zu Heil-*

dico arbitrário”, desde que se apresente justificado por sua indeclinabilidade e urgência. O § 3.º, n.º I, do art. 146 expressamente declara a licitude penal da “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”. Como já fizera o Projeto SÁ PEREIRA (art. 223, pa-

falso contra várias pessoas, sucessivamente; o automobilista, na mesma vertiginosa carreira (isto é, com a mesma imprudência), atropela, sucessivamente, vários transeuntes.

A cláusula “e outras semelhantes” refere-se a qualquer outra condição *objetiva* que possa indicar a homogeneidade das ações. Assim, entre outras, o aproveitamento da mesma ocasião (das mesmas circunstâncias), ou de persistente ocasião favorável, ou o aproveitamento da mesma relação permanente. Exemplos: o doméstico subtrai diariamente charutos ao patrão; o morador da casa, frauda, por vezes sucessivas, o medidor da luz elétrica; o coletor de rendas apropria-se, por várias vezes, do dinheiro do Estado.

Cumpra-se notar que, via de regra, nenhuma das citadas condições, considerada isoladamente, possui decisivo relevo sintomático. O caso comum é o da *diagnose* fundada em mais de uma delas.

Não se podem prefixar todas as possíveis condições objetivas indicatórias do crime continuado. Ao prudente arbítrio do juiz, guiado pela fórmula genérica da lei, pela lição doutrinária e pelo entendimento comum, é que caberá, necessariamente, identificar, de caso em caso, a homogeneidade objetiva das ações apreciadas em conjunto. Repita-se que, para a *existência* da continuação, pouco importa que o agente tenha procedido segundo um plano predeterminado. Sem dúvida, há casos em que a *resolução coletiva* é manifesta. Haja vista o caso citado por von LISZT, do indivíduo que emite pouco a pouco o dinheiro falso que obteve. Não se pode deixar de reconhecer, aqui, que o agente se propôs, *ab initio*, a execução parcelada de um só objetivo. Na impossibilidade de *passar*, de uma só vez, todo o estoque de dinheiro falso, resolveu, velhacamente, introduzi-lo a *prestações*. Mas, em casos como este, é ainda a coesão objetiva, das ações que *decide* sozinha: as ações sucessivas, apreciadas *a posteriori*, se apresentam como etapas de um mesmo *iter*. Se não existisse essa coesão reconhecível *ab externo*, não haveria crime continuado, ainda que de outro modo se pudesse inferir o desígnio unitário. Este somente servirá, como circunstância indicativa de intensidade do dolo, para que a pena complexa aplicável (pena-base unificada mais aumento especial decorrente da continuação) se incline na direção do máximo”.

rágrafo único), cuja fórmula reproduziu quase *ipsis literis* o Código aceitou a tese defendida, entre nós, por LEONÍDIO RIBEIRO (*Direito de curar*). Ficou, assim, explicitamente resolvida, em face do nosso direito positivo, uma questão que tem provocado largo debate doutrinário. Entre os autores alemães, pode dizer-se que a opinião prevalente era no sentido da incriminação do tratamento arbitrário, segundo a fórmula genérica do constrangimento ilegal (*Nötigung*) ou, no caso de operação cirúrgica, como lesão corporal dolosa. Neste último sentido opinava VON BAR (ob. cit., III, pág. 76): "*Die ohne Zustimmung des Operierten vorgenommenen Operation ist vorsätzliche Körperverletzung*" ("A operação cirúrgica praticada sem o consentimento do paciente é lesão corporal dolosa"). Entre os defensores de ponto de vista contrário, porém, podem ser citados, entre outros, DIETRICH e NATHAN, aquele invocando na espécie o *estado de necessidade*, e este argumentando que o interesse do Estado na cura das enfermidades sobreleva o da liberdade dos próprios enfermos. HAHN inclina-se pela ilicitude penal, mas ressalva os casos em que haja uma faculdade, direta ou indiretamente oriunda da lei, para abstrair-se a vontade do paciente, como quando este é um militar ou um prisioneiro; mas reconhece que "cada vez" "mais ganha terreno a idéia de que o indivíduo deve preservar" "a sua saúde ou curar-se de enfermidades, não somente por" "amor de si mesmo, senão também em benefício da coletividade" ("*Immer mehr bricht sich der Gedanke Bahn, dass der Einzelne nicht allein um seiner selbst willen gesund bleiben bzw. werden soll, sondern auch zugunsten der Volksgesamtheit*"). O Projeto alemão de 1927 adotara o critério de recortar, no caso, uma figura delituosa especial, sob o *nomen juris* de "tratamento arbitrário" (*eigenmächtig Heilbehandlung*), divergindo do Projeto de 1925, que enquadrava o fato no dispositivo sobre o constrangimento. A Comissão oficial da reforma do Cód. Penal alemão, após o advento do nacional-socialismo, deliberou incriminar o fato de "quem submete outrem, sem sua anuência, a tratamento com o fim de cura" ("*Wer einen anderen ohne seines Einwilligung zu Heil-*

zwecken behandelt”), mas, a seguir declara: “Se o agente “não pode aguardar o consentimento sem que a demora “exponha a sério perigo a vida ou saúde do paciente, não “é punível o tratamento arbitrário” (*“Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar”*).

Na Itália, MANZINI opina pela licitude penal e, distinguindo entre o caso de recusa do enfermo e o caso em que o mesmo se acha em estado de inconsciência, ora fala em *legítima defesa de terceiro que a si mesmo se faz uma injusta violência*, ora em *estado de necessidade*. GRISPIGNI igualmente admite a exclusão de crime, desde que se verifique o estado de necessidade: *“Nonostante la arbitrarietà del trattamento, e qualunque sia l'esito incolpevole del medesimo, ed anche se accompagnato da atti restrittivi della libertà individuale, esula ogni e qualunque responsabilità penale. E la ragione di tale impunità dipende dal fatto che in essi trovano applicazione le norme sullo stato di necessità”*. Propugnando pelo critério que veio a prevalecer no Código, LEONÍDIO RIBEIRO invoca o apoio de vários autores, cada qual com argumentos dificilmente refutáveis. Assim RICARDO ROYO: *“El enfermo ignora a menudo lo que debe hacerse en su propio interés; solo el médico puede tomar la decisión necesaria. Además el paciente se dejaría impresionar, influenciar más de lo conveniente, ante el temor de una operación talvez indispensable, lo cual no sucede con el cirujano, que gosa de una completa libertad e tranquilidad de ánimo. Por otra parte, el enfermo que recusa la operación urgente e indispensable puede a veces cometer un verdadero suicidio, y el médico que no lo practicase cooperaria a él en estas circunstancias”*. LOUIS FAURE assim se pronuncia: *“Souvent l'opération s'impose avec une sorte d'évidence, et si elle peut être féconde en surprises et en émotions, au moins est-ce en toute tranquillité d'esprit et en pleine conscience de son devoir que le chirurgien se prepare à l'exécuter. Tel est le cas, si commun, mais en même temps si grave de toute hernie étranglée.*

Non seulement l'opération est nécessaire, mais elle doit être immédiate. Une hésitation, un retard de quelques heures, et ce sera la mort. L'hésitation n'est pas permise, et le retard est sans excuse. Le chirurgien n'a pas le droit de s'abstenir. Je pense même qu'il a le droit d'opérer toujours, même contre la volonté du malade".

JIMÉNEZ DE ASÚA, em apoio de GRISPIGNI, opina pelo reconhecimento do estado de necessidade: "Alguns tratadistas — MANZINI, por exemplo — alegam que aqui se apresenta um caso de legítima defesa em favor de terceiro, julgando ver na recusa do enfermo a salvar-se um ataque ilegítimo contra sua própria vida. A mim me parece insustentável tal critério, porque, na verdade, não há real ataque. O que aqui ocorre é um estado necessário, que constitui causa de justificação".

FLORIANO DE LEMOS (*Direito de matar e curar*) argumenta com todo acerto: "O direito moderno considera a vida um bem coletivo. O homem não se pertence só a si, senão à sociedade, de que faz parte integrante. A hipótese se enquadra, então, sem a menor dúvida, em questão de ordem pública. E sendo assim, como de fato é, a vida um bem coletivo, claro está que, em tais circunstâncias excepcionais (*perigo de vida ou iminência de morte*), o médico pode e deve agir arbitrariamente, porque há uma razão jurídica a invocar: o interesse do agente é legítimo, a utilidade manifesta para a sociedade". O mesmo autor, entretanto, desarrazoadamente acrescenta: "...penso que uma lei acaso promulgada, estabelecendo e regulando, em boa disciplina, o direito de tratar, *não deve referir-se ao tratamento arbitrário*. O médico que pratique esse tratamento sempre que puder; faça-o em sã consciência, debaixo da melhor técnica, e não há que temer a prestação de contas com a Justiça". Semelhante conclusão abstrai que, no campo doutrinário, há séria controvérsia sobre a liceidade do tratamento arbitrário, de modo que, na ausência de dispositivo exposto reconhecendo tal conformidade com o direito, o médico arriscar-se-ia aos dissabores de um processo penal. Além disso, o *limite ao*

tratamento arbitrário não pode ficar *ad libitum* do médico, mas deve ser nitidamente fixado na lei.

Precisamente para dirimir a dúvida relativa ao enquadramento do tratamento arbitrário no *estado de necessidade* (ou na legítima defesa de terceiro, como quer MANZINI), e traçar uma divisa à sua prática, é que o atual Código achou de bom aviso discipliná-lo *expressis verbis*.

Em face do inciso n.º II do § 3.º do art. 146, o tratamento arbitrário só é declarado lícito quando justificado por *imminente perigo de vida*. Não basta um simples perigo à saúde, nem um remoto ou incerto perigo de vida. Cumpre que a intervenção médica ou cirúrgica se apresente *necessária, urgente, inadiável*, para conjurar a iminência da morte do paciente. É preciso que exista a realidade *objetiva, concreta*, do perigo de vida, que, certa ou muito provavelmente, segundo a indicação científica, será debelado pelo tratamento a aplicar. Não é suficiente uma possibilidade mediata do evento letal ou condicionada a eventuais complicações. Torna-se desautorizado o tratamento arbitrário mesmo nos casos em que, embora previsível a morte do enfermo, tenha este um período mais ou menos prolongado de sobrevivência.

Outro caso em que explicitamente se declara a exclusão de criminalidade é o da “coação exercida para impedir suicídio” (§ 3.º, n.º II, do art. 146). O debate doutrinário em torno de tal caso tem sido suscitado a propósito da chamada “greve da fome” (de que foi *campeão* o famoso prefeito de Cork e a que recorria, de vez em quando, o mahatma Ghandi). A opinião dominante manifestou-se no sentido da licitude dos meios coercitivos empregados para frustrar o suicídio. Embora não constitua crime, o suicídio não deixa de ser um fato antijurídico (veja-se vol. V destes *Comentários*, n.º 42). O sacrifício da própria vida excede à atividade lícita do indivíduo. Não há o *direito de morrer*. O pretense direito absoluto do indivíduo sobre si mesmo é uma concepção aberrante. O indivíduo não pertence somente a si próprio, senão também à sua família e à sociedade. É um elemento de sinergia e cooperação no *processus* do todo social. A auto-eliminação é, portan-

to, contrária à ordem jurídica, e o impedi-la, ainda que violentamente, não pode incorrer na reprovação do direito. Como diz RIETZCH, “quem impede outrem, pela violência, de praticar o suicídio, age em consonância com os fins da coletividade e não deve ser ameaçado com a sanção penal, a título de constrangimento ilegal (*“Wer einen anderen mit Gewalt an der Verübung des Selbstmordes hindert, handelt im Einklang mit den Zielen der Volksgemeinschaft und darf nicht durch den Tatbestand der Nötigung mit Strafe bedroht werden”*). Já acima defendemos a opinião de que, para impedir uma ação ou omissão antijurídica em geral, a constrição violenta de um indivíduo sobre outro deixa de ser criminosa, e já também acentuamos que o nosso Código, ao reconhecer expressamente a licitude da coação para evitar suicídio, fê-lo apenas para afastar a controvérsia doutrinária sobre se o suicídio é ato *contra jus* ou simplesmente imoral (ou indiferente ao direito).

AMEAÇA

155. **Histórico e legitimidade da incriminação.** O direito romano não conheceu a ameaça como crime *sui generis*: ora punia-a como *tentativa*, quando o mal ameaçado constituía crime, ora a incluía no vasto gênero da *injúria*, como se infere desta passagem de ULPIANO: “*Si quis pulsatus quidem non est, verum manus adversus eum levatae, et saepe territus quasi vapulaturus, non tamen percussit: utili injuriarum actione tenetur*” (Dig. XLVII, 10, 15, § 1.º). No direito intermédio, adotava-se o mesmo critério, ou considerava-se a ameaça como modalidade da *violação da paz* (*violatio pacis*). O Código francês (1810) não considera a ameaça como crime senão quando *imperativa*, isto é, acompanhada de *ordem* ou *condição*. Dizia MONSEIGNAT que a ameaça simples é “*une jattance insignifiante, éphémère et sans consequence de la vivacité ou de l’irréflexion*”. Idêntica, na Itália, era a opinião de GIULIANI: “*In generale, le minaccie tra privato e privato non presentano quel carattere d’allarme politico che*

rende necessaria la pena. La minaccia, a parlar rettamente, altro non è che un sforzo dell'amor proprio dell'uomo, con cui egli tenta di farsi credere superiore al suo simile nelle forze corporee; ma essa ha questo di proprio, che mentre apparentemente manifesta l'uomo disposto alle vie di fatto, in sostanza lo palese alieno da esse. I popoli più timidi, i più alieni da atti di violenza, sono i più proclivi a minacciare. Quelli al contrario che sono feroci e bellicosi eseguiscono, e non minacciano mai". O raciocínio, porém, não convence. Nem sempre é verdade que *cão que ladra não morde*, e por isso mesmo a ameaça, quando séria e grave, quase sempre acarreta uma viva e perturbadora inquietação de ânimo ao ameaçado.

Foi o direito positivo alemão que teve a iniciativa de incriminar a ameaça simples (*Bedrohung*), distinguindo-a do constrangimento ilegal (*Nötigung*). Entre nós, já o Código de 1830 previa a ameaça como crime autônomo, classificando-o entre os crimes *contra a segurança individual*: “Prometer, ou protestar fazer mal a alguém por meio de ameaças, ou sejam de palavras, ou por escrito, ou por outro qualquer meio”. O Código de 1890, inspirando-se no modelo italiano, incluía a ameaça no elenco dos crimes *contra a liberdade pessoal*; mas, seguindo, por outro lado, o modelo germânico, somente punia a ameaça de *crime*: “Prometer, ou protestar, por escrito assinado, ou anônimo, fazer a alguém um mal que constitua crime, impondo, ou não, qualquer condição ou ordem”.

Como objetividade jurídica de tal crime, os autores alemães, via de regra, indicam o “sentimento da paz jurídica” (*subjektive Rechtsfrieden, Friedensgefühl*), ou a “confiança na segurança jurídica” (*Glauben an die Rechtssicherheit*). Von LISZT nega que se trate de crime contra a liberdade, pois o que a ameaça ofende é a “consciência da segurança jurídica, ou confiança na força tutelar da ordem jurídica” (*“Bewusstsein der Rechtssicherheit, das Vertrauen auf die schützende Macht der Rechtsordnung”*). Não se pode, entretanto, abstrair que o sentimento ou consciência de segurança diz com a liberdade psíquica ou interna da pessoa humana.

Um dos fatores desnormalizantes da vontade ou perturbadores da liberdade de querer e agir é o *medo*. Sob a influência do medo, o indivíduo sofre uma constrição moral, uma quebra de sua isenção de ânimo, uma restrição à espontaneidade de sua conduta. O homem intimidado deixa de estar integrado na plenitude de sua autonomia volitiva. CARRARA assim raciocinava: “O critério que torna politicamente impu-
“tável a ameaça vem da influência que ela exerce no ânimo
“do ameaçado: o temor suscitado pela ameaça faz com que
“este se sinta menos livre, abstendo-se de muitas coisas
“que, sem isso, teria tranqüilamente praticado, ou realizando
“do outras de que se teria absterido. A agitação que a ameaça
“desperta no espírito restringe a faculdade de refletir placidamente e deliberar por livre alvedrio; impede certos atos,
“ao mesmo tempo que obriga a outros de prevenção e cautela, e daí resulta uma constrição, quer da liberdade interna, quer, muitas vezes, da liberdade externa”.

Conforme reconhece HÄLSCHNER, não se compreende a liberdade pessoal sem a liberdade e a tranqüilidade internas, e quando falta ao indivíduo a consciência de segurança na própria esfera jurídica, também a atuação exterior fica tolhida. A dissensão em torno ao tema, como observa FLORIAN, não é senão superficial. Não se pode negar que o efeito imediato da ameaça é a perturbação da tranqüilidade do espírito ou do sentimento de segurança; mas isto não quer dizer que a ameaça não pertença ao sistema dos crimes contra a liberdade individual, pois esta, compreendida no seu sentido lato, abrange, inquestionavelmente, o direito de se estar tranqüilo. A perturbação, conseqüente ao medo, da íntima atividade do espírito, afeta a liberdade interna e, necessariamente, a própria liberdade externa. Com a ameaça, é suprimida ou restringida, temporariamente, a livre formação e manifestação da vontade. Segundo pondera GAUTIER, a ameaça é punida *‘parce qu’elle inquiète, qu’elle trouble la paix du menacé, sa tranquillité personnelle, mais aussi sa liberté’*.

156. **Conceito e elementos do crime.** O Código atual assim define o crime de ameaça (*minaccia, menace, Bedrohung*): “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”. Como se vê, foi alterado o direito anterior: o mal ameaçado deve ser injusto e grave, mas não é necessário que constitua crime. Voltou-se, assim, ao critério do Código monárquico, a cuja fórmula apenas se acrescentou a condição de *injustiça* e *gravidade* do mal ameaçado. Em vez do ponto de vista do Código de 1890, que restringia o crime em questão à promessa ou protesto de *crime*, sem cuidar da maior ou menor gravidade deste, o legislador de 40 preferiu ampliar o conteúdo da entidade criminal à ameaça de todo mal injusto e grave, cedendo, assim, ao raciocínio de que, muitas vezes é mais intimidante a ameaça de um mal penalmente indiferente do que a de um crime.

Outra alteração trazida pelo Código vigente refere-se aos meios executivos da ameaça. Limitava-os o Código revogado à palavra *escrita* ou *oral*, e a propósito dizíamos nós (*Compendio de Direito Penal*, parte especial, II, pág. 326): “Passível de censura é a fórmula do art. 184 ao incriminar a ameaça unicamente quando feita “por escrito, assinado ou anônimo, ou verbalmente”, abstraindo, portanto, a ameaça *real* ou *simbólica* (por atos, por gestos ou sinais)”. O legislador de 1890 rejeitou, aqui, o exemplo do Código alemão, que não faz referência ao *processus* da ameaça (“*Wer einen anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht*”), e o do nosso Código de 1830, que, depois de referir-se à “palavra” e ao “escrito”, usava de uma locução genérica: “ou outro qualquer modo”. Assim, não incorrerá na sanção do dito artigo o indivíduo que, com o fim de intimidação, apontar contra outro uma arma de fogo, ou contra ele alçar uma bengala, ou pintar à porta de sua casa a sugestiva figura de uma caveira ou de um punhal a gotejar vermelhão da China. Não se poderá dizer que fatos dessa ordem somente causam medo aos pusilâmines, dos quais não deve cuidar, na espécie, a lei penal.

Só um perfeito discípulo de ZENÃO ou um herói à DUMAS ou a ZÉVACO deixará de experimentar, ao se lhe chegar uma garfucha ao peito, aquela característica sensação do "*morceau qui ne veut pas passer dans la gorge...*".

O Código atual corrigiu a falha, mencionando, além da palavra escrita ou oral, o *gesto* ou *qualquer outro meio simbólico*.

São elementos do crime de ameaça: a) manifestação do propósito de fazer a alguém um mal futuro; b) injustiça e gravidade desse mal; c) conhecimento da ameaça por parte do sujeito passivo; d) dolo específico.

A ameaça pode traduzir-se por qualquer meio de manifestação do pensamento: verbalmente, por escrito, por gestos, sinais, atos simbólicos, procedendo o agente indissimulada ou encobertamente (*escopelismo*) e posto que a compreenda o ameaçado. Vem daí a qualificação da ameaça em *oral*, *escrita real* ou *simbólica*. Exemplos desta última forma: colocar um ataúde à porta de alguém, enviar-lhe uma caveira ou o desenho de um punhal atravessando um corpo humano. A ameaça pode ser *direta* (quando o mal anunciado se refere à pessoa ou patrimônio do sujeito passivo) ou *indireta* (ameaça de dano a uma pessoa vinculada ao sujeito passivo por especiais relações de afeto). Pode ainda ser *explícita* ou *implícita* (exemplo desta segunda espécie: um indivíduo escreve a outro que, para resolver a dissensão entre ambos, "não tem medo de ir para a cadeia").

Diversamente do constrangimento ilegal, a ameaça é um crime *formal*, isto é, consuma-se ainda quando, *in concreto*, não se verifique o resultado (intimidação) visado pelo agente, desde que a ameaça, considerada em si mesma, seja idônea para atemorizar um homem comum. Quando da revisão do Projeto suíço de 1913, dizia CALAME, ao repelir a proposta de considerar-se a ameaça como crime material (*Protokoll der 2ten Expertenkommission*, III, pág. 102): "*Je ne comprends pas et n'approuve pas l'abandon en cette circonstance d'un principe que nous nous efforçons de suivre dans la définition de tous les autres délits, le principe qui fait dépendre la cul-*

pabilité avant de tout l'intention delictueuse du délinquant. En pratique, le texte qu'on nous propose nous obligerait a nous en remettre purement à la déclaration du lesé. Il y aurait délit quand le lesé déclarerait avoir été troublé dans son repos. Dans tous les cas, c'est de l'individualité du lesé, de sa sensibilité nerveuse, qu'il dépendrait qu'il y eût on n'y eût délit. Ce resultat serait très regrettable". O ponto de referência, na espécie, é a impressionabilidade do *homo medius*, e não a do *homo constantissimus*, de que falava GAIO, ou a do *justus et tenax propositi vir*, do qual dizia HORÁCIO que "*si fractus illabatur orbis impavidum ferient ruinae*". A lei não leva em conta *quod raro accidit* e, além disso, a própria noção da responsabilidade penal desaconselha adotar-se como critério de decisão a maior ou menor resistência moral do ameaçado, em vez da *má intenção* exteriorizada pelo agente. A ameaça não deve ser apreciada *subjetivamente* ou em relação ao grau de nervosidade de quem a recebe, mas segundo o que mais frequentemente acontece. Não há dúvida que todo homem é intimidável, e é bem conhecida a frase do bravo Marechal NEY: "*Je voudrais bien savoir quel est ce Jean Foutre qui n'a jamais eu peur*"; mas também é certo que a ameaça suficiente para intimidar o *bonus paterfamilias* pode apenas fazer sorrir a um indivíduo de rija fibra, do mesmo modo que uma ameaça inócua para o comum dos homens pode ser acabrunhadora para os que trazem o medo à flor da pele. Em tais condições, o critério justo é o de considerar-se a ameaça sob um prisma objetivo, isto é, de acordo com a média da sensibilidade humana. A lei penal não exige heroísmos, mas também não é tutela dos que temem *assombrações ao meio-dia*.

Pouco importa se o agente estava ou não disposto a cumprir a ameaça, uma vez que tenha esta a aparência de séria e o agente tinha consciência disto. É a lição de THORMANN e OVERBECK (ob. cit., pág. 173): "*Ob der Drohende wirklich beabsichtigte, die Drohung auszuführen oder ausführen zu lassen, m. a. W. ob die Drohung ernst gemeint war, ist gleichgultig, sobald sie nur dem andern als ernst gemeint erchein*

und der Täter dies wusste". Não deixa de ser ameaça criminosa a que é feita, por exemplo, com uma arma de fogo descarregada ou simulada, desde que o sujeito passivo ignorava tal circunstância. Não valerá ao agente alegar a ausência de intenção de executar a ameaça, pois esta é incriminada independentemente de tal intenção. O crime existe pelo simples fato da intimidação. Basta o propósito de causar sobresalto, temor, inquietação de ânimo.

A ameaça pode ser *condicional*, mas nem por isso se identifica com a tentativa de constrangimento ilegal: nesta, há o propósito de intimidação como *meio compulsivo* para uma determinada ação ou abstenção do paciente, ao passo que na ameaça condicional o principal fim do agente não deixa de ser simples incutimento de medo.

Trata-se do mais elementar dos crimes contra a liberdade pessoal e nenhum outro apresenta caráter tão marcadamente *subsidiário*: se a intimidação deixa de ser um fim em si mesma, já não se configura um crime autônomo, passando a ameaça a ser elemento, essencial ou accidental, de outro crime, ou tentativa deste. O mal ameaçado deve caber dentro das possibilidades do agente ou de pessoa ao seu dispor, pois, de outro modo, não passará de uma jactância ridícula (exemplo de CARRARA: "farei a lua cair sobre tua cabeça"). Não há confundir a ameaça com a *praga* (exemplo: "a geada há de exterminar o teu cafezal"; "a Deus suplico que te faça cair a língua"). Também não constitui ameaça, sob o ponto de vista penal, a que é proferida de modo vago (exemplo: "você se arrependerá"; "fique certo de que não esqueço o mal que me fazem"). A indeterminação formal da ameaça, porém, não impede a identificação do crime, se as circunstâncias de fato ou a qualidade das pessoas podem completar o que há de reticente nas palavras (exemplo: após uma alteração azeda, na sede de um grêmio, um dos adversários diz ao outro: "espero-te lá fora").

Por isso mesmo que a ameaça é incriminada pela sua mera *potencialidade* de intimidação, não pode ser sujeito passivo dela senão pessoa que tenha, ainda que restrita, a

capacidade de entendimento ou, mais precisamente, a capacidade de representar-se mentalmente o perigo de um mal. Não será crime, mas um vanilóquio, a ameaça dirigida a um *infans*, a um louco, a um idiota completo, a um bêbedo que mal se conserva em pé. Igualmente não concretiza o crime a ameaça feita *in incertam personam*, pois, em tal caso, carece de eficácia intimidativa. É claro que somente a *pessoa física* ou *natural* pode ser sujeito passivo da ameaça, pois a *pessoa jurídica* não é intimidável, nem a seu respeito se pode falar de liberdade psíquica ou sentimento de segurança. A ameaça dirigida a uma coletividade orgânica só é crime quando represente uma atemorização às pessoas físicas que a compõem. E em tal hipótese haverá *unidade* de crime, dada a unidade de ação e de desígnio. Já o mesmo, porém, não acontecerá se a ameaça é dirigida a várias pessoas reunidas acidentalmente, pois, então, não obstante a unidade de ação, há, necessariamente, multiplicidade de intenção.

O mal anunciado, diz o texto legal, deve ser *injusto e grave*. A liberdade pessoal, por isso mesmo que ajustada aos quadros jurídicos, não se pode dizer *injustamente* cerceada, senão quando o cerceamento é praticado *sine jure* ou sem o apoio legal. Não constitui crime de ameaça o protesto de fazer um mal a que se tem direito. Não incorro em sanção penal se, por exemplo, protesto fazer penhorar os bens do meu devedor ou despedir um empregado relapso.

Ao contrário do que ocorre no constrangimento ilegal, em que o mal anunciado pode ser *justo* em si mesmo (servindo-se, porém, o agente da faculdade de praticá-lo para obter coisa a que não tem direito), na ameaça é condição *sine qua non* do crime a injustiça do mal prometido.

Alheia à injustiça do mal anunciado é a sua *gravidade*. Esta se mede pela qualidade objetiva do dano que a ameaça põe em perspectiva. Nada tem a ver com a maior ou menor ilegitimidade desse dano, do mesmo modo que independe da maior ou menor *seriedade* da ameaça ou intensidade do dolo do agente, ou da variável impressionabilidade do sujeito passivo. Pode o dano prometido ser *pessoal* (ataque à vida, à in-

tegridade física, à reputação) ou econômico (prejuízo patrimonial de relevo).

O crime se consuma desde que a ameaça é ouvida ou lida pelo sujeito passivo, ou chega ao seu conhecimento por intermédio de terceiro. Não é necessária a presença do ameaçado no momento em que se exterioriza a ameaça. Como acontece, de regra, nos crimes formais, a ameaça não admite *tentativa*. Ou o crime se consuma ou não há crime: *tertium non datur*. Não desconvença deste ponto de vista o exemplo, formulado por CARRARA, da carta ameaçadora que se extravai, não chegando às mãos do destinatário. Como adverte LONGO, a carta extraviada não é mais que um *ato preparatório*, que se torna *indiferente* pelo fato mesmo do extravio.

O dolo, na espécie, é a vontade consciente de manifestar o propósito de um mal injusto e grave, com o fim de intimidar. Pouco importa que o agente, no seu íntimo, não tenha o intuito de realizar o mal prometido. Há porém, que distinguir entre a ameaça formulada *pravo animo* (isto é, com a perversa intenção de incutir medo) e a que se profere *jocandi animo*, ou por mera explosão de bazófia, ou como simples descarga de um subitâneo assomo de ira. Somente no primeiro caso é que se pode identificar o dolo específico do crime. Eis a propósito a justa lição de CRIVELLARI: “È necessario que le minaccie provengano da animo freddo, non da dolo d'impeto; le jattanzze, le minaccie dell'uomo irato richiamano a misure preventive e non cadono sotto la censura del magistrato penale”. FLORIAN é menos radical, mas reconhece que, em certos casos, a exaltação do agente pode evidenciar a falta de *seriedade* da ameaça. Lê-se num aresto da Corte de Cassação italiana que a ameaça não deve ser “*Vestrinsecazione di un improvviso moto dell'animo erompen-te nel calore della rissa ou della contesa, ma all'incontro il risultamento d'un riflessivo, deliberato proposito ostile*”.

157. **Ação penal.** No crime de ameaça, é condição de punibilidade a *representação*. A ação é *pública*, mas a iniciativa do Ministério Público depende de provocação do ofen-

dido. Segundo pondera GAUTIER, “*c'est naturel et presque forcé dans ce délit, dont la commission n'est généralement connue que du délinquant et du menacé et où le menacé seul peut juger, s'il ne lui convient pas mieux et s'il n'est plus sage d'y répondre par le dédain*” (Protokoll, II, pág. 471).

SEQUESTRO OU CÁRCERE PRIVADO

158. **Histórico.** A detenção arbitrária de pessoas já era incriminada pelo direito romano. MARCIANO informa que incorria na *Lex Julia de vi publica* “*qui hominem dolo malo incluserit, obsederit*” (Dig., XLVIII, 6, 5, princ.). Com uma constituição de ZENÃO, o *privatus carcer* passou a ser considerado crime autônomo, cominando-se-lhe a pena capital. Foi incluído entre os *crimina laesae majestatis* o fato de “*ubicunque domi privati carceris exercere custodiam*” (Cód., IX, 5, I), e isso porque “*personarum custodiam ad solum principem pertinet*”. Ao tempo de JUSTINIANO, a pena foi abrandada, passando a ser a de talião, isto é, encarceramento por tanto tempo quanto tivesse durado a detenção da vítima: “*Constitutio jubet privatas custodias non fieri, et eos, qui fecerint, poenae subjici, et tot dies manere in publico carcere, quot fuerit quis in privato ab eis inclusus*” (Cód., IX, 5, 2).

No antigo direito germânico, era previsto tanto o cárcere privado, como, genericamente, o sequestro de pessoas: “*Si quis liberum contra legem per vim pro pignore tenuerit aut in domo recluserit ut liberum non habeat egressum cum XI sol. componat*”. Também assim no direito estatutário italiano: “*Si quisquemquam ceperit, et quasi in privato carcere, in domo sua, vel castro, vel in alio loco ubi posse et fortiam habuerit, retinuerit, condemnatur etc.*”. Pode dizer-se que no direito intermédio, tal como no direito romano, o *carcer privatus* era considerado crime de lesa-majestade, pois com ele se entendia usurpada uma prerrogativa do *princeps* (e resquício de tal conceito é ainda hoje o título “*cárcere privado*”). Ampliou-se a incriminação: “*non solum quis dicitur committere carcerem privatum retinendo aliquem in*

carceribus inclusum, verum etiam, si retinet aliquem extra carceres in compedibus, sive vinculis, sive in latumtis, sive alio modo". Não se punia o cárcere privado quando exercido por *justa causa* e não ultrapassasse de 20 horas. Dizia JULIUS CLARUS: "*Qui alium capit ex justa causa, potest illud detinere spatio viginti horarum et ipsum captum judici praesentare... Qui capit aliquem et detinet ex injusta causa, punitur poena privatis carceris, etiam illum detinet minori spatio viginti horarum*".

O Código francês (1810) incluiu o crime em questão sob o título de "*arrestations illégales et sequestration de personnes*" (arts. 341 a 344); mas foi o Código alemão (1871) que, no seu § 239, traçou uma fórmula genérica sobre a *seqüestração da liberdade (Freiheitsberaubung)* compreensiva do cárcere privado ou detenção arbitrária (*Einsperrung*), como de qualquer outro modo de ilícita supressão da liberdade pessoal, no seu aspecto de liberdade de locomoção ("*Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlich Freiheit beraubt etc.*"). O nosso Código de 1830, ainda adstrito ao critério romanístico, somente previa o caso de cárcere privado, que assim definia (art. 190): "Haverá cárcere privado, quando alguém for recolhido preso em qualquer casa, ou edifício não destinado para prisão pública, ou aí conservado sem urgentíssima necessidade pela autoridade, oficial ou pessoa, que o mandar prender, ou o prender; e, bem assim, quando for preso nas prisões públicas por quem não tiver autoridade para o fazer". Já o Código de 1890 adotava a fórmula extensiva (art. 181): "Privar alguma pessoa de sua liberdade, retendo-a, por si ou por outrem, em cárcere privado, ou conservando-a em seqüestro por tempo menor de 24 horas" (a retenção por mais de 24 horas era *forma agravada* do crime). A fonte de tal dispositivo fora o art. 330 do Cód. Penal português (1852), retocada e alterada em parte a sua redação um tanto dúbia e difusa: "Todo o indivíduo particular que fizer cárcere privado, retendo por si ou outrem, até 24 horas (o adverbio *até* é empregado aqui no

“sentido de *durante*, pois se a retenção durar menos de “24 horas, passa a ser considerada *ofensa corporal*), alguém “como preso em alguma casa, ou em outro lugar onde seja “reteúdo e guardado em tal maneira, que não seja em toda “a sua liberdade, posto que não tenha nenhuma prisão, será “condenado, etc.”.

O Projeto SÁ PEREIRA-MORAIS-BULHÕES (art. 226), sob a rubrica “seqüestração”, dispunha: “Aquele que, ilegalmente, “privar alguém de sua liberdade, será punido com deten- “ção. A pena será a de prisão até cinco anos: I, se o crimi- “noso tiver seqüestrado uma pessoa para dela abusar, entre- “gá-la à prostituição, ou por meio dela obter vantagem pe- “cuniária; II, se a tiver seqüestrado, ou feito seqüestrar, “sob o falso pretexto de tratar-se de doente mental; III, se, “durante a seqüestração, a tiver maltratado, ou, em conse- “quência dela, a saúde da vítima se alterar de modo a fa- “zer-lhe perigar a vida; IV, se a pessoa seqüestrada for as- “cendente, descendente ou cônjuge do seqüestrador; V, se “tiver a seqüestração durado mais de um mês”. Como se vê, entre as *formas qualificadas* do crime incluíam-se até modalidades de crimes *contra os costumes* e mesmo uma hipótese de *extorsão* (crime patrimonial). O Projeto ALCÂNTARA (art. 330) reproduzia, com alguma alteração, a fórmula do Código de 90, e a seguir, imitando o Código italiano, cuidava de hipóteses de prisão arbitrariamente efetuada por funcionário público (isto é, modalidades de crime *contra a administração da justiça*). A Comissão Revisora enjeitou esse critério unitário, que, sôbre importar o desconhecimento do caráter subsidiário dos crimes contra a liberdade, constitui uma quebra do sistema, defendido pelo próprio Rocco, de classificação dos crimes segundo a prevalência do interesse lesado ou verdadeiro escopo da ação (ou omissão) antijurídica.

159. Conceito e objetividade jurídica. O seqüestro e o cárcere privado (*sequestration, Freiheitsberaubung, sequestro di persona*) são formas da criminosa supressão ou restrição da liberdade pessoal, encarada esta, notadamente, como

jus eundi ultro citroque ou liberdade de ir e vir. Como observa HAFTER, há grande afinidade entre qualquer das formas da privação de liberdade de locomoção e o constrangimento ilegal, pois aquelas não são mais do que uma constrição para que alguém se abstenha de movimento no espaço ou para submeter-se a uma enclausuração (“*ein Zwang, die Bewegung in Raum zu unterlassen, eine Einsperrung zu dulden*”).

Entende ROMEIRO (*Dicionário de direito penal*) que o cárcere privado é um *genus*, de que o seqüestro é uma *species*: “O crime de cárcere privado pode tomar a forma de detenção ou de seqüestro; dá-se a detenção quando a violência exercida sobre a pessoa consiste no impedimento ou obstáculo de sair de um certo e determinado lugar; no seqüestro compreende-se o fato de conservar a pessoa em lugar solitário e ignorado, de modo que difícil seria a vítima obter socorro de outro”. Parece-nos, entretanto, mais acertado dizer que o seqüestro é o que é o *gênero* e o cárcere privado a *espécie*, ou, por outras palavras, o seqüestro (arbitrária privação ou compressão da liberdade de movimento no espaço) toma o nome tradicional de *cárcere privado* quando exercido *in domo privata* ou em qualquer recinto *fechado*, não destinado a prisão pública. Tanto no seqüestro, quanto no cárcere privado, é detida ou retida a pessoa em determinado lugar; mas, no cárcere privado, há a circunstância de *clausura* ou *encerramento*. Abstraída esta accidentalidade, não há que distinguir entre as duas modalidades criminais, de modo que não se justificaria uma diferença de tratamento penal.

Trata-se, em qualquer das hipóteses, de crime *permanente* típico: o seu momento consumativo (privação ou restrição da liberdade de locomoção do sujeito passivo) perdura ou se protraí por um tempo mais ou menos longo. Enquanto não cessa a *permanência*, encontra-se o agente em estado de *flagrante delicto*.

O que a lei penal protege, na espécie, particularmente, é a liberdade pessoal de movimento, a faculdade de movimento da pessoa no âmbito espacial que a lei lhe assegura

(*körperliche Bewegungsfreiheit*), o direito de ir e vir ou escolher o lugar onde se quer ficar (*jus ambulandi, manendi, eundi ultro citroque*).

160. Elementos constitutivos. São *essentialia* do crime em questão, na sua dupla forma: a) detenção ou retenção de alguém em determinado lugar; b) dissentimento, explícito ou implícito, do sujeito passivo; c) ilegitimidade objetiva da retenção ou detenção; d) dolo.

O conteúdo de fato de ambos os crimes é a impossibilitação de afastar-se a vítima do lugar em que o agente a coloca. A única diferença, como já notamos, é que, no seqüestro, diversamente do cárcere privado, a detenção ou retenção não se efetua em recinto fechado, mas *all'aperto* ou sem enclausuramento. Constituirá seqüestro, por exemplo, o fato de manter a vítima, em sítio ignorado ou oculto, ligada a uma árvore ou amarrada de pés e mãos, ou transportá-la num automóvel sem possibilidade de invocar socorro, fazê-la subir ao topo de um alcantil, e, em seguida, retirar os meios para a descida.

Para que se integre o crime, em qualquer de suas variantes, não é necessário que a vítima fique absolutamente impedida de retirar-se do local em que a põe o agente: basta que não possa afastar-se (transportar-se para outro lugar) sem grave perigo pessoal, ou, como diz FLORIAN, “sem um esforço de que não seja normalmente capaz”. Já ensinava FARINÁCIO: “*Generaliter quocumque modo quis inclusus, seu non inclusis, cum vinculis vel sine vinculis retinetur, ut tamen recedere non possit, semper dicitur sub carcere privato inclusus*”. É reconhecível o crime até mesmo no caso em que a vítima não possa livrar-se por inexperiência ou ignorância das condições do local, ou por estar sob vigilância, ou no caso, sempre figurado, da mulher honesta que é deixada, sem as vestes, num compartimento aberto ou à margem do rio em que se banhava.

O sujeito passivo é qualquer pessoa (“alguém”). Questiona-se, em doutrina, se o paciente pode ser pessoa que não

tenha a efetiva possibilidade de locomover-se, *scilicet*: doentes graves, estropiados, paralíticos. Entende VON LISZT que, em tal caso, apenas ocorre uma *tentativa contra objeto impróprio* (“*Versuch am untauglich Objekt*”). É inaceitável semelhante opinião, desde que se raciocine que a liberdade de locomoção não é somente a liberdade de mover-se por si mesmo (ou com o auxílio de meios ortopédicos ou *suplementares*: muletas, cadeiras de rodas, etc.), senão também a de fazer-se mover ou poder ser movido por outrem. É o que observa HAFTER (ob. cit., pág. 97): “Também o paralítico tem *liberdade de movimento físico* em certo sentido, posto que *lhes* devem ser asseguradas a vontade e a possibilidade de *fazer-se mover por outrem*” (“*Auch der Gelähmte hat immerhin in dem Sinne eine körperliche Bewegungsfreiheit, als ihm der Wille und die Möglichkeit, sich durch andere fortbewegen zu lassen, geschützt werden muss*”). Além disso, com o incriminar o seqüestro ou cárcere privado, a lei penal tutela, de par com a liberdade de movimento no espaço, a liberdade de ação *in genere*, e esta implica não só que eu possa agir por mim mesmo, como por intermédio de outrem, abrangendo, portanto, o direito; que me assiste, de que outras pessoas se aproximem de mim (ALIMENA).

Pretendem igualmente alguns autores que o crime de que ora se trata não é concebível senão quando se impede a atuação de uma vontade normal. KAB (*apud* FLORIAN) chega mesmo a afirmar que o crime não subsiste desde que falte, no sujeito passivo, a consciência da privação da liberdade de movimento. Assim, não poderia ser o crime cometido contra o *infans*, o louco, o bêbedo inconsciente, a pessoa que se acha a dormir ou em estado de torpor, ou sem sentidos, etc. Pode replicar-se, com vantagem, que, ao proteger a liberdade física do indivíduo, a lei não leva em conta o grau de sua maturidade ou saúde mental (FLORIAN), e quando se segrega uma pessoa, mesmo *à son insu*, tirando-se-lhe a possibilidade de ser ajudada ou socorrida por outrem, não há negar que está sendo privada ou restringida na sua liberdade corporal.

Pouco importa o meio executivo do crime (em qualquer de suas formas): tanto pode ser praticado mediante violência física, como mediante o emprego de narcóticos ou entorpecentes, ou qualquer meio fraudulento ou insidioso.

Também é indiferente que a ação se realize *per abductionem de loco ad locum* ou *per obsidionem* (retenção da vítima no lugar onde já se achava).

O crime pode ser praticado até mesmo por omissão (exemplo: deixar de pôr em liberdade um louco restabelecido).

O consentimento do sujeito passivo, uma vez que se trate de pessoa *sui juris*, e não haja ofensa aos bons costumes ou a indeclináveis normas jurídicas concernentes à inviolabilidade da pessoa humana, exclui o crime. Como diz GRISPIGNI, “*lo Stato non ha un interesse diretto ed immediato nel fatto che sempre ed in ogni istante i cittadini siano liberi di muovere a piacere le parti del loro corpo*”. Não se pode identificar o crime, por exemplo, na internação de alguém, por sua vontade, num convento ou mosteiro. Também *extra reatum est* o indivíduo que encerra outro, a seu pedido, numa alcaça, para que se cure, por exemplo, do vício da embriaguez.

Além do dissenso da vítima, é condição do crime que não se apresente *justa causa*. Em vários casos, a privação ou restrição da liberdade de ir e vir, ainda contra a vontade do paciente, decorre de permissão legal ou, pelo menos, é tolerada nos hábitos sociais. Assim, a prisão em flagrante delito, a internação de enfermos mentais, o isolamento de doentes contagiosos, a disciplina doméstica do “quarto escuro”, etc. Inexiste o crime sempre que a detenção, mesmo *in domo privata*, atenda a uma *necessitas cogens*, como, por exemplo, no caso de segregação transitória de um louco perigoso ou de delinqüente preso em flagrante, enquanto se providencia sobre o seu transporte para o distante manicômio ou presídio. No caso de disciplina doméstica ou escolar (“quarto escuro”, “cafua”), o abuso (encerramento prolongado ou em lugar impróprio) pode concretizar, não o cárcere privado, mas o crime de *maus tratos* (art. 136). Em outros tempos, admitia-se até mesmo que o marido, por justificado ciúme, pudes-

se, *ad correctionem*, enclausurar a esposa: *mariti zelotypia perciti possunt carcerare uxorem*; mas, atualmente, a auto-riedade marital já não pode exercer-se por vias de fato...

O elemento subjetivo do seqüestro ou cárcere privado é a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade alheia. O fato não é punível a título de culpa *stricto sensu*. Como em qualquer outro crime, o dolo é excluído pelo *erro de fato*, dada a ausência de consciência da injuridicidade da conduta. Assim, inexiste o dolo no caso do indivíduo que, iludido pelas circunstâncias, supõe outro afetado de moléstia contagiosa e o encerra num quarto, até que possa ser examinado pelo médico. É possível, na espécie, o *dolus subsequens*, como na hipótese já acima citada de prolongamento de internação do louco já restabelecido ou quando é revogado o anterior consentimento do paciente.

161. Mudança de título do crime. O seqüestro ou cárcere privado deixa de ser crime contra a liberdade pessoal, quando praticado por *funcionário público*, com abuso da função ou a pretexto de exercê-la, passando, então, a ser elemento de fato da "violência arbitrária" (art. 322) ou do "exercício arbitrário ou abuso de poder" (art. 350). Tal como se dá com o constrangimento ilegal e a ameaça, o crime em questão, quando constitui *meio* ou *elemento* de outro crime, perde a sua autonomia e é *absorvido* por êste. É o que ocorre, *in exemplis*, no caso de "extorsão mediante seqüestro" (artigo 159), no "rapto" (art. 219), numa das modalidades do "favorecimento à prostituição" (art. 228, *in fine*), na "redução a condição análoga à de escravo" (art. 149).

162. Formas qualificadas. Nos §§ 1.º e 2.º do art. 148, são previstos casos *qualificados* do seqüestro ou cárcere privado. A pena, *independente* da cominada no *caput* do artigo, é sensivelmente exasperada, passando a ser reclusão por dois a cinco anos, quando: a) a vítima é ascendente ou cônjuge do agente; b) o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital, e c) a privação da li-

berdade dura mais de 15 dias; ou passando a ser reclusão por dois a oito anos, quando resulta à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral.

Plenamente justificado é, em tais casos, o maior rigor penal. Na hipótese de ser a vítima ascendente, descendente ou cônjuge do agente, é também violado o particular dever familiar (e sempre para fins inconfessáveis, ainda quando não se enquadre o fato no setor da *extorsão*). O preceito legal é inextensível, de modo que não se dá a especial agravação de pena no caso de ser a vítima pai ou filho *adotivo*, padrasto ou genro do agente.

Na hipótese de internação da vítima em casa de saúde ou hospital, há o emprego de requintado meio fraudulento, que aumenta a *quantidade* subjetiva e política do crime. É claro que, se o agente procede na errônea persuasão de que a vítima está realmente enferma e necessitando da internação para fim de tratamento, fica excluída a punibilidade, dada a ausência de dolo.

No caso de duração da detenção por mais de 15 dias, o crime adquire um cunho de maior lesividade objetiva, além de revelar mais intensa malignidade do agente, assim como, ao revés, uma *momentânea* privação de liberdade não chega mesmo a assumir caráter de ilicitude penal (cabendo, aqui, o adágio de que *de minimis non curat praetor*).

Finalmente, no caso de inflicção de maior sofrimento físico ou moral, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, o acréscimo de exasperação da pena por si mesmo se justifica. Por *maus tratos* se deve entender qualquer ação ou omissão que cause ou possa causar dano ao corpo ou saúde da vítima ou vexá-la moralmente (exercer contra ela violências, privá-la de alimentos ou da possibilidade de asseio, sujeitá-la a zombarias cruéis, não lhe dar agasalho contra o frio, etc.). Se dos maus tratos resultar *lesão corporal* ou *morte*, haverá concurso material de crimes, respondendo o agente na conformidade do art. 51.

A expressão *natureza da detenção* refere-se ao modo e condições objetivas da detenção em si mesma (meter a vítima a ferros ou no tronco, insalubridade do local, forçada promiscuidade da vítima com gente de classe muito inferior à sua, exposição da vítima a males ou perigos que excedem aos da forma simples do crime).

REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANALOGA A DE ESCRAVO

PLÁGIO

163. **Histórico.** Sob o nome de *plagium*, o direito romano punia a escravização de homem livre, bem como a compra e venda ou assenhoreamento de escravo alheio. No Digesto (XLVIII, *De lege Fabia de plagiartis*, 16, 6, § 2.^o) encontra-se a seguinte passagem de CALLISTRATO sobre o *crimen plagii*: "*Lege Fabia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum, vel libertinum invitum celexerit, invictum habuerit, emerit sciens dolo malo, quive in earum qua re socius erit, quiqve servo alieno, servaeve persuaserit, ut a domino, domineve celaverit, invinctum habuerit (emerit), sciens dolo malo, quive in ea re socius erit: ejus poena teneatur*" Mais sintético era PAULO, segundo o qual *plagiário* era "*qui civem romanum ingenuum, libertinum servumve alienum celaverit, vendiderit, vinxerit, comparaverit*"

Na Idade Média, era chamado *plagium* não só o furto de servos, como o rapto de homens ou crianças *non libidinis causa*.⁷²

Posteriormente, já extinta a escravidão *de direito*, o nome *plagium* ainda continuou a ser usado para designar a escravização *de fato*.

⁷² Os práticos distinguam entre o *plagium civile* e o *plagium litterarium*, consistindo este na apropriação de obra literária de outrem. Modernamente, o termo *plágio* é mais comumente empregado na última acepção.

Instituída, na maioria dos Códigos Penais, a classe dos crimes contra a liberdade individual, a supressão de fato do *status libertis* passou a ocupar entre eles posto de relevo. Não o contemplou, entretanto, o Código francês, que, por sinal, merece o elogio de GARRAUD por tal omissão, com o fundamento de que se trata de uma incriminação imaginária, a relembrar costumes de outros tempos. No Projeto francês de 1934, entretanto, está previsto o *plágio* e o que é mais, com o seu conceito antigo, isto é, como o fato de "*celui qui réduit ou maintient une personne en esclavage, achète ou vend des esclaves, ou participe à tout trafic ou exploitation des esclaves*" (art. 394). Como observa FLORIAN, "*soltanto una angusta concezione della condizione di schiavitù (d'altronde ancora tanto diffusa, pur troppo) può condurre ad affermare che cotesto delitto sia una sopravvivenza del passato ed impossibile in concreto ai di nostri*".

No Brasil, o Código de 1830, servindo à instituição legal da escravidão, incriminava o fato de "reduzir a escravidão pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade". O Código de 1890, porém, era inteiramente alheio ao plágio, mesmo no seu conceito moderno. Omissos a respeito era também o Projeto SÁ PEREIRA (em qualquer de suas edições). O projeto ALCÂNTARA (mantido, neste ponto, com a mesma redação, pela Comissão Revisora, que se limitou a diminuir o máximo da pena cominada), incluía entre os crimes contra a liberdade pessoal o fato de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo".

164. Conceito do crime. O crime de que ora se trata (art. 149) é a completa sujeição de uma pessoa ao poder de outra. Protege a lei penal, aqui, o *status libertatis*, ou seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações. Refere-se o texto legal à "*condição análoga à de escravo*", deixando bem claro que não se cogita de redução à *escravidão*, que é um conceito jurídico, isto é, pressupondo a possibilidade legal do *domínio* de um homem sobre outro. O *status libertatis*, como estado de direito, permanece inalterado, mas, *de fato*, é

suprimido. Entre o agente e o sujeito passivo se estabelece uma relação tal, que o primeiro se apodera totalmente da liberdade pessoal do segundo, ficando este reduzido, de fato, a um estado de passividade idêntica à do antigo cativo.

A propósito deste crime, FLORIAN (ob. cit., pág. 299) faz uma surpreendente alusão a "*l'asservimento dei lavoratori nelle fazendas brasiliane*". Vê-se que o ilustre autor conhece o Brasil tão imperfeitamente quanto o idioma que aqui se fala. O fato não é desconhecido entre nós, mas nas regiões do remotíssimo sertão. E isto mesmo é contestado por JORGE SEVERIANO (ob. cit., III, pág. 228): "Entre nós não cremos possível a prática do delito (plágio) *imaginado* pela lei. Diz-se que no Amazonas, nos seringais, coisa semelhante ocorria. Vivemos certo tempo no aludido Estado, porém, e nada vimos que se pareça com a figura imaginada pela lei". BENTO DE FARIA (ob. cit. III, pág. 335) igualmente assim se pronuncia: "Tenho para mim, e devo declarar, com sinceridade e independência, que esse dispositivo (o artigo 149) é de pura ornamentação, pois rarissimamente será aplicável". Devemos, entretanto, invocar aqui o testemunho do atual Governador do Pará, MAGALHÃES BARATA, que, de uma feita, em discurso que lhe ouvi, descreveu o *feudo* que ele encontrou instalado num município daquele Estado, para onde o chefe político local atraía retirantes das secas e criminosos foragidos e, a seguir, sob pretexto de se cobrar de adiantamentos de dinheiro ou gêneros fornecidos, ou sob a ameaça de denúncia e entrega às autoridades policiais, sujeitava-os, na lida dos seringais, à mais ferrenha e impiedosa escravidão de fato.⁷³

⁷³ Não é de duvidar-se, pois, que no longínquo sertão brasileiro ainda persista, de fato, a *escravatura branca* de que falava SILVA FERRÃO (ob. cit., vol. 6.º, pág. 272): "A esperança de enriquecer, a passagem gratuita, seduzem incautos de todas as idades. Chegados ao seu destino, em lugar do país *d'eldorado* que esperavam encontrar, só partilham, pela maior parte, em lugares do interior do país, trabalho rude, castigo, as doenças, o tormento, a miséria junto de outros escravos, a par deles e com eles, sem mais meios nem pro-

No tocante ao crime de plágio, é de todo ineficaz o consentimento do paciente. Ninguém pode abdicar, total e indefinidamente, do seu *status libertatis*, pois tanto importaria a anulação da própria personalidade. Não há confundir-se tal renúncia com a *locação de serviços*, e esta mesmo, segundo dispõe o art. 1.220 do Cód. Civil, não pode ser convencionalizada “por mais de quatro anos, embora tenha por causa o pagamento de dívida, ou se destine à execução de certa e determinada obra”.

Trata-se de crime *permanente*, caracteristicamente tal. Não é necessária, no sujeito passivo, a capacidade de entender ou de querer. Não importa a idade da vítima (desde que compatível com o tratamento a que é submetida). Não importa igualmente o *meio* pelo qual é executado o crime: se por violência, ameaça, engano ou sugestão.

SEÇÃO II

DOS CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena — detenção, de um a três meses, ou multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00.

§ 1.º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

“teção para poderem reverter à mediocridade e privações que sofriam “na sua pátria e que os constituía em situação comparativamente “mais feliz. É *de fato* a escravidão branca”. Lela-se, a respeito, “A Selva”, de FERREIRA DE CASTRO, que descreve ao vivo o que se passa nos seringais amazônicos.

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2.º *Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.*

§ 3.º *Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:*

I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4.º *A expressão “casa” compreende:*

I — qualquer compartimento habitado;

II — aposento ocupado de habitação coletiva;

III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5.º *Não se compreende na expressão “casa”:*

I — hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II — taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

§§ 57, n.º 9, e 83; espanhol, arts. 482 a 484; húngaro, §§ 330 a 332; holandês, arts. 138 e 370; norueguês, §§ 147 e 355; dinamarquês, arts. 263, § 2.º, e 364; polonês, art. 252; turco, art. 105; argentino, arts. 150 a 152; chileno, arts. 144 e 145; peruano, arts. 230 e 231; uruguaio, arts. 294 e 295; mexicano (1931), art. 285; colombiano, art. 570, 4.º; japonês, arts. 171 a 173; chinês, arts. 306 e 307; indiano, arts. 442 a 446.

BIBLIOGRAFIA. CAVALLO (Vincenzo), *La violazione di domicilio*, 1938; SCARLATA, *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, 1895; RAVIZZA, *La violazione di domicilio come mezzo per commettere altri reati*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1921, I; NÖLTING, *Der Hausfriedensbruch (A violação da paz doméstica)*, 1934; LOMBARDI, *Il reato di violazione di domicilio*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, IV; DURANTE, *Violazione di domicilio*, in *Digesto Italiano*, IX, e *Della violazione di domicilio*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, VIII; GANGA PUXEDDU, *Intorno al delitto di violazione del domicilio*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, X; BAVIERA, *Sulla presunzione di divieto in tema di violazione di domicilio*, in *La Scuola Positiva*, 1911; BRASIELLO, *Violazione di domicilio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V; MANZINI, *Trattato*, VIII, 1937; NEGRI, *Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio*, in *Trattato*, de COGLIOLO, 2, primeira parte, págs. 508 e segs.; NOSEDA, *Dei delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, VI, págs. 850 e segs., 1909; FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà individuale*, edições de 1923 e 1936; JANNITTI-PIROMALLO (E.), *Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio*, in *Il Codice Penale Illustrado articolo per articolo*, de UGO CONTI, vol. III, 1935; SALTELLI-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, vol. II, parte 2.ª, 1931; ALIMENA (B.), *Principii di diritto penale*, 1912; CARRARA (FRANCESCO), *Programma*, p. e., vol. 2.º, §§ 1.651 a 1.662; CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, V, 1894; LONGO, *Commento al Codice Penale italiano*, I, 1911; EUSÉBIO GOMEZ, *Tratado de derecho penal*, vol. 3.º, 1940; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927; CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, IV, 1916; GAUTIER, ZÜRCHER, LANG e ROHR, in *Protokoll der zweiten Expertenkommission*, vol. II, págs. 505 e segs.; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht*, p. e., 1937; THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerisch Strafrecht*, vol. II, 1940; IMPALLOMENE, *Código Penale italiano illustrato*, II, 1890; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht (O direito penal comum alemão)*, II, 1884; BERNER, *Handbuch des deutschen Strafrechts (Manual do direito penal alemão)*, na trad. ital. de BERTOLA, 1885; OLSHAUSEN, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1927; GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, IV, 1922; BELTJEANS, *Encyclopedie du droit criminel belge*, 1901; GAR-

CON (E.), *Code Pénal annoté*, 1901-1906; STEPHEN, *A digest of the criminal law*, 1887; EMILIO DIAZ, *El Código Penal*, 1928; ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1922; RANELETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1934; MAGGIORE, *Principii*, II, 1934; DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, 1936; ROMANELLI, *Volontà tacita del soggetto passivo e fine illecito del soggetto attivo nel reato di violazione di domicilio*, in *Annali di Dir. e Proc. Penale*, 1935; FULCI (L.), *L'intenzione nei singoli reati*, I, págs. 470 e segs., 1883; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, 1924; EBERMAYER, *Hausfriedensbruch*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER, 1928; RIEZSCH, *Angriffe auf die persönliche Freiheit*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936; FUSTEL DE COULANGES, *A cidade antiga*, trad. de SOUSA COSTA, 1920; SILVA FERRÃO, *Teoria do Direito Penal*, VII-VIII, 1857; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, p. e., 1943; ARI FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa*, 1942; JORGE SEVERIANO, *Código Penal*, vol. 3.º, 1942; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., 1924; ROMEIRO, *Dicionário de Direito penal*, 1905; MILLER, *On criminal law*, 1924; MACEDO SOARES, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1908; CHAUVEAU e HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 1862, vol. 3.º; M. J. BATISTA, *Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio*, in *Anais do Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. IV, 1943.

COMENTARIO

165. **Histórico.** Ainda que com feição mais religiosa que propriamente social, a proteção concedida à casa de moradia remonta aos mais antigos tempos. Como observa FUSTEL DE COULANGES, "a casa de um grego ou de um romano encerrava um altar". A incolumidade outorgada à *domus* era proteção ao fogo sagrado, aos *Penates*, aos deuses *Lares*. Dizia CÍCERO (*Pro domo sua*, cap. 41): "*Quid est sanctius, quid omni religione munitius quam domus uniuscujusque civium? Hic are sunt, hic foci, hic perfugium est, ita sacrum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit*". Só nos tempos sucessivos é que a casa de habitação passou a ser tutelada como uma projeção da própria pessoa. A este critério já se liga o conceito de GAIO: "*domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum*". Com a famosa *lex Cornelia*, a violação da *domus* foi considerada, ao lado da *pulsatio* e da *verberatio*, uma das modalidades da *injuria*: "*Lex Cornelia*

de injuriis competit ei que injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumque, domumve suam vi introitam esse dicat... Lex itaque Cornelia ex tribus casis dedi actionem: quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit" (Dig., XLVII, 10, 5, princ.). A garantia penal era concedida ao morador (e não ao proprietário), qualquer que fosse o seu direito à moradia: "*Domum accipere debemus, non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domu quis habitaverit, sive in conducto, vel gratis, sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*" (idem, § 2.º).

Tal o respeito devido à casa, que, *invito domino*, não lhe podia ser ultrapassada a soleira ainda quando para o fim de chamamento a juízo: "*Qui in domum alienam invito domino introiret quamvis in jus vocati, actionem injuriarum in eum competere, Ofilius ait*" (ibidem, 1.23).

No antigo direito germânico, punia-se, a princípio, somente a *Heimsuchung*, isto é, a invasão armada da casa alheia; mas, posteriormente, foram também incriminados o *ingressus in curtem alienam irato animo, a curtis ruptura* e o *in curtem alterius per vim contra legem intrare*. Na Idade Média ulterior, o domicílio continuou a ser resguardado, não só contra o arbítrio dos particulares, como contra o dos agentes do poder público, que não podiam transpor os umbrais da habitação privada *sine licentia* ou *sine mandato ad capiendum*. Segundo recorda VON LISZT, numerosos direitos locais assim rezavam: "Queremos que cada burguês tenha na própria casa a sua fortaleza". O próprio *homo fideus*, quando dentro de sua casa, era inviolável.

Com a subversão, porém, dos estatutos municipais, o âmbito doméstico decaiu de sua prerrogativa, notadamente em face dos delegados do Príncipe. Os criminalistas do século XVII silenciam sobre a inviolabilidade do domicílio. Ocorre a tal respeito uma verdadeira inverção: tal como no primitivo direito oriental, só se fazia referência à violação do domicílio como *meio* para outro malefício especialmente incriminado.

Somente com a vitória do *individualismo* sobre o *hiperes-tatismo* medieval é que se cuidou, novamente, de atribuir à turbação do direito doméstico um posto especial entre os crimes. Foi na liberal Inglaterra que o princípio da inviolabilidade do domicílio deparou o mais categórico reconhecimento. Antes mesmo que a Revolução Francesa erigisse em *garantia constitucional* o princípio de que "*la maison de chaque citoyen est un asile inviolable*", o cidadão inglês já podia dizer: "*my house is my castle*". e já Lord CHATAM, no Parlamento britânico, proclamava, num rasgo de eloquência: "O mais pobre dos homens pode desafiar na sua cabana as forças da Coroa. Embora a moradia ameace ruína, ofereça o teto larga entrada à luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de toda a casa o seu ludíbrio, nada importa: acha-se garantida a choupana humilde contra o Rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquele miserável reduto". Na França, o Código de 1810 passou a incriminar a violação do domicílio, mas segundo um critério eminentemente político, isto é, somente quando praticada por agente do poder público (art. 184): "*Tout juge, tout procureur général ou du Roi, tout substitut, tout administrateur, ou tout autre officier de justice ou de police, qui se sera introduit dans le domicile d'un citoyen hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni*", etc. Só mais tarde, com uma lei de 28 de abril de 1832, é que a punição se estendeu a "*tout individu qui se sera introduit à l'aide de menaces ou de violences dans le domicile d'un citoyen*". A incriminação, neste último caso, como se vê, ficou subordinada, segundo o critério romanístico e medieval, ao emprego de ameaças ou violências. O nosso Código de 1830 (arts. 209 a 214) foi dos primeiros a incriminar a "entrada na casa alheia" segundo o extensivo critério com que veio a ser prevista na legislação moderna: para a existência do crime, bastava que o ingresso se fizesse *invito domino* e *non jure*, ainda que sem o emprego de violência física ou moral. Era o fato classificado entre os crimes que atentam "contra a segurança individual", e distinguia-se,

para diverso tratamento penal, entre o crime praticado à noite e o praticado *de dia*.

O Código de 1890 adotou os moldes do Código monárquico, mas, à imitação do Código italiano de 1889, alinhou o crime entre os lesivos da liberdade individual.

O Código vigente afeiçãoou-se aos critérios do direito anterior, mas com fórmulas de maior explicitude e de mais amplo conteúdo, bem como de maior rigor técnico. Continua a falar em “crimes contra a inviolabilidade do domicílio”, mas, na realidade, sob tal rubrica, somente figura a “violação de domicílio”, com uma forma *simples* e outra *qualificada*.

166. Objetividade jurídica. O domicílio protegido pela lei penal não é o *domicílio civil*, isto é, o “lugar de residência com ânimo definitivo”, o “centro de ocupações habituais” ou o “ponto central de negócios” (arts. 31 a 33 do Cód. Civil), mas a casa de moradia, o *home*, o *chez soi*, a *habitação* particular, o local reservado à vida íntima do indivíduo ou à sua atividade privada, seja ou não coincidente com o domicílio civil. É o mesmo domicílio cuja inviolabilidade a nossa Constituição assegura, no seu art. 141, § 15, refletindo um dos postulados políticos da Revolução Francesa. O direito penal, aqui, é *sancionador* do direito constitucional, e não do direito privado. Tutelando a casa de habitação, está a lei penal defendendo um dos redutos da liberdade individual. Esta-ria esta frustrada, em uma de suas relevantes manifestações, se não fosse garantido ao indivíduo o direito de agir segundo sua própria vontade, e a coberto da interferência de outrem, no âmbito espacial de sua vida doméstica.⁷⁴ Com a indébita ou arbitrária incursão do domicílio alheio, é lesado o interesse da tranqüilidade e segurança de vida íntima ou privada do

⁷⁴ O Código vigente não repete o dispositivo do art. 35, § 1.º, do Código anterior, que era supérfluo: é claro que a ofensa injusta e atual ao *direito domiciliar* legítima a defesa do *dominus*, desde que exercida moderadamente.

indivíduo, ou, seja, das condições indeclináveis à livre expansão da personalidade humana. Dentro nos limites da ordem jurídica, a casa deve ser o asilo imperturbável do cidadão. *Domus suae quilibet rex*. O direito de livre atividade do indivíduo completa-se com a liberdade domiciliar, de modo que incensurável é a inclusão da *violação do domicílio* entre os crimes *contra a liberdade individual*. Nenhuma razão assiste a CIVOLI e a GANGA PUXEDDU quando postulam a transferência da "violação de domicílio" para o setor dos crimes *patrimoniais*, reputando-a uma lesão ao *jus possessionis*. Tal critério valeria por um retrocesso às priscas eras de Hamurabi ou de Moisés, em que se protegia na casa de habitação apenas o bem material. Do ponto de vista subjetivo, o agente do crime não tem intenção alguma de turbar ou de excluir, nem mesmo momentaneamente, a posse do sujeito passivo; do ponto de vista objetivo, tanto não é a *posse o interesse* protegido, que o arbitrário ingresso na casa *desabitada* não constitui "violação de domicílio", não obstante haver violação de posse.⁷⁵ VON LISZT aponta, como objetividade jurídica do crime em questão, o *direito doméstico* (*Hausrecht*), que ele define como "interesse juridicamente protegido da livre atuação da própria vontade na própria casa", declarando-o *aparentado* com a liberdade individual, mas não compreendida nesta. Não se atina, entretanto, com a razão pela qual não seja identificável como uma das faces do *poliedro* da liberdade individual o direito de livre atividade do indivíduo no seu lar doméstico. WACHENFELD prefere reconhecer na violação de domicílio um crime contra a *paz jurídica*, e outros autores falam em crime contra a *segurança pessoal* (critério do nosso Cód. Criminal de 1830) ou contra a *ordem pública*. Ora, todo crime, em última análise, é dirigido contra a *paz jurídica*, a *segurança pessoal* ou a *ordem pública*, de modo que tais interesses não são adequados para servir como característica

⁷⁵ A violação da posse, quando deixa de ser simples *delito civil*, para entrar no campo do direito penal, constitui a figura criminal da *usurpação* (art. 161 do Cód. Penal).

objetividade jurídica de um grupo especial de crimes. Conforme acentua HAFTER (ob. cit., pág. 109), na violação de domicílio, o que ressaí como *momento* característico é que o agente se põe ilicitamente em contraste com a vontade do sujeito passivo, ofendendo-lhe a liberdade ou direito de estar imune da perturbação de estranho no delimitado âmbito de sua vida privada. A casa de habitação, no justo conceito de FLORIAN, é “instrumento necessário à completa manifestação da liberdade individual”, e “*sotto codesto aspetto la violazione di domicilio appare veramente qual'è un delitto contro la libertà individuale*”.

167. A violação de domicílio como meio executivo de outro crime. Há uma velha controvérsia em torno ao caso em que a violação de domicílio é meio executivo de outro crime. Pode-se violar o domicílio para *furtar*, para *matar*, para *ferir*, para *ameaçar*, para *injuriar*, para *estuprar*, para *cometer adultério*, etc. E questiona-se, então: deve ser reconhecido um concurso de crimes ou um crime único? De nossa parte, não vacilamos em acolher a última solução, isto é, entendemos que deve ser adotada, na espécie, a chamada *teoria da prevalência* (já defendida, na espécie, por CARRARA e FULCI): o crime-fim, consumado ou tentado, quando mais grave, *absorve* a violação de domicílio, que é um seu momento executivo e nele se consubstancia. *Ubi major, minor cessat*. A violação de domicílio só se apresenta como crime autônomo quando: a) seja fim a si mesma; b) sirva a fim não criminoso ou haja dúvida sobre o verdadeiro fim do agente; c) seja simples *ato preparatório* de outro crime; d) haja desistência do agente quanto ao crime-fim; e) seja o crime-fim menos severamente punido (como, por exemplo, no caso da entrada à noite na casa alheia para *ameaçar* o morador).

Recordemos o límpido ensinamento de CARRARA, na hipótese da violação de domicílio como crime-meio ou ato executivo de outro crime: “Cumpre advertir, antes de tudo, que a *“violação de domicílio* não se apresenta como título autônomo, senão quando não dirigida a servir ou não haja efetiva-

“mente servido de *meio* à prática de outro crime. Assim, a “noção do crime em questão tem necessidade de ser construída, primacialmente, com este critério *negativo*. Toda vez que “a invasão do domicílio possa punir-se como meio dirigido à “consumação de um malefício mais grave, o título menor desaparece inteiramente, para ceder o pôsto ao mais grave, e, “compenetrando-se neste, pode, quando muito, uma vez por “outra, ser considerado como circunstância agravante do “crime principal. E digo *uma vez por outra*, porque não estou “de acordo, nem mesmo no tocante a tal circunstância, com “certos Códigos modernos que, inspirando-se no sistema de “definir casuisticamente todas as circunstâncias, tanto agravantes quanto atenuantes, acharam de proceder a essa tarefa com máximas gerais aplicáveis a todos os crimes. Assim, cuidou-se de incluir indistintamente entre as circunstâncias agravantes de qualquer crime a intercorrente violação de domicílio,⁷⁶ sem se perceber que, em certos casos, “a quantidade natural do crime pode ser menor, quando praticado no interior da casa da vítima, do que se praticado “com escândalo e publicidade na casa do próprio criminoso “ou de terceiro. Parece-me, portanto, mais acertado dizer que “a circunstância da violação de domicílio, quando serviu de “meio a outro crime, pode agravá-lo ou ser indiferente, mas “sempre é absorvida por esse outro crime. Este fenômeno jurídico (que é uma consequência constante da teoria da prevalência) não ocorre somente quando se haja consumado o “crime ao qual tendia a arbitrária invasão do domicílio alheio. “Muitas vezes, a invasão do domicílio assume a figura de ato “executivo de um crime principal; e desde que os seus caracteres de univocidade e idoneidade o consintam, passa a fazer parte da série de momentos materiais que constituem a “tentativa punível, de modo que, também neste caso, o título “de violação de domicílio deixa de ser imputável ao acusado. “pois isto importaria uma injusta duplicação de pena”.

⁷⁶ De tal defeito não se ressentia o nosso Código atual, que, neste ponto, corrigiu o Código anterior.

168. Definição e elementos do crime. Segundo se vê do art. 150, o crime de violação de domicílio (*Hausfriedensbruch, violazione di domicilio, allanamiento de morada*) consiste no fato de “entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. Adverte o § 4.º do mesmo artigo que a expressão *casa* compreende: a) qualquer compartimento habitado; b) aposento ocupado de habitação coletiva, e c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. O termo *domicílio*, que figura na rubrica lateral do art. 150, designa, portanto, não somente a casa ou cômodo de *habitação* propriamente dita, como também qualquer lugar reservado ao exercício da atividade privada. Cumpre notar que a entrada ou permanência arbitrária no domicílio alheio só constitui ilícito penal quando efetuada *non jure*, isto é, fora dos casos em que a lei permite. *Ex positis*, podemos assim decompor nos seus elementos o conteúdo do crime de violação do domicílio: a) entrada ou permanência; b) clandestinidade, emprego de astúcia ou franca oposição à vontade contrária, expressa ou tácita, de quem de direito; c) domicílio alheio; d) ilegitimidade da conduta do agente; e) dolo.

Quanto ao elemento *sub “a”*:

Tão lesiva da liberdade doméstica é a *entrada* no domicílio alheio, *invito domini*, quanto a arbitrária *permanência* nele. É justo, portanto, que ambas as hipóteses sejam equiparadas e sujeitas ao mesmo tratamento penal. A entrada ou a permanência são *momentos consumativos* da violação do domicílio. Na primeira hipótese, o crime é *instantâneo*; na segunda, protraí-se no tempo o *summum opus*, apresentando-se um crime *permanente*.

A *entrada* deve ser *efetiva*, isto é, o agente deve transpor, com toda a sua pessoa, o limite que separa o domicílio

alheio do mundo exterior.⁷⁷ Se não há uma passagem integral, como quando, por exemplo, o agente é surpreendido e preso no momento em que está galgando a janela para entrar na casa, o que ocorre é simples tentativa do crime. E nenhum crime se pode identificar no mero fato de pôr-se alguém à escuta junto à casa, ou devassar-lhe com a vista o interior.

A *permanência* pressupõe a anterior entrada lícita ou permitida, e consiste no fato de deixar de sair da casa, não obstante a cessação da justa causa ou o subsequente dissenso de quem de direito. Assim, comete o crime de violação de domicílio o empregado despedido que persiste em ficar na casa, contra a vontade do ex-patrão. Não basta, para configurar-se a permanência arbitrária, uma momentânea hesitação no atender à injunção de sair: é necessária uma certa duração, a demonstrar uma positiva recalcitrância.⁷⁸ Se a esta precedeu entrada igualmente arbitrária, não há reconhecer-se concurso de crimes, mas um crime único.⁷⁹

Quanto ao elemento *sub "b"*:

A entrada ou permanência pode ser *clandestina, astuciosa ou franca*. Há *clandestinidade* quando o agente, iludindo a vigilância do morador, entra sem ser visto ou, escondendo-se, deixa de sair. Não implica necessariamente, no caso da

⁷⁷ Pode ocorrer, entretanto, violação de domicílio com o trânsito *de dentro para dentro*, como no caso do indivíduo que, admitido no vestibulo ou na sala de espera, penetra do dormitório ou sala de jantar.

⁷⁸ HAFTER (ob. cit., pág. 112): "... ist eine gewisse Dauer erforderlich. Ein momentanes Zögern, der Aufforderung Folge zu leisten, erfüllt den Tatbestand noch nicht".

⁷⁹ JANNITTI-PIROMALLO (ob. cit., pág. 348): *L'ingresso e la dimora illegitimi nell'altrui domicilio, ove costituiscono momenti di unico fatto, non dan luogo... a reati distinti, ma rappresentano modalità o svolgimento di unico delitto*". No mesmo sentido, HAFTER (ob. cit., pág. 112): *"Ein rechtmässiges Betreten des Raumes oder ein Eindringen kann vorangegangen sein. Im letztern Fall asorbiert das verbotswidrige Verweilen das Eindringen"* (isto é: "Pode ter precedido um ingresso lícito ou ilícito. No último caso, a permanência arbitrária é absorvida pela entrada ilegal").

entrada, que esta se faça por vias diversas das do normal acesso ao interior da habitação. Pouco importa, igualmente, que o agente use de chaves falsas ou de escalada, ou de qualquer outro meio anormal de acesso. Se há, porém, violência contra a coisa (arrombamento), o crime é *qualificado* (§ 1.º do art. 150).

Há emprego de *astúcia* quando o agente induz ou mantém o morador em erro, para obter o seu consentimento à entrada ou permanência, ou usa de algum estratagema para evitar a sua vigilância.

O agente provoca ou aproveita uma falsa representação sobre sua pessoa, de modo a ilaquear a boa-fé do *dominus* (*in exemplis*: envergando o uniforme de *mata-mosquito*, o agente faz-se passar por tal; o morador supõe que o agente é o electricista que mandou chamar e, não dissuadido por ele, deixa-o entrar), ou arditosamente afasta a presença ou a possibilidade de sua oposição (exemplo: faz distanciar-se o morador com falsos motivos; faz uso de narcóticos).

Quer na forma clandestina, quer na forma astuciosa, é presumido, até prova em contrário, o dissenso do morador. Note-se que o dissenso pode estar, aparentemente, em contradição com os fatos e não deixar, apesar disso, de ser presumido. Se deixo a porta de minha casa aberta por causa do calor, não quer isso dizer que renuncio à inviolabilidade do meu domicílio. Será tal circunstância um motivo de atenuação (“porta aberta, até justo peca”, “a ocasião faz o ladrão”), mas o crime não fica excluído.

Finalmente, há a entrada ou permanência *franca*: o agente contrasta abertamente, ostensivamente, a vontade do *dominus*. Pode esta ser *expressa* (manifestada por palavras, por escrito, por gestos, por atos)⁸⁰ ou *tácita* (*per facta concludentia*). A vontade tácita é também manifestação de von-

⁸⁰ Já decidia o direito romano que “*prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu: id est, vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia*” (Dig., XLVIII, 7, 1. 20, § 1.º).

tade, não devendo, porém, ser confundida com a vontade presumida (que serve à noção da violação de domicílio clandestina ou astuciosa). Presumida é a vontade que se deduz do *quod plerumque accidit*, enquanto vontade tácita é uma dedução direta e necessária de fatos averiguados *in concreto*, é uma lição lógica de fatos concludentes. Na vontade tácita, há uma vontade evidenciada por fatos positivos e concretos; na vontade presumida, é mais por ficção que se admite a vontade em tal ou qual sentido. O silêncio, via de regra, não diz nada: *qui tacet neque negat, neque utitur fatetur*; mas é fora de dúvida que, em determinadas circunstâncias, pode ter um inconfundível sentido de manifestação de vontade, e tem-se, então, a vontade implícita ou tácita. Não basta que falte o consentimento: é necessário que a oposição resulte suficientemente inteligível de fatos certos e unívocos. O dissenso tácito *não se presume: deduz-se, infere-se* de circunstâncias iniludíveis do caso ocorrente. Não é exato dizer-se que, no caso de permanência arbitrária, é sempre necessário o dissenso *expresso*.⁸¹ Pode deixar de ser ordenada, *apertis verbis*, a saída do agente, pelo receio, por exemplo, de uma agressão da parte deste, e nem por isso deixará de subsistir a permanência arbitrária, se as circunstâncias demonstrarem a vontade contrária do titular do *jus domesticum*.

É irrelevante o motivo do dissenso à entrada ou permanência. Salvo os casos legais, restritivos do direito domiciliar, fica ao inteiro arbítrio do *dominus* a exclusão ou admissão de outrem na sua casa.

Quanto ao elemento *sub "c"*:

A principal concretização do *domicílio*, sob o ponto de vista jurídico-penal, é a casa de moradia, isto é, qualquer construção utilizada, atualmente, de modo permanente ou transitório, para habitação de uma pessoa ou de uma família.

⁸¹ Entende CAVALLO (ob. cit.), entre outros, que, em tal caso, "a vontade contrária tácita é juridicamente inconcebível".

lia. ⁸² Como já foi acentuado, o que a lei protege, na espécie, é a liberdade individual no âmbito domiciliar, e não o *jus possessionis* ou a construção material. Não é necessário que se trate de construção fixa ou imóvel: o próprio carro dos saltimbancos, a barcaça em que mora o seu dono, a casa-automóvel dos norte-americanos, são objeto da tutela penal.

Refere-se o texto legal, em seguida, às *dependências* da casa, isto é, aos lugares que são como um complemento da casa de moradia, ainda que não estejam materialmente unidos a esta: pátios, quintais, celeiros, adegas, garagens, estrebarias, caramanchões, jardins, etc.

É preciso que tais lugares estejam cercados ou participem de recinto fechado, ⁸³ pois, do contrário, não estará indicada a vontade de excluir o ingresso de estranhos. Cumpre, além disso, que a casa de moradia propriamente dita e os ditos lugares formem um conjunto lógico, uma conexão de principal e acessório, de tal modo que a lesão deste repercuta sobre aquele. Eis a lição de GARRAUD (ob. cit., n.º 1.545): “... *qu'il s'agisse donc de la maison même ou d'une de ses dependances, pourvu que cette dependance soit comprise dans la même clôture, le même ensemble, le délit existe, s'il y a violation de l'enceinte générale qui constitue le home de chacun de nous*”. Tem-se increpado de vaga a expressão *dependência*. Diz, por exemplo, GAUTIER que se trata “*d'une notion absolument indéfinie et sur laquelle on n'a jamais pu s'entendre*”. Não é tanto assim. Pode dizer-se que, quer na doutrina, quer na jurisprudência, já se fixou o critério segundo o qual se deve entender por *dependência* todo local que, sem se confundir com os *domi additamenta* (varandas, alpendres, pórticos, sacadas, etc., que fazem parte integrante da casa), apresenta um caráter de *pertinência* ou conexi-

⁸² Não constitui, portanto, objeto da especial proteção penal uma igreja, um teatro, um museu, etc.

⁸³ Segundo adverte GAUTIER, “*il y a propriété close, dès qu'une enceinte quelconque, infranchissable ou facilement franchissable, il n'importe, marque la clôture*”.

dade com a casa de moradia e uma certa relação de *necessidade* com a vida doméstica ou atividade privada. É o local que gravita na órbita da *habitação*. Assim, um extenso parque, ainda que murado ou cercado, adjacente à casa, não é dependência desta, pois não há um vínculo de necessidade entre ele e a função de habitação. Em tal caso, bastará a sanção civil contra a violação da posse, a não ser que se configure o crime de *esbulho possessório* (art. 161, § 1.º, II).

Já observamos que o Código declara explicitamente que o vocábulo *casa* abrange “qualquer compartimento habitado”; o “apartamento ocupado de habitação coletiva” e o “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. A referência ao “apartamento ocupado de habitação coletiva” podia ser considerada desnecessária: ninguém pode duvidar que, numa *casa de cômodos*, por exemplo, o apartamento ocupado privativamente por uma pessoa ou família é a sua *casa*, no sentido de lar doméstico; do mesmo modo que não deixa de ser tal a casa que não tem senão um cômodo para habitação. Se se entendesse *casa* no sentido de construção isolada e totalmente reservada ao uso de uma só pessoa ou família, ter-se-ia de chegar ao absurdo de negar a qualificação de *casa* até mesmo às divisões autônomas de uma *casa de apartamentos*. Explica justamente GAUTIER que “*le domicile... comprend tout d'abord la maison, quand elle est occupée par une seule famille, ou la partie de maison, l'appartement ou même la chambre que sert de demeure à une famille ou à une personne*”.

Supérflua, entretanto, já não é a menção a “qualquer compartimento habitado”, pois, com isto, se refere a lei a certos locais de habitação, permanente ou transitória, que, à falta de expressa disposição legal, poderiam ser considerados à margem da proteção penal. Exemplos: a gruta onde alguém instala sua moradia, o quarto de hotel, a cabine de um navio ou um comboio noturno, a barraca de campo, etc.

Por último, a tutela penal é ampliada ao “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. É o *Geschäftsraum*, do Código alemão; o *Werkplatz*,

do Código suíço, ou o *altro luogo de privata dimora*, do Código italiano. É o lugar que, embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita, serve ao exercício da atividade individual privada. Assim, o escritório do advogado, o consultório do médico, o gabinete do dentista, o laboratório do químico, o *atelier* do artista, a oficina do ourives, etc. A atividade do cidadão, nos tempos modernos, é múltipla e não se exerce apenas no limite estrito da casa de moradia, e há necessidade de tutelar essa atividade em todos os lugares onde ela se abriga.

Não basta que quaisquer dos lugares mencionados na lei sejam destinados a habitação ou atividade privada: cumpre que estejam *atualmente* servindo a tais fins. Por outro lado, não importa a ausência do morador ou ocupante no momento da arbitrária invasão.

Quanto ao elemento *sub "d"*:

A inviolabilidade do domicílio não é um direito absoluto: conforme explicitamente ressalva a Constituição (art. 141, § 15), está sujeita a certas exceções ("A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer"). O próprio Código, no § 3.º do art. 150, dispõe que "não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser". É óbvio que também inexistente o crime nos casos de *legítima defesa* (exemplo: entrar na casa para interromper uma agressão a tiros por parte do *dominus* contra um transeunte), de *estado de necessidade* (exemplo: ingressar na casa alheia para ajudar a extinção de um incêndio ali manifestado, ou para livrar-se da perseguição de um malfeitor), de *cumprimento de dever legal* (exemplo: a visita domiciliar do *mata-mosquitos*), ou

de *exercício regular de um direito* (caso do art. 587 do Código Civil).

Fora de tais casos, não exclui a ilegitimidade da violação do domicílio nem mesmo a *licitude* ou *moralidade* do fim do agente.

Quanto ao elemento *sub "e"*:

A violação de domicílio só é punível a título de dolo. O indivíduo que, negligentemente, entra na casa do vizinho, confundindo-a com a sua, não incorre na sanção penal. O dolo na espécie é a vontade consciente de entrar ou permanecer no domicílio alheio ilegitimamente e contra a vontade de quem de direito. "O agente", como diz HAFTER (ob. cit., pág. 111), "deve ter conhecido, ou presumido das circunstâncias, a vontade contrária do titular do direito" ("*Der Täter muss den entgegenstehenden Willen des Berechtigten gekannt oder nach den Umständen vermutet haben*"). Se, por erro de fato, o agente supõe legítima (descriminantes putativas) ou permitida pelo *dominus* a entrada ou permanência, fica isento de pena, por ausência de dolo. Como sempre, a falta de consciência da injuridicidade, aqui, exclui o dolo: o indivíduo que, *jocandi animo*, penetra na casa do vizinho para passar-lhe um susto, pode ser um leviano ou indiscreto, mas não um agente doloso de violação de domicílio.

169. O titular do direito de exclusão ou admissão. Por isso mesmo que não se trata de proteger, na espécie, o patrimônio (domínio ou posse), mas a liberdade doméstica, é ao *morador*, seja a que título for (proprietário, locatário, arrendatário, possuidor legítimo, usufrutuário, hóspede, etc.), que cabe a faculdade de excluir ou admitir os *extranei*. O *jus prohibendi* pode ser exercido pelo ocupante *more domestico* até mesmo contra o proprietário ou sublocador, pois só ele é a pessoa que a lei indica com a expressão *quem de direito*.

Pode acontecer, entretanto, que o mesmo local (protegido pela lei) sirva de habitação comum a várias pessoas. Cumpre distinguir: ou há uma relação de família ou de subordinação (convento, colégio, instituto, etc.), ou o regime é de

completa igualdade. No primeiro caso, o *jus prohibendi* compete, de modo geral e principal, ao *chefe da família* ou da *comunidade privada*. Na ausência do titular principal, passará o direito aos outros moradores (mulher, filhos, agregados, domésticos, hóspedes, subordinados ou dependentes), posto que agindo, qualquer deles, segundo a vontade expressa ou presumida do chefe ou diretor. Os dependentes ou subordinados poderão, entretanto, exercer *nomine proprio* o *jus prohibendi* nos aposentos que lhes são especialmente reservados, mas, bem entendido, somente contra os *extranei*. O chefe da família que entra, por exemplo, no quarto da empregada, ainda que com oposição desta, não comete violação de domicílio, salvo, como é claro, a responsabilidade por outros crimes eventualmente praticados na ocasião. Por outro lado, o *direito de admissão* de estranhos, mesmo nos cômodos que lhes são destinados, não pode ser exercido pelos subordinados contra a vontade expressa ou presumida do chefe ou diretor, salvo se este procede por mero capricho, emulação ou abuso de direito. Assim, pratica o crime em questão, com participação da empregada, o amante que esta arbitrariamente deixa entrar no seu quarto. Sempre que haja conflito entre a vontade do chefe e a dos subordinados, a daquele é que deve prevalecer, salvo injusto dano a estes (no caso de admissão), ou ausência de motivo justo (no caso de exclusão).

Se o regime da coabitação é de completa igualdade, vale o princípio de que *in re communi melior est conditio prohibentis*, desde que a oposição se funde em razões plausíveis; mas é de notar que, em tal caso, não será difícil demonstrar a boa-fé do agente, isto é, a exclusão do dolo criminal por parte do *extraneus*. Convém advertir que, tratando-se de casa de habitação coletiva (com moradias distintas) ou de apartamentos, os lugares de *uso comum* (átrios, vestíbulos, corredores, elevadores, escadas, etc.), não se compreendem na proteção legal enquanto *abertos* (§ 5.º, I, do art. 150). Depois de fechados, e se há dissídio, prevalece, com a mesma ressalva acima aludida, a regra do *melior est conditio prohibentis*.

170. **Formas qualificadas.** A violação de domicílio é qualificada por certas circunstâncias relativas ao *tempo, lugar, meio* ou *modo* de sua execução, bem como à *qualidade* da pessoa do agente (isto é, ser este funcionário público, agindo com abuso da função). Nos três primeiros casos, a pena, que, tratando-se da *forma simples*, é, alternativamente, de detenção, de um a três meses, ou multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00, passa a ser “detenção, de seis meses a dois anos” (sem prejuízo da correspondente à violência que for praticada). No último caso, a pena, correspondente à forma simples ou à primeira forma qualificada, é aumentada de um terço. Da primeira forma qualificada cuida o § 1.º do artigo 150: “Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas”.

Ao contrário do Código anterior, o atual não configura a *entrada à noite* no domicílio alheio como crime autônomo ou destacado da *entrada de dia* em artigo especial: adota o critério mais técnico de considerar a entrada à noite uma forma especialmente agravada (ou qualificada) do *tipo fundamental*, embora cominando-lhe pena autônoma. Que se deve entender por *noite*, sob o ponto de vista jurídico-penal? O antigo Código sardo assim a definia: “todo o tempo que transcorre entre uma hora após o ocaso e uma hora antes do nascer do sol”. A lei inglesa prescreve que há noite desde que não seja possível “*to discern a man’s face, though the sun be set or not risen*”. CHAUVEAU e HÉLIE assim opinavam: “*La nuit commence quand le crepuscule expire; elle expire quand il commence à renaître*”. Eis a lição de GARRAUD: “*Il y a nuit toutes fois qu’il y a défaut de lumière, obscurité, ténèbres et que, par suit de cette circonstance, l’accomplissement du fait a été plus facile ou plus dangereux. La nuit effective, voilà ce dont il faut se preoccuper. Faisait-il nuit? C’est une question de fait qu’il appartient aux juges de trancher d’après les témoignages et les circonstances du procès*”. VON LISZT, adotando critério diverso, entendia que “a noite não é o período das trevas, mas o tempo do repouso noturno.

segundo os costumes locais” (“*Nachtzeit ist nicht die Zeit der Dunkelheit, sondern die ortsübliche Zeit der Nachtruhe*”) ZANARDELLI pronunciava-se pelo *arbitrium judicis*: “*La determinazione del tempo di notte viene rimessa al prudente discernimento del giudice, che, secondo il luogo, la stagione e le circostanze in cui il reato è commesso, dovrà stabilirne la ricorrenza vera e reale*”. FERRI ensinava que a circunstância da noite, por isso que não definida pela lei, deve interpretar-se relativamente, isto é, “em sentido restritivo ou extensivo, segundo as condições de vida social e os costumes locais”. No mesmo sentido, FLORIAN, que, referindo-se ao critério físico-astronômico, que ele qualifica de puramente formal e aritmético, e ao critério psico-sociológico, adstrito à variedade dos hábitos locais e do costume social, argumenta: “*Poichè la nozione dell’aggravante deve armonizzarsi con le ragioni che la determinano e corrispondere alla realtà vivente, così non il primo, ma il secondo degli accenati criteri deve addotarsi*”. Entre nós, MACEDO SOARES (A. J.) assim se exprimiu, descritivamente: “A noite é a negação da claridade do dia; é a escuridão que favorece a ocultação das coisas, o escondimento das pessoas, o encobrimento dos fatos... O fenômeno da noite é precedido de fatos naturais, que indicam a sua aproximação. O sol oculta-se no horizonte, e a sua luz diminui sensivelmente; mas, daí até ser noite vai um trato de tempo, mais ou menos longo, se estamos no verão ou no inverno, em lugar alto ou baixo, em campina rasa ou vale cercado de montanhas, etc. É o crepúsculo da tarde... O crepúsculo começa com o pôr-do-sol; e vai diminuindo gradual e insensivelmente, até que, de todo dissipada a luz do dia, já não é lícito avistar a certa distância ordinária um vulto que, pouco antes e graças a ela, facilmente se reconhecia. Começamos a precisar de luz para ver; aí começa a noite. E há um uso social característico da noite: é o acender das velas nas salas e dos lampiões nas ruas (o autor escrevia em 1887). Esta observação, que ainda não vimos consignada nos escritores, parece-nos aceitável para definir a *noite no sentido* dos Códigos Crimi-

“nais... Com efeito, é desde então, desde que começamos “a sentir necessidade de luz artificial para exercer o sentido “da vista, que aparecem as razões individuais e sociais que “dão à noite aquele caráter de gravidade que a coloca sob “a mais enérgica atenção da lei”.

A solução justa é a que identifica a noite com o fenômeno da obscuridão ou da completa ausência de luz solar. Esta circunstância é que enseja a atuação insidiosa e favorece o crime, impedindo que a vítima se ponha de sobreaviso à aproximação do agente, e diminuindo-lhe, portanto, a capacidade de resistência ou defesa. Cumpre não olvidar que a circunstância da noite não é sempre, e inexoravelmente, uma condição de maior punibilidade: dadas circunstâncias excepcionais, pode ela, por injunção de sua própria *ratio*, deixar de ser reconhecida no caso concreto. Assim, o indivíduo que penetra arbitrariamente na casa alheia, quando nesta, profusamente iluminada de frente a fundo, se realiza um baile ou uma reunião festiva, não responde com a pena agravada.

Também qualifica o crime o *lugar ermo*. Deve ser esta expressão entendida 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. Como diz BENTO DE FARIA (ob. cit., pág. 362), o “isolamento, como a *noite*, proporciona ao delinqüente a “possibilidade de praticar o delito com facilidade e de fugir, “com relativa tranqüilidade, à ação da autoridade, tornada. “assim, mais difícil e demorada”.

Em seguida, refere-se o texto legal ao *emprego de violência*, que é, aqui, tão-somente o uso da *força física* (*vis corporalis*). Equivoca-se BENTO DE FARIA quando julga incluída na expressão legal também a *violência moral*. Toda vez que o Código quer também compreender a *vis compulsiva*, di-lo *expressamente* (arts. 146, 157, §§ 1.º e 2.º, 158, 161, § 1.º, II, 163, parág. único, I, 197, 198, 199, 213, 214, 219, 227, § 2.º).

228, § 2.º, 230, § 2.º, 231, § 2.º, 329, 335, 344 e 358). A violência moral, porém, quando exercida por meio de *arma* (ameaça com emprego de arma), qualifica a violação de domicílio, como se depreende do próprio parágrafo que estamos comentando.

Não distingue o preceito legal entre violência à *pessoa* e violência à *coisa* (arrombamento, destruição de obstáculos), de modo que uma e outra qualificam o crime.

Sobre as *qualificativas* do *emprego de arma* e *concurso de pessoas*, reportamo-nos ao que já dissemos no n.º 153 (a propósito das agravantes especiais do *constrangimento ilegal*), com inteira aplicação na espécie, salvo, quanto à pluralidade de agentes, o número destes, pois, aqui, basta o mínimo de dois.

Da segunda forma qualificada cogita o § 2.º do art. 150: “Aumenta-se a pena de um terço se o fato é cometido por “funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso “de poder”. Como já deixamos esclarecido, o aumento especial tanto pode referir-se à pena cominada à forma simples quanto à cominada à forma qualificada do § 1.º. Na modalidade qualificada do § 2.º, a violação do domicílio não é senão um crime *contra a administração pública* que ficou entre os crimes *contra a liberdade individual*, por haver o legislador considerado prevalente, na espécie, o último interesse. Embora com alterações de fundo e forma, o § 2.º tem grande identidade com o art. 201 do Código anterior. Três são as hipóteses em que ocorre a qualificação: quando o funcionário público, agindo como tal, a) entra ou permanece na casa alheia fora dos casos legais; b) deixa de observar as formalidades prescritas em lei, ou c) procede com abuso de poder. Sobre os *casos legais*, veja-se n.º 171, onde discorremos sobre a excepcional *legitimidade* da violação do domicílio. *Inobservância das formalidades legais* quer dizer a falta das condições a que a lei subordina, quando autorizada, a efetuação da entrada ou permanência no domicílio alheio.

Vejam-se, a propósito, os arts. 240 a 243 e 245 do Cód. de Proc. Penal e os dispositivos do Cód. de Proc. Civil sobre a penhora e o seqüestro. *Abuso de poder* significa o *excesso* doloso de atuação do funcionário nos *casos legais* (exemplo: o oficial de justiça, ao efetuar uma penhora, permanece na casa do executado, contra a vontade deste, e desnecessariamente, além da hora legal).

171. Exclusão do crime. A entrada ou permanência arbitrária na casa alheia, como já vimos, só constitui ilícito penal quando realizada *non jure* ou, quando *jure*, não sejam guardadas as formalidades legais ou haja abuso de poder. O § 3.º do art. 150 menciona os casos em que é legítima a violação do domicílio. *Durante o dia*, é autorizada para efetuar *prisão* ou *diligência*. O Cód. de Proc. Penal (cap. XI do tít. VII) prescreve as formalidades que devem preceder e acompanhar a *busca domiciliar* para prender criminosos. A palavra *diligência* deve ser entendida em sentido amplo, compreensivo não somente das diligências *judiciais* ou *políciais*, senão também das *administrativas* ou *fiscais*. Tanto é diligência a penhora ou seqüestro, a busca da *res furtiva* ou a visita à casa do liberado condicional, quanto a visita domiciliar do funcionário de higiene ou a inspeção *in loco* do lançador do imposto predial. Nem valeria negar essa latitude de sentido, pois a Constituição, que é a lei suprema, ao assegurar a inviolabilidade de domicílio, ressalva os “casos que a lei estabelecer”. O Cód. Penal não podia reservar-se a faculdade de enumerar as “exceções”, silenciando as declaradas em outras leis. Ademais, o próprio Código declara, na sua parte geral, “que não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal” (artigo 19, III).

Quer *durante o dia*, quer *durante a noite*, é ainda autorizada a entrada ou permanência na casa alheia “quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser” (inciso II do § 3.º). Tem sido suscitada dúvida sobre se a *licença* abrange o caso de flagrância de *contravenção*

(pois a lei só se refere a *crime*). Entendemos que sim, desde que o ingresso seja para o fim de efetuar a “prisão em flagrante” do contraventor. A prisão em flagrante é realizável seja qual for o lugar ou momento em que esteja sendo praticada qualquer infração penal (crime ou contravenção).

Já notamos (n.º 168) que a arbitrária invasão do domicílio igualmente deixa de ser crime, como é bem de ver, em caso de *legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito*.

172. Lugares excluídos da proteção penal. Para evitar dúvidas, o § 5.º do art. 150 declara explicitamente que não se inclui na expressão *casa*, para o efeito da tutela penal à inviolabilidade do domicílio: “I — hospedaria, estalagem ou “qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo “a restrição do n.º II do parágrafo anterior (relativa “ao aposento ocupado de habitação coletiva”); II — taverna, casa “de jogo e outras do mesmo gênero”.

A ressalva final do inciso n.º I deixa claro que só estão à margem da proteção penal os lugares de *uso comum* nas hospedarias, estalagens ou habitações coletivas. E a exclusão só persiste enquanto tais lugares estejam *abertos*, não vedados ao acesso de estranhos.

Taverna é a casa de pasto ou botequim ordinários, com livre acesso a promiscua clientela. É o restaurante do *bas fond*, a bodega, a tasca, a “vendinha”, o “buteco”.

Casa de jogo é aquela onde habitualmente se praticam jogos de azar, com livre acesso ao público. A Lei das Contravenções Penais (art. 50, § 4.º) equipara a *lugar acessível ao público*, na configuração da contravenção de “jogo de azar”: “a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam “da família de quem a ocupa; b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona “jogo de azar; c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar; d) o estabeleci-

“mento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se “dissimule esse destino”. Tais lugares, portanto, são *casas de jogo*. A expressão final do inciso II — “e outras do mesmo gênero” — refere-se a toda casa que, para este ou aquele fim, é franqueada a *tout passant*, sem escrúpulo ou seleção. Advirta-se, entretanto, que, se na taverna, casa de jogo *et similia*, há compartimentos reservados ao exclusivo uso doméstico do *dominus* e sua família, são eles invioláveis.

SEÇÃO III

DOS CRIMES CONTRA A INVIOLABILIDADE
DE CORRESPONDÊNCIA

Violação de
correspon-
dência

Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00.

§ 1.º *Na mesma pena incorre:*

Sonegação
ou destrui-
ção de cor-
respon-
dência

I — quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

Violação de
comunica-
ção telegrá-
fica, radio-
elétrica ou
telefônica

II — quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III — quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;

IV — quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2.º *As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.*

§ 3.º *Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico:*

Pena — detenção, de um a três anos.

§ 4.º *Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1.º, n.º IV, e do § 3.º.*

Correspon-
dência co-
mercial

*Art. 152. Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, so-
negar, subtrair ou suprimir correspondência, ou
revelar a estranho o seu conteúdo:*

Pena — detenção, de três meses a dois anos.

*Parágrafo único. Somente se procede me-
diante representação.*

DIREITO COMPARADO. *Códigos: francês, art. 87 (modificado por leis de 28 de abril de 1832 e 16 de junho de 1922); suíço, art. 179; italiano, arts. 616 a 620; alemão, §§ 299 e 354; norueguês, §§ 145 e 146; holandês, arts. 201 e 371 a 375; dinamarquês, art. 263, I, 1.º; espanhol, art. 490; húngaro, §§ 200, 201 e 327; português, arts. 461 e 295; polonês, art. 253; peruano, arts. 232 a 235; chileno, arts. 146, 156 e 337; argentino, arts. 153 a 155; uruguaio, arts. 296, 297 e 299; mexicano, arts. 173 a 177; boliviano, arts. 316 a 320; colombiano, arts. 766 e 570, 4.º.*

BIBLIOGRAFIA. BOVENSIEGEN (R.), *Briefgeheimnis (Segredo epistolar)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER, págs. 810 e segs.; GERHARD (Eug.), *Der strafrechtliche Schutz des Briefes*, 1905; GIANNINI (TORQUATO), *Trattato di diritto postale*, 1913, e *Diritto postale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IV; LOMBARDI (G.), *Delitti contro l'inviolabilità dei segreti*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, IV; CARFORA, *Suppressione di corrispondenza*, in *Digesto Italiano*; GALASSI, *La telegrafia senza fili e il Codice Penale*, in *Rivista Penale*; TILMANNNS, *Eröffnung fremder Briefe (Abertura de*

cartas alheias), 1905; BRASIELLO (Teucro), *Corrispondenza e comunicazioni telegrafiche e telefoniche in Nuovo Digesto Italiano*, IV; MAZZIOTTI (Mateo), *La posta, il telegrafo, il telefono, in Trattato di diritto amministrativo italiano*, de ORLANDO, VII, 1914; FLORIAN, ob. cit.; MANZINI, ob. cit.; GARRAUD, (R.), *Traité*, IV, págs. 448 e segs., 1922; JANNITTI-PIROMALLO (E.), ob. cit.; PLANIOL e RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, III, 1926; HAFTER, ob. cit., págs. 211 e segs.; THORMANN e OVERBECK, ob. cit., págs. 169 e segs.; ZÜRCHER e GAUTIER, *in Protokoll de zweiten Expertenkommission*, II, págs. 521 e segs.; GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, 1911; LISZT-SCHMIDT, ob. cit.; SALTELLI-DI FALCO, ob. cit.; ALIMENA (B.), ob. cit.; NOSEDA, ob. cit.; NEGRI, ob. cit.; CARRARA, *Programma*, p. e., §§ 1.630 a 1.637; CIVOLI, ob. cit.; IMPALLOMENI, *Codice Penale Illustrato*, II, 1890-1891; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. de FADDA e BENSA, págs. 650 e segs.; EUSÉBIO GOMEZ, *Tratado*, III; CRIVELLARI, *Codice Penale*, V, 1894; CHAUVEAU e HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 1862; BELTJEANS, *Encyclopedie du droit criminel belge*, 1901; GARÇON, *Code Pénal Annoté*, 1901-1906; FULCI (L.), ob. cit., págs. 474 e segs.; DI FRANCO (L.), *Proprietà litteraria ed artistica*, págs. 21 e segs., 1936; SCHÄFER, *Geheimnisschutz (Proteção de segredos)*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936; BENTO DE FARIA, ob. cit., págs. 367 e segs.; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, p. e., 1924; ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, verbs. "segredo" e "violação de cartas"; ARI FRANCO, ob. cit.; JORGE SEVERIANO, ob. cit.; M. J. BATISTA, *Dos crimes contra a inviolabilidade da correspondência e dos segredos*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. IV, 1943.

COMENTARIO

173. **Histórico.** Embora sem o fundamento e o caráter com que se apresenta no direito penal moderno, a incriminação do atentado à normalidade da correspondência não foi estranha ao direito romano. Punia este, como furto, a *interceptação de cartas*, conforme se depreende do seguinte passo de ULPIANO (Dig., *De furtis*, 14, § 17): "*Si epistola quam ego tibi misi, intercepta sit; quis furti actionem habeat? ... is cujus interfuit eam non subripi: id est, ad cujus utilitatem pertinebant ea quae scripta sunt*". No direito intermédio, considerava-se *falsum* não só o fato de rasgar (*lacerare*), queimar (*comburare*) ou ocultar (*celare*) cartas alheias,

como também o de abri-las (*aperire, desigillare*), para revelar (*ostendere*) o seu texto. Neste último caso, se não havia revelação a outrem, configurava-se o *crimen stellionatus* (BARTOLO: “*Si vero aperit, et ipsemet vidit, et alteri non ostendit, et tunc putat, quod debeat puniri extraordinarie crimine stellionatus*”). Nenhum privilégio, porém, acobertava a correspondência privada contra a sindicância dos delegados do Príncipe, que, quando julgassem conveniente, podiam devassar-lhe o conteúdo. As cartas missivas estavam expostas à livre espionagem oficial. Somente com a Revolução Francesa e o seu sistema dos “direitos do homem e do cidadão” foi que se proclamou a irrestrita inviolabilidade da correspondência: “*Le secret des lettres est inviolable, et, sous aucun pretexte, il ne peut y être atteinte, ni par les individus, ni par les corps administratifs*”. Tal o caráter preponderantemente *político* assumido por essa *garantia individual*, que o Cód. Penal francês, de 1810, só se lembrou de incriminar a violação de correspondência (“*toute suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste*”) quando praticada por “funcionário ou agente do governo, ou da administração postal”. Não foi senão por uma lei de 16 de junho de 1922 que se ampliou a incriminação: “*En dehors des cas prévus. . . , toute suppression, toute ouverture des correspondances adressées à des tiers, fait de mauvaise foi, sera punie, etc*”.

No Brasil, já o Cód. Criminal de 1830 punia, sob a rubrica “abertura de cartas”, de modo genérico, o fato de tirar “maliciosamente do Correio cartas, que lhe não pertencerem, sem autorização da pessoa, a quem vierem dirigidas”, importando aplicação em dobro da pena cominada a circunstância de subsequente revelação, total ou parcial, do conteúdo das cartas. O Código de 1890 incluía a violação de correspondência na subclasse dos crimes *contra a inviolabilidade dos segredos* e, mais detalhado que o Código monárquico, previa seis modalidades do crime: *abertura, tirada, assenhoreamento, supressão, publicação abusiva e utilização arbitrária* de correspondência alheia.

174. Generalidades. O Código atual, divergindo do anterior, destacou os crimes em questão do setor dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, contemplando-os em seção especial do capítulo sobre os crimes contra a liberdade individual. Como acentua a *Exposição de motivos*, “a inviolabilidade da correspondência é um interesse que reclama a tutela penal independentemente dos segredos acaso confiados por esse meio”. O interesse jurídico protegido é a liberdade ou segurança da relação de *correspondência*, seja ou não confidencial o conteúdo desta. Tanto é assim que a lei protege a correspondência ainda que *aberta* e, em certos casos, não indaga, para a incriminação, se o agente tomou ou não conhecimento do respectivo texto. Não é senão por via de consequência que ficam resguardadas as *confidências* eventualmente feitas pelo remetente ao destinatário. O conteúdo da correspondência se diz *segredo*, no sentido de que deve ser inacessível à arbitrária indiscrição ou curiosidade de estranhos; mas nem sempre representa, em si mesmo, um *segredo*. É independente deste, portanto, que se concede a tutela penal à inviolabilidade da correspondência. Na sua *Relazione* sobre o projeto definitivo do atual Cód. Penal italiano, dissertava Rocco (ALFREDO): “O conteúdo da correspondência epistolar, telegráfica ou telefônica (carta, cartão, telegrama, fonograma, etc) é protegido pela lei em si e por si mesmo, isto é, independentemente da circunstância de que constitua segredo na acepção comum da palavra. O conteúdo da correspondência tem, como tal, o caráter de *segredo*, no sentido de que é destinado a permanecer ignorado de outrem, além do destinatário ou de quem tenha, a outro título, o direito de conhecê-lo. A correspondência é protegida mais como *meio* do que como *conteúdo*”.

Perfeitamente justificada é a classificação dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência entre os crimes contra a liberdade individual. O direito de correspondência é uma expressão da liberdade do indivíduo no tocante à sua imprescindível comunicação com os outros. A livre manifestação da nossa vontade, na vida de relação, estaria impedida

ou seriamente perturbada, se fosse dado a qualquer um de-
vassar ou desviar a nossa correspondência. Como diz FLO-
RIAN, “*la libertà della corrispondenza è una manifestazione
cospicua del diritto, riconosciuto ad ogni uomo, di svolgere
la propria personalità mercè la vita di relazione cogli altri
uomini*”.

Também aqui o direito penal é *sancionador* do direito
constitucional, e não do direito privado. A nossa vigente
Constituição, refletindo um dos postulados políticos da Re-
volução Francesa, inclui a inviolabilidade da correspondên-
cia entre os “direitos e garantias individuais”, ou seja, entre
os direitos de liberdade (art. 141, § 6.º).

Participando de um traço comum aos crimes contra a
liberdade individual, o atentado à correspondência é crime
subsidiário ou *suplementar*: se serve à prática de outro crime,
incorpora-se a este, cujo *nomen juris* prevalece e é o único
que deve ser reconhecido, ainda quando simplesmente ten-
tado. Assim, se a correspondência é violada para o fim de
subtrair valores nela contidos, ou de alterar o seu conteúdo,
ou de utilizá-la como meio extorsivo, os crimes que se con-
figuram são, respectivamente, o *furto*, a *falsidade documen-
tal* e a *extorsão*.

São as seguintes as modalidades do crime contra a cor-
respondência previstas no Código: a) violação de corres-
pondência fechada; b) sonegação ou destruição de correspon-
dência, fechada ou aberta; c) divulgação, transmissão a ou-
trem, utilização abusiva ou impedimento de comunicação
telegráfica ou radioelétrica ou de conversação telefônica;
d) desvio, sonegação, subtração, supressão ou revelação de
correspondência comercial, com abuso da condição de sócio
ou empregado.

Pelo perigo que oferece à segurança das comunicações
radioelétricas (telegrafia e telefonia sem fio), é assimilada ao
atentado contra a correspondência a *instalação* ou *utilização*
de “estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de dis-
posição legal”.

As formas citadas acima *sub* “a”, “b” e “c”, bem como a forma assimilada, são *qualificadas* quando *há dano para outrem* ou quando o fato é cometido *com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico*.

175. Violação de correspondência. É esta a modalidade prevista no *caput* do art. 151: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”. São assim fixáveis os seus *essentialia*: a) correspondência fechada e dirigida a outrem; b) devassamento do seu conteúdo; c) ilegitimidade da ação; d) dolo.

Em sentido genérico, *correspondência* é toda comunicação de pessoa a pessoa (diversa da conversação), por meio apto a fixar e transmitir a manifestação do pensamento. Sua forma típica é a *carta*, isto é, o papel com dizeres escritos manual ou mecanicamente, pelo qual uma pessoa se comunica com outra (ou outras),⁸⁴ transmitido pelo Correio ou, nos casos em que a lei o permite, por mensageiro particular.⁸⁵

⁸⁴ Segundo a definição de GERHARD (ob. cit., pág. 18), “carta é a manifestação do pensamento por escrito, destinada ao conhecimento de uma ou mais terceiras pessoas” (“*Brief ist eine schriftliche Gedankenäußerung, die zur Kenntnissnahme durch einen oder mehrere Dritte*”). A velha definição de DE VRIES assim dizia: “*Scriptum missum aut mittendum quodque scripsimus ut mitteretur certus cuidam, ad quem scribentes mentem dirigimus*”.

⁸⁵ No Brasil, o *monopólio postal* do Estado é regulado pelo decreto-lei n.º 1.681, de 13 de outubro de 1939, assim concebido:

“O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição; e

Considerando que, pelo disposto nos arts. 15 (alínea VI) e 16 (alínea X) do mesmo Estatuto, compete, privativamente, à União manter o serviço de Correios e legislar sobre esse serviço;

Considerando que se devem adotar providências para evitar de modo eficaz o contrabando postal;

Considerando que o serviço de correios, para atender a suas altas finalidades e garantir, convenientemente, o sigilo da correspondência, necessita condicionar-se às exigências do progresso nacional;

Considerando, finalmente, a conveniência de facultar à coleta, ao transporte e à distribuição de correspondência, execução compa-

Formas usuais de correspondência são igualmente o *telegrama* e o *fonograma*, que, para o efeito do art. 151, princ., se devem entender a folha de papel sobre a qual é escrita, manual ou mecanicamente, a comunicação transmitida, num caso, pelo telégrafo (com ou sem fio) e, noutro, pelo telefone, para ser entregue ao destinatário. Também se devem in-

tível com as necessidades do comércio, da indústria e do público em geral, harmonizando os interesses particulares com os do Estado:

Decreta:

Art. 1.º A União tem monopólio:

I — da expedição para o exterior da República e do transporte e da distribuição no território nacional:

- a) de cartas missivas fechadas ou abertas;
- b) de cartões postais que trouxerem o endereço do destinatário;
- c) de qualquer correspondência fechada como carta;

II — do fabrico, da emissão e da venda de selos postais e outras fórmulas de franquiamento postal;

III — do fabrico, da importação e da utilização:

- a) de máquinas de franquiar correspondência;
- b) de matrizes para estampagem de selos postais.

Parágrafo único. Para os efeitos do que dispõe a alínea c do n.º I deste artigo, considera-se “correspondência fechada como carta” todo invólucro cerrado, com sobrescrito, cujo conteúdo não se possa verificar sem violência.

Art. 2.º Estão excluídos do monopólio de transporte pelo Correio:

I — as cartas e os objetos fechados como carta, de peso superior a 2 kg.;

II — as cartas abertas e os cartões postais, de data anterior a um ano, que já tiverem atingido seu sim primitivo;

III — as cartas e os cartões postais, devidamente franquiados e carimbados, nos Correios de origem, conduzidos por qualquer pessoa, desde que esse transporte não se faça como exploração industrial;

IV — as cartas e os cartões postais de um mesmo signatário, ou dos membros de uma mesma família, conduzidos, ocasionalmente, por pessoas que habitem com os remetentes ou com os destinatários, ou por qualquer outro portador eventual;

V — as correspondências de qualquer natureza, que hajam transitado pelo Correio;

VI — as que forem levadas a uma caixa ou repartição postal;

VII — as que forem conduzidas por qualquer pessoa para o seu próprio serviço;

cluir sob a proteção penal o *telegrama semafórico* (reduzido a escrito, para entrega ao destinatário) e o *fonopostal*, isto é, a mensagem gravada em disco fonográfico e assim transmitida ao destinatário.

Não distingue a lei, para o efeito da tutela penal, entre correspondência *particular* e correspondência *oficial*.

Deve tratar-se de correspondência *fechada*. Não constitui crime a mera *leitura* de correspondência *aberta*, pois o próprio remetente, em tal caso, implicitamente renuncia ao di-

VIII — as que forem transportadas entre localidades que não estejam ligadas, direta ou indiretamente, pelo Correio;

IX — as que forem transportadas no perímetro das cidades, vilas e povoações onde não houver caixas de coleta e distribuição domiciliária;

X — as que qualquer pessoa, natural ou jurídica, fizer transportar, em serviços de sua própria economia, pelos seus empregados, desde que nem estes nem o remetente se encarreguem industrialmente de coleta de correspondência.

XI — as que forem coletadas, a título gratuito, na portaria de um edifício pelo respectivo porteiro para serem entregues a pessoas que trabalhem ou habitem nesse edifício;

XII — as cartas e outros papéis, relativos aos serviços das empresas ferroviárias, rodoviárias, de navegação marítima, fluvial ou aérea, quando transitarem nos veículos das respectivas empresas e forem pelas mesmas endereçadas às suas estações ou agências, ou *vice versa*;

XIII — as cartas contendo manifestos, notas, guias de cargas e outros documentos que trazem consigo, sem remuneração, os comandantes, capitães e pilotos de navios e aviões, os condutores de quaisquer outros veículos de transporte terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, quando tais correspondências devam obrigatoriamente acompanhar a carga ou mercadorias com elas transportadas.

Art. 3.º É lícito ao diretor geral do Departamento dos Correios e Telégrafos autorizar tercelros, pessoas naturais ou jurídicas, de comprovada idoneidade, mediante contrato ou termo de responsabilidade em que serão resguardados os interesses da União:

a) a vender selos e outras fórmulas de franquiamento postal;

b) a fabricar, importar ou utilizar máquinas de franquiar correspondência e matrizes de estampar selos postais.

§ 1.º Constituem propriedade exclusiva da União as matrizes de estampar selos postais, inclusive as que estiverem adaptadas às

reito de resguardá-la da indiscrição de terceiros. É próprio da correspondência aberta que ela possa ser lida por todos. Somente a correspondência fechada indica vontade do reme-

máquinas de franquiar adquiridas pelos particulares em virtude de autorização legal.

§ 2.º Aos particulares ou empresas que efetuem o transporte urbano de encomendas urgentes, poderá o diretor geral do Departamento dos Correios e Telégrafos conceder autorização, a título precário e mediante termo de responsabilidade, para que transportem e distribuam também, no perímetro da mesma cidade em que estiverem estabelecidos, correspondências submetidas ao monopólio postal, desde que sejam devidamente arrecadadas as taxas postais aplicáveis a essas correspondências expressas e observadas ainda outras condições que a respeito forem estatuídas pela Diretoria Geral do referido Departamento.

§ 3.º As empresas de navegação aérea, legalmente habilitadas a transportar malas postais nacionais, poderão, mediante prévia autorização, concedida a título precário pelo diretor geral do Departamento dos Correios e Telégrafo, efetuar, por intermédio de seus respectivos empregados, com a fiscalização e assistência do Departamento, a distribuição domiciliária das correspondências que houverem transportado em suas aeronaves, de acordo com as prescrições para tal fim estabelecidas pela Diretoria Geral daquele Departamento.

Art. 4.º São considerados contraventores:

a) os que, sem autorização, coletarem, transportarem ou distribuírem, fora das condições permitidas pelo art. 2.º, cartas, cartões postais e objetos fechados como carta, ainda que pagas as respectivas taxas postais;

b) os que, direta ou indiretamente, promoverem ou facilitarem o contrabando postal;

c)

d) (matéria que passou a ser regulada pelo Código Penal).

§ 1.º (alterado pela Lei das Contravenções Penais).

§ 2.º (idem):.. A reincidência cometida por encarregado ou concessionário de serviço público implicará rescisão de contrato ou perda da concessão

§ 3.º (alterado pelo Código Penal).

Art. 5.º Ficam revogados o dec.-lei n.º 1.191, de 4 de abril de 1939, e quaisquer outras disposições em contrário”.

Veja-se também o dec.-lei n.º 3.326, de 3 de junho de 1941, que regula detalhadamente o “transporte de malas postais”.

tente no sentido de acobertá-la da curiosidade alheia. Como diz HAFTER (ob. cit., pág. 212), “o que é decisivo é o *encerramento*, a indicar que o remetente tomou a precaução de “resguardar do indébito conhecimento de terceiros o conteúdo da correspondência” (“*Entscheidend ist der Verschluss, was bedeutet, dass der Absender Vorsorge getroffen hat, den Inhalt der Sendung vor der Kenntnisnahme durch unbefugte Drittpersonen zu bewahren*”). Pouco importa o processo ou meio empregado para o fecho: colagem, lacreamento, chumbamento, cosedura, etc. Cumpre que o fecho seja tal que não possa ser desfeito ou iludido, sem deixar vestígios. Assim, a correspondência envolvida numa simples *cinta* de papel ou laço de barbante não se pode dizer fechada.

O art. 151, *caput*, cuida somente da correspondência escrita, dactilografada, ou gravada (como no caso do fonopostal), pois é a única que pode ser fechada. É óbvio que a corrente ou onda elétrica transmissora de uma telecomunicação ou os sinais de um posto semafórico não podem ser encerrados sob fecho (veja-se n.º 177).

A correspondência deve estar dirigida a pessoa ou pessoas determinadas. Se não é sobrescritada a pessoa alguma, ou o endereço não permite a identificação de pessoa certa, não incide sob a tutela penal.

Não importa que o destinatário esteja ausente ou tenha intercorrentemente falecido. No primeiro caso, o *direito de abertura* caberá ao cônjuge, ao mandatário com poderes gerais, ao curador eventualmente nomeado, e, em caso de urgência, ao próprio *negotiorum gestor*; ⁸⁶ no segundo caso, o destinatário passa a ser o *herdeiro*, pois este sucede *in omne jus quod defunctus habuit*.

Devassar é tomar conhecimento, total ou parcialmente, do conteúdo da correspondência. Comumente, o *devassamen-*

⁸⁶ GERHARD (ob. cit., pág. 29): “*Die Berechtigung einer negotiorum gestor ist nur in dringenden Fällen anzuerkennen*” (“Somente nos casos de urgência deve ser reconhecida a autorização ao *negotiorum gestor*”).

to pressupõe a *abertura* da correspondência; mas pode ser praticado mediante processo que, deixando intato o fecho, permite a leitura do conteúdo, como no caso em que esta é praticável pela transparência do invólucro. O que é crime é a *leitura do conteúdo*, pouco importando que o agente faça, ou não, uso do que leu. Se o agente abre a correspondência, mas é impedido de conhecer-lhe o conteúdo, dar-se-á apenas tentativa do crime. Se a correspondência é escrita em cifra ou em idioma desconhecido do agente, e este não dispõe de quem possa decifrá-la ou traduzi-la, o que ocorre é uma *tentativa inadequada de devassamento*, sem prejuízo da responsabilidade penal a outro título (como quando haja sonegação ou destruição da correspondência ininteligível para o agente). O mesmo se deve dizer no caso de ser o agente cego ou analfabeto, que não tenha a coparticipação de um vidente ou letrado.

O crime se consuma com o devassamento, pouco importando que o agente, a seguir, consiga apagar os vestígios da violação, restituindo a correspondência ao *statu quo ante*.

Para a existência do crime é irrelevante: a) que a correspondência seja anônima ou assinada com pseudônimo ou nome suposto, pois a lei protege contra a inscrição não apenas o remetente, senão também o destinatário; b) que o conteúdo seja, ou não, secreto, importante ou frívolo, ou que o agente deixe de revelá-lo a outrem; c) o modo de obtenção da correspondência devassada (violência, ameaça, fraude, caso fortuito, erro espontâneo ou provocado do estafeta, etc.).

O devassamento deve ser efetuado *non jure*, ou, como diz o texto legal, *indevidamente*. Assim, deixa de ser crime, quando precede o consentimento de quem de direito (mandato expresso ou tácito, escrito ou oral), pois o direito à inviolabilidade de correspondência é da categoria dos *renunciáveis*. Igualmente não há falar-se em crime, se o fato constitui o exercício de um direito. Há casos vários em que a lei autoriza, explícita ou implicitamente, a abertura da correspondência alheia, para conhecer-lhe o conteúdo. Assim, no caso de *censura oficial*, quando suspensa a garantia consti-

tucional da inviolabilidade de correspondência; no caso da correspondência do falido, que deve ser aberta e lida pelo síndico, em defesa dos interesses da massa (art. 63, n.º II, da Lei de Falências); no caso da correspondência dos condenados presos, a qual deve ser aberta e lida pelo diretor da prisão;⁸⁷ no caso da correspondência do acusado de crime, conforme dispositivo do Cód. de Proc. Penal (art. 240, letra f); no caso da correspondência de menores ou totalmente incapazes, pode ser devassada por seus representantes legais ou pessoa a cuja guarda e vigilância estejam confiados. Cumpre notar que, em tais hipóteses, se o destinatário, conseguindo iludir a vigilância ou censura de quem de direito, abre e lê a correspondência, não comete crime, ainda que penalmente responsável. É controvertido em doutrina se o marido pode devassar a correspondência da esposa, e *vice versa*. A opinião prevalente é no sentido negativo, ressalvados certos casos excepcionais. O Cód. Penal espanhol que, primitivamente, permitia, *expressis verbis*, a violação da correspondência da mulher pelo marido, achou, na sua última revisão, de suprimir a licença. Entre nós, BENTO DE FARIA (ob. cit., pág. 379) entende que em caso algum o cônjuge tem direito de devassar a correspondência do outro.

Discordamos, radicalmente, de tal ponto de vista. A violação da correspondência, em tal hipótese, não constitui crime algum, não passando o fato, num caso ou noutro, de simples *indelicadeza*. A comunhão de vida que decorre do casamento (art. 231, n.º II, do Cód. Civil) não permite, evidentemente, que se considere *alheia* a um dos cônjuges a correspondência do outro. Os cônjuges, na bela expressão do direito canônico, são "*duo in carne una*". A correspondência de um é correspondência do outro. Há entre eles, incontestavelmente, uma faculdade de mútua sindicância. Não podem eles

⁸⁷ O art. 150 do Regulamento da Penitenciária Central do Distrito Federal (dec. n.º 8.296, de 13 de outubro de 1910) assim dispõe: "Art. 150. A correspondência (dos sentenciados) será lida e visada pelo diretor, à chegada e à saída".

vedar-se reciprocamente a abertura e leitura das respectivas correspondências. Se isto não está dito com todas as letras na lei civil, está inquestionavelmente implícito no seu texto. Somente por motivos inconfessáveis (ilícitos ou imorais) pode querer o cônjuge sonegar a própria correspondência ao conhecimento do outro, e muito acima dessa pretendida faculdade está o interesse de preservação do espírito de unidade e segurança da vida conjugal ou da irrestrita intimidade doméstica.

A violação de correspondência só é punível a título de dolo, que é, na espécie, a vontade e consciência de devassar indebitamente a correspondência alheia. O erro de fato exclui o dolo: se alguém, por equívoco decorrente de uma homonímia, ou sem atentar no sobrescrito, abre e lê a carta que lhe foi entregue inadvertidamente pelo carteiro, está isento de pena. Também o erro sobre o *direito de abertura* (*Brieföffnungsrecht*), nos casos dubitativos, pode demonstrar a boa-fé excludente do dolo.

176. Sonegação ou destruição de correspondência alheia. Esta é a modalidade delituosa prevista no inciso n.º I do § 1.º do art. 151, isto é, o fato de “quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói”. Cumpre desde logo esclarecer que, se a correspondência representa documento de valor jurídico e o fim do agente é promover benefício próprio ou de outrem, ou prejuízo alheio, o crime a configurar-se é o de *falsidade documental* (art. 305 do Código).

Na *sonegação* ou *destruição*, é indiferente que se trate de correspondência *fechada* ou *aberta*, ou que o agente tenha tomado conhecimento do seu conteúdo. A correspondência, ainda quando originariamente aberta, só deixa de ser protegida como tal, quando, pelo decurso do tempo ou outra causa, não se lhe pode atribuir senão um valor retrospectivo, afetivo, colecionista, histórico, estético, científico ou probatório (MANZINI). Em tal caso, se representa em si mesma um valor econômico, a sua *sonegação* constitui *furto*, assim como a

sua *destruição* constituirá *dano* (e se tem valor probatório a respeito de alguma relação jurídica, qualquer desses fatos constituirá, quando ocorre o dolo específico, uma modalidade do *falsum*). Se a correspondência estava fechada e, antes da sonegação ou destruição, foi devassada pelo agente, não haverá dois crimes, mas um crime único (o de sonegação ou destruição), pois tais atos não são, afinal de contas, senão modalidades, penalmente equivalentes, de um mesmo malefício (o que, entretanto, não impede que o juiz, na medida da pena, tenha em conta a maior gravidade resultante da múltipla atuação criminosa).

Sonegar é desviar uma coisa do seu destino, não manifestá-la, ocultá-la. *Destruir* é inutilizar, danificar uma coisa de modo que não possa mais servir ao seu fim, seja ou não subvertida a sua materialidade específica. Destrói-se uma correspondência desde que, pelo emprego de qualquer meio (rasgando-a, queimando-a, submetendo-a à ação de um corrosivo, raspando os seus dizeres, etc.), deixe ela de existir como tal. Para que o crime se consume, basta a sonegação ou destruição parcial, segundo expressamente declara o dispositivo legal. A conduta do agente deve ser indébita ou ilegítima. Nos mesmos casos em que é lícito o *devassamento* (veja-se n.º 175), também o é a sonegação ou destruição, desde que tal medida seja conveniente. O Regulamento da Penitenciária Central do Distrito Federal é expresso, no tocante à correspondência dos presos (art. 151): “As cartas que contiverem palavras indecorosas, tratarem de assuntos políticos, fizerem críticas à administração ou a outros sen-tenciados, ou forem de qualquer modo inconvenientes, serão apreendidas e inutilizadas”.

O texto legal fala em *apossar-se*, devendo entender-se que o agente tenha obtido sujeitar a correspondência ao seu arbitrário poder de fato. É irrelevante o modo pelo qual tenha isto ocorrido (violência física ou moral, fraude, caso fortuito, erro do carteiro). Pode acontecer que o agente, sem mesmo tocar com as mãos a correspondência, consiga destruí-la, *v. g.*, ateando-lhe fogo ou derramando sobre ela al-

gum líquido corrosivo. É inegável, em tal caso, a existência do crime, embora não tivesse havido a *apprehensio*: o agente teve a correspondência sob seu arbitrário poder de disposição, o que vale dizer que a submeteu à sua *posse*.

177. Divulgação. transmissão a outrem, utilização ou impedimento de comunicação telegráfica ou radioelétrica ou conversação telefônica. Destas modalidades cuidam os incisos ns. II e III do § 1.º do art. 151. É aqui especialmente protegida a correspondência transmitida pelo telégrafo, com ou sem fio, ou mediante conversação telefônica, contra a indiscrição, abuso ou turbação de terceiros. Por sua própria natureza, tal correspondência tem o seu conteúdo necessário ou naturalmente sujeito ao conhecimento dos empregados do serviço teleográfico ou telefônico. Pode ainda acontecer que estranhos consigam arditosamente captar a corrente elétrica ou onda hertziana, ou surpreender, acidental ou propositamente, o despacho teleográfico (em cujo conceito se compreende até mesmo a minuta escrita pelo remetente) ou a conversação telefônica. Segundo a previsão da lei, constitui crime o fato de quem, indevida ou abusivamente, *divulga, transmite a outrem, utiliza ou impede* a telecomunicação ou conversação telefônica. *Divulgar* a correspondência é tornar público o seu conteúdo, possibilitar o seu conhecimento por parte de um indeterminado número de pessoas. Ainda, porém, que o agente se limite a revelar o conteúdo da correspondência a uma só pessoa que seja, não deixa de haver crime. Basta que *transmita a outrem*, segundo a expressão legal, o conteúdo da comunicação ou conversação. Pouco importa que tal conteúdo seja, ou não, secreto. Salvo co-participação, não está sujeita à sanção penal a pessoa que recebe a revelação.

Utilizar o conteúdo da correspondência é servir-se dele para qualquer fim, ainda que não seja para proporcionar-se vantagem econômica. Se a utilização é meio a outro crime mais grave, somente por este responderá o agente (*major absorbet minorem*).

Finalmente, refere-se a lei ao *impedimento*, isto é, à interferência no sentido de interromper a corrente ou onda elétrica ou de obstar, por outro modo, a comunicação telegráfica ou conversação telefônica. Cumpre notar que, se o fato assume as proporções de *perigo comum* ou de atentatório da *incolumidade pública*, passa a ser enquadrado no artigo 266 do Código.

Como nas modalidades do devassamento, sonegação ou destruição, também aqui é preciso, para configurar-se o crime, que a conduta do agente seja *indevida* ou *abusiva*, isto é, *ilegítima*. Tal requisito, aliás, não precisava de figurar expressamente no texto legal, pois a *ilegitimidade* é pressuposto de qualquer crime.

178. Instalação ou utilização de estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal. Como já notamos, trata-se, aqui, de um fato que, por assimilação, se inclui entre as modalidades do crime contra a inviolabilidade de correspondência. Está previsto no inciso n.º IV do § 1.º do art. 151. *Estação ou aparelho radioelétrico*, a que se refere o texto legal, é o atinente à telegrafia ou telefonia sem fio, mediante a aplicação das ondas hertzianas. Quer para a transmissão, quer para a recepção de mensagens ou comunicações, pode ser instalado ou utilizado clandestinamente ou sem as precauções determinadas em lei. A incriminação de tal fato remonta ao dec. n.º 5.776, de 16 de junho de 1930. Vejam-se, além deste, os decs.-leis ns. 20.047, de 27 de maio de 1931, 21.111, de 1 de março de 1932, 1.291, de 25 de maio de 1939, 1.383, de 29 de junho de 1939, e 4.701, de 17 de setembro de 1942.

Em tempo de guerra, o fato de “instalar ou possuir, ou “ter sob sua guarda, sem licença da autoridade competente, “aparelho transmissor de telegrafia, radiotelegrafia ou de “sinais, que possa servir para comunicação à distância”, constitui crime *contra a segurança do Estado* (art. 23 do dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942).

179. Formas qualificadas. Qualquer das modalidades delituosas previstas no art. 151 e seu § 1.º são *qualificadas*, se delas decorre *dano para outrem* ou se o agente procede *com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico*. No primeiro caso (§ 2.º do art. 151), as penas cominadas alternativamente no *caput* do art. 151 (detenção, de um a seis meses, ou multa de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00) são aumentadas de metade. Na sua forma simples, o crime contra a inviolabilidade de correspondência é de natureza *formal*: basta, para sua consumação, o dano *in potentia*. A efetividade do dano é considerada agravante especial ou condição de maior punibilidade, ou, por outras palavras, é *qualificativa* do crime. O dano pode ser econômico ou moral, público (contra a administração pública) ou particular, e tanto pode referir-se ao destinatário ou remetente, como a terceiros. Não é preciso que ao dano de outrem corresponda vantagem para o agente.

No segundo caso de qualificação, a pena é autônoma e uma só: detenção, de um a três anos.

A expressão *abuso de função* deve ser entendida em sentido estrito: só é qualificativo o abuso quando praticado na função específica do agente. Ao contrário do que entende BENTO DE FARIA (ob. cit., pág. 386), não basta a qualidade de empregado do serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico: é preciso que haja abuso dos poderes inerentes à função própria do agente. Só então é que se apresenta, em toda a sua gravidade, a infidelidade funcional que justifica a qualificação do crime.⁸⁸ Nem vale invocar, em sentido contrário, a opinião de comentadores dos Códigos italiano e argentino, pois estes dispõem de modo diverso.

⁸⁸ O art. 16 do Regulamento dos Telégrafos (dec. n.º 11.520, de 10 de março de 1915) dispõe: "O direito ao sigilo dos telegramas "é absoluto e a Diretoria Geral dos Telégrafos velará pela perfeita "observância dele por parte do pessoal sob suas ordens, sendo proibida a entrada nas salas dos aparelhos, nos arquivos e seções onde "haja autógrafos, não só ao público, como aos próprios empregados "que se não acharem em serviço".

Não importa que o serviço de comunicações seja do Estado ou particular (nos casos em que a lei o permite ou não se reserva o monopólio).

180. Ação penal. Salvo nos casos do § 1.º, n.º IV (instalação ou utilização de estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de preceito legal), e do § 3.º do art. 151 (modalidade qualificada pelo *abuso de função*), a ação penal do Ministério Público somente pode ser intentada precedendo *representação*. É o que dispõe o § 4.º do citado artigo. Mas, quem é o titular do direito de representação? O destinatário ou o remetente? A questão é controvertida. Na doutrina alemã, conforme adverte BOVENSIEGEN (ob. cit., pág. 812), a opinião dominante é que o titular do direito é a pessoa que, ao tempo do fato, tinha o direito de disposição da correspondência. Se esta ainda não chegou ao poder do destinatário, cabe o direito de provocar a ação penal ao remetente; caso contrário, o titular é somente o destinatário (*“Nach herrschender und richtiger Ansicht ist der Verletzte antragsberechtigt. Verletzter aber wiederum ist diejenige Person, die zur Zeit der Tat das Verfügungsrecht über das verschlossene Schriftstück hatt. Ehe der Brief dem Adressaten durch die Post übergeben ist, steht also das Antragsrecht nur dem Absender zu. Der Adressat ist bis dahin noch nicht Eigentümer geworden. Hat er dagegen Eigentum durch Übergabe erworben, so ist nur er antragsberechtigt”*). Semelhante opinião já era sustentada por LISZT: “O processo depende de queixa (de acordo com o Código alemão), e esta compete ao dono do documento fechado; se o papel foi expedido, a quem o expediu, até que a propriedade passe ao destinatário e, conseqüentemente, até que se efetue a entrega; posteriormente, ao destinatário” (*“Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Antragsberechtigt ist der Eigentümer des verschlossenen Urkunde; bei Sendungen der Absender so lange, bis das Eigentum auf den Adressaten übergeht, also bei Postsendungen bis zur erfolgten Bestellung; später der Adressat”*).

Na doutrina italiana, prevalece opinião diversa, conforme expõem SALTELLI e DI FALCO: o direito de promover (e portanto, o de provocar) a ação penal cabe, em qualquer caso, tanto ao remetente, quanto ao destinatário, pois ambos são lesados na sua liberdade de correspondência. O direito do remetente não se exaure com o recebimento da correspondência pelo destinatário, nem o direito deste surge somente com o recebimento. O que se protege não é o direito de *propriedade* da correspondência, mas o interesse imaterial da liberdade e segurança da comunicação por tal meio, e tal interesse é lesado tanto no remetente quanto no destinatário, independentemente da circunstância de haver a correspondência entrado, ou não, no poder de disposição do último.

Este ponto de vista é o que nos parece acertado.

Há, porém, uma outra questão a resolver: e se precede o consentimento de um só dos interessados? A opinião mais geralmente seguida é que, em tal caso, a representação caberá ao *dissensiente*. Entendemos, no entanto, que o crime da inviolabilidade de correspondência (à parte os casos em que há predominância do interesse público) só existe quando haja a vontade contrária de *ambos* os interessados. Se um destes consente, não se apresenta crime algum, salvo se a correspondência contém *segredo* e este seja divulgado, pois, então, haverá o crime de “divulgação de segredo” (art. 153 do Código), de que será mesmo co-partícipe o *consensiente*.

181. Correspondência comercial. A derradeira modalidade do crime contra a indenidade da correspondência está prevista no art. 152: “Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho o seu conteúdo”. Trata-se de crime *próprio*, isto é, o sujeito ativo somente pode ser determinadas pessoas: sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial. Já aqui o texto legal não fala em *abuso de função*, mas em *abuso de condição* (de sócio ou de empregado), de modo que não é ne-

cessário que o agente seja o sócio ou empregado especialmente incumbido de lidar com a correspondência ou de guardá-la: basta a sua *qualidade* de membro ou de preposto da sociedade ou estabelecimento. É preciso, para a existência do crime, que haja, pelo menos, *possibilidade de dano*, seja êste patrimonial ou moral. Não se compreenderia que o sócio cometesse crime por praticar qualquer dos atos referidos no texto legal, se dele nenhum dano pudesse resultar à sociedade ou a outrem. Quanto ao *empregado*, se, do mesmo modo, não houvesse, sequer perigo de dano, além do infligido à intangibilidade da correspondência, não haveria necessidade de incriminação fora do art. 151. Se o conteúdo da correspondência é fútil ou inócuo, não pode ser objeto do crime em questão. A ação penal, na espécie, depende igualmente de representação (parág. único do art. 152).

SEÇÃO IV

DOS CRIMES CONTRA A INVIOLABILIDADE
DOS SEGREDOSDivulgação
de segredo

Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00.

Parág. único. Somente se procede mediante representação.

Violação do
segredo pro-
fissional

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

**Pena — detenção, de três meses a um ano.
ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.**

Parág. único. Somente se procede mediante representação.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* francês, arts. 187 (modificado por leis de 28 de abril de 1832 e de 15 de junho de 1922) e 378 (modificado por lei de 16 de fevereiro de 1933); suíço, arts. 179 e 321; italiano, arts. 618, 621 e 622; alemão, § 300; húngaro, §§ 328 e 329; português, arts. 461, 290 e 136, § 1.º; espanhol, art. 490; holandês, art. 272; norueguês, art. 144; dinamarquês, art. 263, I, 3.º; polonês, art. 254; turco, art. 215; soviético, art. 121; peruano, art. 363; chileno, artigos 146, 247, alínea 2, e 231; uruguaio, arts. 300 a 302; argentino, artigos 156 e 757; mexicano, arts. 210 e 211; boliviano, arts. 313 a 315 e 596; colombiano, art. 765.

BIBLIOGRAFIA. MOFFA, *Publicazione abusiva di corrispondenza*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, XXI; LOMBARDI, ob. cit.; RAMELLA, *Dell'abusiva pubblicazione di corrispondenza*, in *Rivista Penale*, XXXIV; PERGOLA, *Indebita pubblicazione di corrispondenza*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, XIX; MANZINI, ob. cit.; BRASIELLO, *Rivelazione del contenuto di documenti segreti*, in *Nuovo Digesto Italiano*, V; JANNITTI-PIROMALLO (E.), ob. cit., e *Rivelazione di segreti*, in *Digesto Italiano*; BIZZARINI, *Segreto professionale*, in *Digesto Italiano*; SAUTER (FRITZ), *Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schuliz (O segredo profissional e sua proteção penal)*, fasc. 123 das *Strafrechtliche Abhandlungen*, 1910; WOLFF (Hans), *Der strafrechtliche Schuld des Berufsgeheimnisses (A proteção penal do segredo profissional)*, fasc. 86 das *Strafrechtliche Abhandlungen*, 1908; HAFTER, ob. cit.; CONSOLI-SALUZZO, *Il segreto professionale*, 1908; THORMANN e OVERBECK, ob. cit., fasc. 9.º; ZÜRCHER, HAFTER, BURCHARDT, MÜLLER, DELAQUIS, THORMANN e GAUTIER, in *Protokoll*, IV, págs. 363 e segs.; FLORIAN, ob. cit.; SALTELLI-DI FALCO, ob. cit.; FULCI, ob. cit.; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, 1924; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, I, 1884; LISZT-SCHMIDT, ob. cit.; CRIVELARI, ob. cit.; CIVOLI, ob. cit.; NOSEDA, ob. cit.; NEGRI, ob. cit.; EUSÉBIO GOMEZ, ob. cit.; EMILIO DIAZ, ob. cit.; PERRAUD-CHARMENTIER, *Le secret professionnel*, 1926; PIMIENTA (Lois), *Le secret professionnel de l'avocat*, 1937; SCHÄPFER, *Geheimnisschutz*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936; PEYTEL (Adrien), *Le secret médical*, 1935; THELO (Emile), *La responsabilité professionnelle du médecin*, 1936; GARRAUD (René), ob. cit.; GARÇON, ob. cit.; CARRARA (F.), ob.

cit.; §§ 1.638 e segs.; BROUARDEL (P.), *La responsabilité médicale*, 1898; SOUSA LIMA, *Medicina Legal*, 1924; FÁVERO (Flamínio), *Medicina Legal*, 1942; BORRI-CEVIDALLI-LEONCINI, *Trattato di Medicina Legale*, IV, 1928; PINTO DA ROCHA, *O segredo profissional*, 1935; JOSÉ DUARTE, *Segredo Profissional*, 1936; BENTO DE FARIA, ob. cit.; GALDINO SIQUEIRA, ob. cit.; SACKER, *Du secret professionnel de banquier*, 1949; CRESPI, *La tutela penale del segreto*, 1952.

COMENTARIO

182. **Objetividade jurídica e limites.** A todo indivíduo deve ser assegurada a faculdade de resguardar da arbitrária ou indébita indiscrição de outrem os fatos de sua vida privada que ele entende de manter secretos. Se não houvesse tal segurança, estaria seriamente prejudicada a vida de relação. Trata-se de um interesse que diz com a liberdade individual, pois esta sofreria grave restrição se o indivíduo não tivesse a exclusiva disponibilidade dos próprios segredos ou não pudesse fazer confidências sem ficar exposto a “cair na boca do mundo”. Perfeitamente explicável, portanto, é a tutela penal desse relevante interesse, bem como a inclusão dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos entre os crimes *contra a liberdade individual*.

A proteção penal, porém, não é concedida *in extensum* abrange somente os segredos constantes de *correspondência* ou *documentos privados* e as confidências *necessárias*. No tocante às confidências orais e sem cunho de necessidade, ficam por conta e risco de quem as faz sem precatar-se contra intrusos e “sacos-rotos”. Por outro lado, são protegidos unicamente os segredos cuja violação acarrete ou possa acarretar dano a outrem (a quem os confiou ou a terceiros). Dos segredos anódinos *non curat praetor*. É bem de ver que, circunscritos à tutela de uma das manifestações da liberdade individual, os arts. 153 e 154 alheiam-se aos segredos cuja divulgação importe ofensa a interesses outros, de maior relevo ou mais diretamente visados. Assim, a violação de segredos de Estado ou militares constitui crime *contra a segurança do Estado* ou *militar* (vejam-se dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942, Cód. Penal Militar, e lei n.º 1.802, de

5-1-1953). A violação do *sigilo funcional* (art. 325) e a do *sigilo de proposta de concorrência* (art. 326) são crimes *contra a administração pública*.

A violação de *segredo de fábrica ou negócio* (art. 196, § 1.º, XII), figura como modalidade de *concorrência desleal*, entre os crimes *contra a propriedade imaterial*.

Duas são as *species* do crime contra a inviolabilidade dos segredos, que passamos a analisar: a *divulgação de segredo* e a *violação do segredo profissional*.

183. Divulgação de segredo. Sob a sanção penal do art. 153 é resguardado contra indébita divulgação o conteúdo secreto de *documento particular* ou de *correspondência*. Trata-se de crime que, na sua conceituação moderna, somente passou a figurar na legislação penal com o advento do individualismo político. No direito romano, a divulgação do texto dos *testamentos*, por parte do respectivo *depositário*, era considerada, segundo ULPIANO, modalidade da *injúria*: “*Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse: ego arbitrator et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta ejus, qui testatus est, divulgarentur*” (Dig., XVI, III, 1. I, § 38). Tem-se pretendido, mas sem razão, invocar tal fragmento para remontar a ele a própria história da ilicitude penal do *segredo epistolar*. Não gozava este, no direito romano, da proteção penal, embora a sua revelação a estranhos, ainda quando feita pelo destinatário das *litterae*, tivesse merecido a veemente censura de CÍCERO, numa das “filípicas”: “*At etiam litteras, quas me sibi misisse dicit, recitavit homo, et humanitatis expers, et vitae communis ignarus. Quis enim unquam qui paullum modo bonorum consuetudinem nosset, litteras ad se ab amico missas, offensione aliqua interposita, in medium protulit, palamque recitavit? Quid est tollere in vita vitae societatem? tollere amicorum colloquia absentium? quam joca solent esse in epistolis. quae pro-*

lata si sint, inepta videantur? quam multa seria, neque tamen ullo modo divulgando? sit hoc inhumanitatis tuae"

Na Idade Média, igualmente se considerava *injúria* a revelação do conteúdo de cartas, em detrimento alheio (*"Se divulgaret contenta in litteris ad alterius injuriam, actione injuriarum teneretur"*), ou reconhecia-se modalidade do *crimen falsi* quando o conteúdo da carta era revelado em utilidade do adversário do remetente (*"aperiens et desigillans litteras alienas, ut illas ostendat adversario, committit crimen falsi"*). Na pena do *falsum* também incorriam os notários, procuradores ou advogados que *instrumenta suorum clientorum ostendunt eorum adversariis*. O Código francês de 1810 somente tutelava o *sigilo das cartas missivas* contra a interferência dos funcionários ou agentes do Governo.

Os nossos Códigos de 1830 e 1890 também só incriminavam a arbitrária revelação ou publicação do conteúdo de correspondência alheia. O Código atual, a exemplo do Código italiano de 1930, é que achou de ampliar a tutela penal ao segredo de documento particular em geral.

Sob a cominação alternativa de detenção, por um a seis meses, ou multa de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 2.000,00, incide o fato de "divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo do documento "particular ou de correspondência confidencial, de que é "destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir "dano a outrem".

Podem ser fixados na seguinte ordem os elementos do crime: a) documento particular ou correspondência confidencial; b) divulgação do seu conteúdo pelo destinatário ou detentor; c) ausência de justa causa; d) possibilidade de dano a outrem; e) dolo.

Documento é todo escrito de que resulte a prova de fato juridicamente relevante, tenha ou não caráter econômico.

Sobre o que seja *correspondência*, veja-se n.º 175.

O documento protegido, aqui, é, tão-somente, o *particular*, pois em outros setores é que se cuida do devassamento ou divulgação de documento público secreto.

Tanto o conteúdo do documento particular como o da correspondência devem representar um *segredo*, pois assim o indica a rubrica geral “crimes contra a inviolabilidade dos segredos” (“*si vis intelligere nigrum, inspice rubrum*”). *Segredo* é aquilo que não deve ser revelado ou que se tem motivo ou interesse para ocultar. O vínculo de segredo pode resultar de manifestação expressa ou tácita da vontade do interessado, ou de *facta concludentia*. Não deve ser, porém, puramente arbitrário. Não basta que o remetente de uma carta, por exemplo, a declare, expressamente, “confidencial”: é preciso que a reserva em torno do conteúdo da carta corresponda a razoável motivo ou interesse, econômico ou moral, do remetente ou de terceiro. Como diz HAFTER (ob. cit., página 213), “se não se trata de fatos que devam ser mantidos “em sigilo entre o remetente e o destinatário, não teria sentido a proibição da divulgação, isto é, a comunicação a terceiros” (“*Würd es sich nicht um eine zwischen Absender und Empfänger geheimzuhaltende Tatsache handeln, so wäre das Verbot der Verbreitung, d. h. der Mitteilung an weitere Personen, sinnlos*”).

Há certos documentos que, por sua natureza ou por necessidade legal, são secretos, como, *in exemplis*, o *testamento cerrado*. Em tais casos, não se apresenta uma *quaestio facti*: o segredo é presumido. Não importa que o vínculo de segredo seja temporário ou condicionado ao advento de determinado fato: ainda em tal hipótese, seu rompimento antecipado é crime.

O momento consumativo do crime (subentendida a possibilidade de dano) é a *divulgação* do conteúdo secreto. Não basta a simples comunicação a uma só pessoa ou a um grupo restrito de pessoas: é necessário que haja uma difusão extensiva (publicação pela imprensa, radiodifusão, afixação em lugar público) ou, pelo menos, *exposição* que torne possível o conhecimento de indeterminado número de pessoas. O sujeito ativo é o *destinatário* ou *detentor* da correspondência ou documento. Não comete crime (salvo se o fato divulgado é difamatório ou injurioso) quem propala por ouvir

dizer ou por lhe ter sido mostrado o documento ou correspondência pelo destinatário ou detentor. Não distingue a lei entre detentor *legítimo* ou *ilegítimo*. Tanto pode ser sujeito ativo do crime aquele que possui licitamente o documento ou correspondência, *in nomine proprio* ou *in nomine alieno*, como o sonegador ou possuidor furtivo. É de notar-se que, no caso do destinatário ou do detentor legítimo, é contestada a ilicitude penal. Não a reconhece, por exemplo, o atual Código italiano, tendo assim argumentado o Ministro Rocco, na sua *Relazione al Re*: “Entre o segredo confiado oralmente e o confiado por escrito não há substancial diferença, e como a violação do segredo oral não constitui crime, nem mesmo quando o confidente se haja obrigado a não revelá-lo, não se compreende por que a diversidade do meio usado, isto é, o escrito, deva tornar punível o fato”. Não é convincente, porém, o argumento. Há enorme diferença entre divulgar a confidência que outrem nos faz verbalmente e a que recebemos por escrito: no primeiro caso, a veracidade do fato divulgado pode ser posta em dúvida, dada a ausência de comprovação material, e a própria indelicadeza moral do divulgador torna precária a sua credibilidade; ao passo que, no segundo caso, há um *corpus*, que se impõe à credulidade geral e que, publicado, exporá irremissivelmente o *dono* do segredo, como dizia AURITI, “*in pasto al pubblico sentimento*”. A traição de confiança, no último caso, é evidentemente mais grave do que no primeiro, e sua impunidade valeria, sem dúvida alguma, pelo desamparo da liberdade dos segredos na vida de relação. Nem se diga que a *carta*, por exemplo, é *propriedade* do destinatário (que, assim, teria sobre ela o *ius utendi et abutendi*), desde que por este recebida. Podia-se responder que, se o destinatário é o *dominus* da carta na sua materialidade, não o é do seu conteúdo imaterial ou ideológico. Mas não se trata, aqui, de uma questão atinente ao direito de propriedade, senão ao direito de conservar secretos os fatos de nossa vida privada que não queremos sejam divulgados. Justamente ponderava COSTA, ao tempo da elaboração do projeto do Código italiano de 1889: “Prescindin-

“do-se de qualquer discussão sobre o direito de propriedade das cartas, é indubitável que quem escreve tem direito a que de sua carta não se faça uso diverso daquele a que era destinada, pois, de outro modo, ninguém seria mais livre de escrever”. É a divulgação abusiva que constitui o crime, e há divulgação abusiva quando versa sobre conteúdo de algum escrito (ética ou juridicamente relevante), cuja reserva se impunha para evitar detrimento alheio.

Somente exclui o crime a *justa causa*, entendendo-se por tal toda causa explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, aprovada pela ordem jurídica.⁸⁹

Assim, constituem *justa causa*: a) o consentimento do interessado (pois se trata, na espécie, de direito *disponível*); b) a faculdade de comunicação de crime de ação pública (art. 5.º, § 3.º, do Cód. de Proc. Penal); c) o dever de testemunho em juízo; d) a defesa de direito ou interesse legítimo; e) comprovação de crime ou sua autoria (art. 240, § 1.º, letra f, do Cód. de Proc. Penal).

Longo (ob. cit., pág. 499) fixa nestes termos a casuística da *justa causa*: “... aquele que, publicando o conteúdo de um escrito confidencial, atende ao objetivo de prevenir um dano público ou privado, de defender-se de um perigo ameaçado ou temido, de concorrer direta ou indiretamente para a repressão de algum crime (*rectius*: de crime de ação pública), de participar à autoridade qualquer fato concorrente à sua função e ao interesse social, de produzir a prova da própria inocência ou de uma alegação no juízo cível ou criminal, de desmentir uma falsa acusação contra alguém, de evidenciar a má-fé de quem quer que seja, ou de

⁸⁹ Entende FLORIAN (ob. cit., pág. 436) que “*la giusta causa è da intendersi con alquanto larghezza e quindi potrà essere giusta non solo nella rigida linea del diritto, ma eventualmente anche in linea morale, sociale, politica, religiosa*”. Cumpre advertir, porém, que motivos outros, que não os jurídicos, por mais relevantes que sejam, se justificam a atenuação da pena, não têm a virtude de expungir a *injuricidade* de um fato definido como crime.

“servir-se, enfim, de uma faculdade não vedada pelo direito “ou pela moral, não comete malefício algum”.

Ao contrário de outros Códigos, o nosso configura, na espécie, um crime *formal*: basta, para sua consumação, a *possibilidade de dano*, o dano *in potentia*. Entenda-se, porém: o dano potencial a que se refere o texto penal, como condição de punibilidade, deve referir-se a interesse outro que não o da própria liberdade de segredos. Pode ser ele público ou privado, econômico ou moral. Não importa quem seja o sujeito passivo, como também se ao dano de outrem (efetivo ou potencial) corresponda, ou não, qualquer vantagem para o agente.

O crime só é punível a título de dolo, isto é, quando haja vontade livre de cometer o fato previsto pela lei e consciência da injuridicidade. Se intervém erro de fato, como quando, pelas circunstâncias, o agente se supunha com direito ou faculdade da divulgação, estará excluído o elemento subjetivo, seguindo-se, portanto, a isenção de pena.

Por isso mesmo que o *direito ao segredo* é renunciável (GRISPIGNI, ob. cit., pág. 581), a ação penal do Ministério Público não pode ser intentada, na espécie, senão mediante *representação* (parág. único do art. 153).

184. Violação do segredo profissional. Dizia KANT que, para aferir-se da moralidade ou imoralidade de um fato, o melhor critério era imaginá-lo, hipoteticamente, transformado em norma geral de conduta: se a vida social ainda fosse possível, o fato é moral; do contrário, é imoral. A antinomia de um fato humano com a moral positiva está na razão direta da sua nocividade social. É bem explicável, portanto, que entre as ações imorais que, por sua maior gravidade, constituem o *injusto penal*, figure a violação do segredo profissional. Se fosse lícita a indiscrição aos que, em razão do próprio ofício ou profissão, recebessem segredos alheios, estaria evidentemente criado um entrave, muitas vezes insuperável, e com grave detrimento do próprio interesse social, à debelação de males individuais ou à conservação e segu-

rança da pessoa. Dizia MONSEIGNAT, quando da elaboração do Cód. Penal francês: *“La loi se rencontre avec la morale et l'intérêt public pour punir celui que trahit un secret dont il doit à son état ou à sa profession d'être le possesseur. Sans doute, il serait à souhaiter que la délicatesse rendit une disposition de loi inutile. Mais combien ne voit-on pas de personnes depositaires des secrets dus à leur état sacrifier leur devoir à leur causticité, se jouer des sujets les plus graves, alimenter la malignité par des révélations indécentes, des anecdotes scandaleuses, et déverser ainsi la honte sur les individus en portant la désolation dans la famille?”*

Suponha-se que o médico e o advogado, por exemplo, não estivessem, no exercício de sua atividade profissional, adstritos a silêncio em torno de fatos que lhes são necessariamente confiados, ou que vêm a conhecer por dedução, mas cuja publicidade acarretaria sacrifício à reputação, à razoável vaidade (que é um dos mais imperiosos e despóticos sentimentos humanos), ao crédito, ao interesse moral ou econômico, enfim, de seus clientes: não há dúvida que grande número de pessoas preferiria deixar-se roer de certas moléstias vergonhosas ou imolar-se à mais temerária das lides a recorrer à ciência de um facultativo ou ao patrocínio de um causídico. É com todo acerto que o nosso estatuto penal classifica a violação do sigilo profissional entre os crimes que ofendem a *liberdade individual*. Na preservação de sua pessoa física ou personalidade moral, todo indivíduo deve ter plenamente garantido o livre exercício de sua vontade, e tal garantia seria frustrada, se, tendo forçosamente de recorrer aos conhecimentos técnicos ou à ajuda profissional de outrem, o salteasse o receio de que os seus segredos, confiados ou surpreendidos, fossem traídos. O temor da quebra dos segredos poria em cheque a liberdade de atuação da vontade. Como pondera SAUTER, “se a vontade determinante da custódia do segredo não fosse legalmente reconhecida, e ficasse “impune a sua transgressão, estaríamos coagidos em nossa “liberdade de ação” (*“solange der Geheimnishaltungswille nicht vom Gesetz als berechtigt anerkannt und seine Missa-*

chtung geahndet wird sind wir in unserer Handlungsfreiheit beeinträchtigt").

Segundo a chamada *teoria do interesse* (*Interessentheorie*), defendida, entre outros, por von LISZT, "o imediato objeto "da proteção penal, na espécie, seria o *interesse* que temos na "preservação de nossos segredos próprios ou de nossa família" ("*das rechtlich geschützte Interesse an der Wahrung des persönlichen und Familienleben vor unberufene Eindringes*"). É uma teoria incompleta ou insuficiente, porque abstrai o elemento volitivo em torno à custódia do segredo confiado.

Consoante outra teoria, denominada *da confiança* (*Vertrauenstheorie*), o que se protege, aqui, diretamente, é a *confiança* imposta ao indivíduo pela força das circunstâncias (tal como no caso do *depósito necessário*) e que viria a ser traída pela quebra do segredo, ou, como se exprime HIPPEL, "*das Interesse, in seinen Vertrauen nicht getäuscht zu werden*". Ora, nem sempre há uma relação de confiança no conhecimento do segredo, pois este pode ser percebido à revelia do interessado.

Uma terceira teoria, intitulada *da vontade* (*Willenstheorie*), é defendida por BINDING: com a ameaça penal, na espécie, é protegida, de modo imediato, não o interesse na manutenção do segredo, mas a vontade determinante da custódia do segredo ("*Nicht das Interesse an der Geheimhaltung, sondern der Wille der Geheimnisbewahrung wird geschützt*"). Esta teoria transforma o segredo numa noção puramente subjetiva, deixa a sua imposição ou *ratio essendi* ao puro arbítrio individual.

O critério justo é o que resulta da aglutinação das teorias "da vontade" e "do interesse": o que a lei reconhece e assegura é o poder vinculativo da vontade, expressa ou tácita, de que seja mantido oculto tudo quanto, se propalado, nos causaria desdouro, dissabores, qualquer prejuízo material ou moral. A lei penal não pode tutelar a vontade caprichosa ou imotivada, frívola ou arbitrária. É preciso que, com a violação do segredo, surja a possibilidade concreta de um

dano. E acrescente-se logo que a vontade de preservação do sigilo, correspondente a interesse individual, não é penalmente protegida por si mesma, senão porque coincide com o interesse geral. O direito penal resguarda o interesse individual *ex accidente*, ou seja, somente quando calha com o interesse social. Este é sempre o fim último do mandamento penal. O Estado tem vital interesse na saúde do povo, no império do direito e da justiça, na segurança dos negócios, na tranqüillidade dos ânimos, e para tanto é necessário que esteja livre de percalços a vontade de cada indivíduo em proteger-se contra o *morbus*, contra a iniquidade, contra a perfídia, contra a má-fé, contra as atribulações íntimas.

Em outros tempos, o dever do segredo profissional, notadamente por parte dos que exerciam a arte de curar, tinha qualquer coisa de sagrado. A medicina revestia-o de um caráter teurgo-místico. Assim na Índia, como na Palestina, no Egito, na Grécia. O famoso juramento de HIPÓCRATES, o maior médico da Antiguidade, era como a fórmula de um rito religioso: "*Juramento affirmo, teste Appolline, et Aesculapio, Hygea ac Panacea deibus diisque omnibus... quae autem inter curandum visu aut auditu notavero et extra medendi aranam in communi hominum vita percepero, quae in vulgus efferrí, non decet, ea arcana ratus sillebo*". Pode dizer-se, com BOSSUET, que, nos antigos tempos, "*pour faire garder le secret, on n'eut jamais besoin de suppliques; le secret se recommandait comme tout seul et par sa propre importance*".

O direito romano ampliou o dever de sigilo também aos advogados (*patroni*): "*Mandut cavetur, ut praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrocínium praestiterunt, testimonium dicant, quod et in exsecutoribus negotiorum observandum est*" (Dig., 22, 5, 1.22).

Na Idade Média, o direito canônico consagrou e prescreveu com o máximo rigor o *segredo do confessor*. SÃO JERÔNIMO comparava o sacerdote ao médico e dizia: "*Officium tui est, non solum oculos servare, sed et linguam*". E SANTO

AGOSTINHO declarava: "O que sei por confissão, sei-o menos do que aquilo que nunca soube".⁹⁰

No direito secular intermédio, o médico, por sua vez, era equiparado ao padre católico. LUDOVICO DE ÁVILA dizia que o médico "devia ser reservado como um confessor". VALLERIO-LA reputava *ignominiae plenum* o fato do médico "*aegri famam prodere et fidei suae commissa continere non posse*". Já era então dispensado o médico de depor em juízo sobre fatos atinentes ao sigilo profissional: "*Medicus et chirurgus, interrogatus a Judice, sive per denunciationem aut inquisitionem procedat, non obligari ad testificandum de secretis, quae secreto ipsis detexerint aegrotis, consilium petentes*". DAMHOUDERIUS entendia que, em certos casos, a revelação ou comunicação do segredo profissional era uma modalidade do *falsum*: "*Advocati, procuratores, tutores, curatores, oratores, secretarii, scribae, graphiarii atque id genus similes, qui secreta dominorum, pupillarum, adultorum, magistrorum suorum pandunt et propalant, aut qui instrumenta, literas aut informationes ostendunt partibus adversariis, ii puniendi sunt (quia falsarii) poena falsi*".

Foi o Cód. Penal francês de 1810 que teve a iniciativa de incriminar, de modo preciso e autônomo, a violação do segredo profissional (art. 378): "*Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou*

⁹⁰ O *Codex Benedicti XV*, de 1917, conserva a irrestricção: "*Sacramentale sigillum inviolabile est; quare caveat diligenter confessarius ne verbo aut signo aut alio quovis modo et quavis de causa prodet aliquatenus peccatorem*" (Cânion 889, § 1.º); "*Ob.gationem serrandi sacramentale sigillum tenetur quoque interpres aliique omnes ad quos notitia confessionis usus modo pervenerit* (idem, § 2.º); "*Omnino prohibitus est confessario usus scientiae ex confessione acquisitae cum gravissime poenitentis, excluso etiam quovis revelationis periculo*" (Cânion 890, § 1.º); "*Tam superiores pro tempore existentes, quam confessarii qui postea Superiores fuerint renunciati, notitia quam de peccatis in confessione habuerint, ad exteriorem gubernationem nullo modo uli possunt*".

profession, des secrets qu'on leur confie, qui hors le cas où la loi oblige à se porter denonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis, etc."

Na época atual, em que é vezo renegarem-se as normas de cultura por amor aos paradoxos, já se proclama a ilegitimidade da proibição da quebra do sigilo profissional. Não mereceria este continuar incluído entre os deveres jurídicos. Nem mesmo o segredo médico deve ser legalmente imposto. Entre nós, um ilustre discípulo de GALENO, em monografia sobre o assunto, assim disserta: "Parece-nos que o melhor modo de alguém pôr a salvo a sua dignidade individual, ou a de sua família, é não cometer ações que a maculem. Tal maneira de agir é mais segura do que apelar depois para o sigilo profissional". Este raciocínio, que faria honra a um defensor do *liber arbitrium indifferentiae*, tem apenas o defeito de abstrair a deplorável contingência humana, que já OVÍDIO acentuava há vinte séculos: *video meliora proboque, deteriora sequor...* O Professor AFRÂNIO PEIXOTO prefere um argumento repassado de jocosidade: "É mais fácil e prático procurar um médico reservado, do que obrigar, por lei, ao silêncio, o linguarudo. Nos nossos países latino-americanos, falar é alívio. Por que obrigar contra a natureza?" Seria de retrucar que, por essa lógica, valeria romper, de uma vez, com todos os freios de disciplina social, para ensejar-se a livre expansão dos instintos e temperamentos. A verdadeira razão de ser do descaso a que tem sido relegado, no Brasil, o dever do segredo profissional, não é o espírito de indiscrição, que em toda parte existe e é de todos os tempos (já SÓCRATES dizia que "é mais difícil guardar um segredo do que manter na boca uma brasa"), mas a razão geral dos nossos males: é a nossa civilização de empréstimo, sempre expedita em copiar os modelos do ocidente europeu, mas para acabar deformando-os e desacreditando-os. Certo, já não há falar-se no sigilo profissional como um dever absoluto. Todo dever tem a sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. É o que veremos na subsequente análise do art. 154 do Código.

Podem ser assim alinhados os elementos integrativos do crime aí configurado: a) existência de um segredo; b) seu conhecimento em razão de função, ministério, ofício ou profissão; c) revelação; d) ausência de justa causa; e) possibilidade de dano a outrem; f) dolo.

Quanto ao elemento *sub "a"*:

Entende-se por *segredo*, na interpretação do art. 154, o fato da vida privada que se tem interesse em ocultar. Presupõe dois elementos: um *negativo* — a ausência de notoriedade, e outro *positivo* — a vontade determinante de sua custódia ou preservação. Secreto é o fato que ainda não é notório (*res arcana*), não se devendo, porém, confundir a notoriedade com a *vaga atoarda*. Não deixa de ser secreto o fato sobre o qual apenas corre um *boato* incerto. Para que se diga notório um fato, é preciso que seja, na realidade, conhecido por um indefinido número de pessoas. Segundo BINDING, “dizem-se secretos os fatos da vida privada somente conhecidos dos interessados” (“*Tatsachen des Privatlebens, die nur den Beteiligten bekannt sind*”). Mais satisfatória é a definição de EBERMAYER (ob. cit., pág. 634): “Por segredo dos privados se entendem os fatos que somente são conhecidos de um limitado círculo de pessoas e que estas não “querem deixar que sejam conhecidos de outrem” (“*Privatgeheimnisse muss es sich handeln, um Tatsachen, die nur einem beschränkten Kreise bekannt sind und die der davon Berührte nicht allgemein bekannt werden lassen will*”).

A vontade no sentido da guarda do segredo pode ser *expressa* (pedido formal de discricção) ou *tácita* (implícita, presumida, resultante de *facta concludentia*). Esta última ocorre quando o fato é daqueles que, por sua própria natureza, reclamam segredo, como sejam: gravidez de mulher solteira, paternidade de padre católico, perturbações de funções genitais, moléstias venéreas, numa palavra: quaisquer fatos que, *in concreto* e segundo a opinião comum, sejam deprimentes ou comprometedores do valor social ou moral ou do patrimônio de alguém. Em tais casos, “*il secret va de soi*”. A presunção da vontade vinculativa é uma *quaestio facti*, devendo-

-se ter em conta as condições pessoais e a posição social do indivíduo, desde que conhecidas do agente. Até mesmo as simples falhas de estética, tal seja o paciente, exigem segredo por si mesmas.

A vontade do segredo deve ser protegida ainda quando corresponda a motivos subalternos ou vise a fins censuráveis.⁹¹ Assim, o médico deve calar o pedido formulado pela cliente para que a faça abortar, do mesmo modo que o advogado deve silenciar o confessado propósito de fraude processual do seu constituinte, embora, num e noutro caso, devam os confidentes recusar sua aprovação ou entendam de desligar-se da relação profissional. Ainda mesmo que o segredo verse sobre fato criminoso,⁹² deve ser guardado. Entre dois interesses colidentes — o de assegurar a confiança geral nos confidentes necessários e o da repressão de um criminoso — a lei do Estado prefere resguardar o primeiro, por ser mais relevante. Por outras palavras: entre dois males — o da revelação das confidências necessárias (difundindo o receio geral em torno destas, com grave dano ao funcionamento da vida social⁹³) e a impunidade do autor de um crime — o Estado escolhe o último, que é o menor.

⁹¹ SAUTER (ob. cit., pág. 112): “*Der Geheimhaltungswille wird eben, wenn er aus niedrigen Motiven entspringt und verwerfliche Zwecke verfolgt, grundsätzlich in gleichem Masse geschützt, wie wenn er berechtigten und anerkanntswerten Rücksichten sein Dasein verdankt*”.

⁹² Como diz PERRAUD-CHARMENTIER (ob. cit.), o confidente deve calar tudo quanto possa prejudicar o cliente: “*l’avocat taira le crime qui lui aura été avoué secrètement, sa conscience sera son seul guide dans le but qu’il devra poursuivre en plaidant; le médecin taira la tentative d’avortement, qu’il décèle aux parties genitales de sa cliente, la tentative de suicide qu’il vient de constater, le crime qui est l’origine des blessures qu’il relève sur le corps de son client et dont celui-ci est l’auteur*”.

⁹³ Justamente pondera GARÇON que “*le fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un prêtre*”.

Quanto ao elemento *sub* “b”:

O segredo penalmente protegido é tão-só o que se obtém *necessariamente*, no exercício de uma função, ministério, ofício ou profissão, e de cuja revelação possa resultar detrimento. Eis, a propósito, a lição de PERRAUD-CHARMENTIER: “*Le secret professionnel étant d'ordre publique relative, ne saurait comprendre dans son application toute personne qui, par état ou profession, a pu recevoir une confidence. Le législateur n'a entendu protéger la société et les particuliers que contre les révélations dommageables commises par les représentants des professions que la loi recommande à la confiance publique en faisant des confidents nécessaires, en quelque sorte, officiels à raison de l'importance de leur profession*”.

É imprescindível que haja um nexo de causalidade entre o exercício da profissão (ou ofício, etc.) e o conhecimento do segredo. A obrigação legal de reserva visa tão-somente ao livre acesso junto a certas pessoas que, por seu mister, se tornam *confidentes necessários*. Certos Códigos estrangeiros adotam, neste particular, uma enumeração *limitativa*. Assim, os Códigos alemão e suíço. O primeiro refere-se a “procuradores, advogados, notários, defensores criminais, médicos, cirurgiões, parteiras, farmacêuticos”, bem como a seus respectivos *auxiliares* (“*sowie die Gehilfen dieser Personen*”). O Código helvético é mais extenso, abrangendo ainda os “eclesiásticos”, os “contrôleurs” de sociedade (adstritos a segredo pelo Cód. das Obrigações) e os “dentistas”. O nosso Código preferiu o modelo italiano, adotando uma fórmula genérica, que evita a inconveniência, inerente a toda fórmula casuística, de previsão deficiente. Pode ser sujeito ativo do crime todo aquele que vem ao conhecimento de segredos alheios em virtude de “*função, ministério, ofício ou profissão*”. Não têm estes vocábulos acepções limitadas entre si, de modo que um exclua o outro. Se não são sinônimos perfeitos, há grande afinidade entre eles, embora não se possa dizer que haja no texto legal redundância ou construção pleonástica. A lei deve ter a máxima explicitude, atendendo às

mais ligeiras *nuances* de diferenciação do sentido das palavras.

Preliminarmente esclarecido que o art. 154, ao impor o dever de sigilo, somente se refere ao exercício de atividade privada (pois a violação do sigilo de função pública é separadamente incriminada: arts. 325 e 326), pode ser assim fixada a significação dos vocábulos em questão (segundo a *mens legis*):

Função é todo encargo que cabe a uma pessoa por força de lei, decisão judicial ou convenção, seja ou não remunerado. Assim, exercem função o tutor, o curador, o depositário necessário, o diretor de banco, o diretor de hospital particular, etc.

Ministério é o encargo que pressupõe um *estado* ou condição individual de fato (não já de direito). Exercem ministério, por exemplo, o padre, a irmã-de-caridade, o irmão-visitante de São Vicente de Paulo, etc. Conforme acentua a *Exposição de motivos*, do ministro CAMPOS, já não se poderá suscitar, em face da fórmula adotada pelo Código atual, “a dúvida sobre se constitui ilícito penal a quebra do *sigilo do confessorário*”. No regime do Código anterior, que se referia simplesmente a “ofício, emprego ou profissão”, GALDINO SIQUEIRA (ob. cit., pág. 245) opinava que o segredo do confessorário não estava protegido. Era inaceitável o ponto de vista, como tivemos ensejo de sustentar (*Compêndio de Direito Penal*, parte especial I, pág. 360): “GALDINO SIQUEIRA entende que, com o vocábulo *ofício*, a nossa lei quis designar, restritamente, o *ofício de justiça*. Em que pese ao mestre, a interpretação afigura-se-nos arbitrária, o seu desacerto se revela na própria conclusão a que ele chegou quando diz que o Código de 90 não cogitou de pessoas que por seu *estado* (como, *v. g.*, o sacerdote católico, a irmã-de-caridade) recebem confidências alheias. Ora, se *interpretatio illa summenda quae absurdum evitetur*, tem-se de admitir que o legislador julgou desnecessário referir-se expressamente à condição pessoal que se costuma chamar *estado*, precisamente porque já se achava compreendida na palavra

“*ofício*, cujo sentido genérico (isto é, qualquer mister ou “ocupação, onerosa ou gratuita) o legislador não podia abstrair, mantendo a restrição *in mente*”. Como quer que seja, porém, o Código atual dirimiu a dúvida, com o emprego do vocábulo *ministério*, incontestavelmente compreensivo do encargo atinente ao *estado* da pessoa.

Ofício é toda ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais (exercício de arte mecânica).

Finalmente, *profissão* é toda e qualquer forma de atividade habitual, exercida com fim de lucro.

Não somente o exercente da função, ministério, ofício ou profissão está adstrito a sigilo, senão também os seus *auxiliares*, desde que estes *participem* da atividade própria daquele. Evidentemente, não são auxiliares obrigados à discricção os empregados, por exemplo, incumbidos da limpeza de um consultório médico ou de um escritório de advocacia.

Pouco importa o modo pelo qual é obtido o segredo: mediante comunicação direta do interessado ou pessoa de sua confiança, pela leitura de papéis transmitidos para exame, ou por ter sido surpreendido ou percebido à revelia do interessado (em razão das relações necessárias que se estabelecem entre este e o profissional), e mesmo que o fato seja ignorado por ele.

O exercício da função, ministério, etc. deve ser a *causa*, e não a simples *ocasião* do conhecimento do segredo. O que se sabe fora do exercício específico da atividade profissional, não se está adstrito a calar, ainda que o fato nos tenha sido acidentalmente acessível por ocasião desse exercício. O médico, por exemplo, que penetrando na casa do cliente, assiste ali à prática de um crime ou de uma imoralidade, não está obrigado a reserva.

Quanto ao elemento *sub “c”*:

Revelação é o ato que faz passar um fato da esfera de sigilo para a do conhecimento de terceiros (que não tenham direito de conhecê-lo). Basta a comunicação do fato a uma só pessoa que seja, ainda que à puridade. Como diz GAUTIER (ob cit., IV, pág. 365), “*la révélation du secret à une seule*

personne suffit, cette personne eût-elle même fait preuve de la plus parfaite discrétion". A revelação constitui o *momento consumativo* do crime (posto que acarrete, pelo menos, *possibilidade* de dano), e não importa que ela se efetue já depois de cessado o exercício da profissão, ofício, etc.

Quanto ao elemento *sub "d"*:

O dever de sigilo profissional não é *absoluto*. Depara toda uma série de exceções declaradas na lei, explícita ou implicitamente, ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses mais relevantes. Há deveres jurídicos que superam o dever de sigilo, do mesmo modo que há interesses jurídicos ou de alta importância moral com primazia sobre o direito ao segredo. Em tais casos, a violação deste funda-se em *justa causa*, excluída a ilicitude penal. No próprio Cód. Penal (art. 269) encontramos um caso expresso de obrigatoriedade de quebra do sigilo profissional: é incriminado o fato de "deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória". E o Código, aqui, não é mais que *sancionador* do art. 445 do Regulamento do Departamento de Saúde Pública (dec. número 16.300, de 31 de dezembro de 1923), que assim dispõe: "É obrigatória a notificação nas seguintes doenças: I, febre amarela; II, peste; III, cólera e doenças coleriformes; IV, tifo exantemático; V, varíola e alastrim; VI, difteria; VII, infecção puerperal; VIII, oftalmia dos recém-nascidos; IX, infecções do grupo tífico-paratífico; X, lepra; XI, tuberculose aberta; XII, impaludismo, nas zonas em que existem focos de anofelinos; XIII, sarampo e outros exantemas febris; XIV, disenterias; XV, meningite cérebro-espinhal epidêmica; XVI, paralisia infantil ou moléstia de Heine-Medin; XVII, tracoma; XVIII, leishmaniose; XIX, coqueluche; XX, parotidite epidêmica; XXI, gripe; XXII, angina epidêmica; XXIII, diarréias infantis; XXIV, envenenamentos alimentares". Veja-se também o dec-lei número 4.449, de 9 de julho de 1942, sobre a obrigatória notificação das "doenças profissionais".

Várias outras dispensas à obrigação de sigilo resultam de leis extrapenais, mas que se entrosam com o art. 19, n.º III, do Código. Assim, por exemplo, não estão adstritos a silêncio (à parte os médicos militares, os médicos legistas, os médicos sanitários) os médicos designados para exames periciais, desde que tal silêncio represente infidelidade à sua missão. Nem há identificar-se em tais casos, como inculca PINTO DA ROCHA, um conflito de leis. Uma ação ou omissão, segundo ensina Rocco (ARTURO), para ser penalmente ilícita, não deve ser conforme a nenhuma norma jurídica. Os preceitos penais não são mais que elementos de um todo, que é o direito objetivo. Colimando este um escopo único, isto é, a garantia das condições da vida em sociedade, representa uma unidade harmônica, que não pode, como tal, nos seus vários pontos, pôr-se em contradição consigo mesma. No seio dessa grande unidade, que chamamos direito, não é concebível um dissídio interno. Os conflitos de leis não são senão aparentes e, na espécie, a colisão se resolve segundo a velha parêmia jurídica: *in toto jure generi per specie derogatur*. Se uma lei extrapenal permite, em determinado caso, a violação do segredo profissional, esta se apresenta, não como um crime, mas como *fato licito*, segundo, aliás, reconhece o próprio Código Penal, *expressis verbis*, no inciso III do art 19.

Outra exceção ao preceito do art. 154 é o “estado de necessidade”, que também figura entre as discriminantes genéricas do art. 19. A revelação do segredo profissional não constitui crime quando motivada pela necessidade de salvação de um interesse contrário, ainda que de maior relevância, mas cujo sacrifício, nas circunstâncias do caso concreto, não é razoavelmente exigível. Assim, o médico que revela aos pais de uma criança a afecção sífilítica da mulher que a amamenta, não comete crime. O advogado que revela a confissão, que lhe faz o cliente, de ter sido o autor do crime de que outrem é acusado, não incorre na sanção penal, pois um inocente não pode ser sacrificado à impunidade de um criminoso. Caso de estado de necessidade é também o que assim é indicado por FLAMÍNIO FÁVERO (ob. cit., pág. 838):

“Tratando-se de menores, o segredo pertence a estes, mas, às vezes, faz-se necessário que seus pais ou tutores ou outros responsáveis conheçam um fato secreto (doença, atenta- dos sexuais, gravidez), para que o tratamento idôneo se faça, a proteção indicada se realize, a punição de um culpado se encaminhe, a realização de um abortamento se impeça, o perigo de um contágio, mormente em família, em colégios, se impeça”. Em sentido idêntico pronuncia-se PEYTEL (ob. cit., pág. 46): “... pendant toute la periode de l'enfance, il ne peut être posé de question sérieuse sur l'obligation du secret: la possibilité de comprendre, la faculté de choisir, le pouvoir de decider n'appartient qu'au père et à la mère... Mais plus tard, si les jeunes gens et jeunes filles ont droit au secret, il arrive frequemment que ce droit n'est pas conforme à leur intérêt et que si les parents pouvaient connaître leur mal ils s'emploieraint plus utilement à le combattre”. Em tal caso, conclui o autor francês, “le médecin sera contraint... de révéler aux parents le mal qu'il diagnostique, ne serait-ce que pour rendre possible et salutaire le traitement qu'il prescrit”.

Fica igualmente excluída a injuridicidade da traição do sigilo no caso de defesa de um *interesse legítimo* em face do dono do segredo. O médico ou advogado, por exemplo, injustamente atacado em sua honra profissional por seu ex-cliente, pode revelar o segredo deste, se tanto for necessário para sua defesa. A propósito, argumenta PERRAUD-CHARMENTIER, comentando o art. 378 do Cód. Penal francês (ob. cit.): “Seria excessivo deixar indefesos os confidentes necessários ante a má-fé dos clientes ou a malignidade de terceiros. O advogado, quando processado por seu constituinte, poderá produzir os documentos que lhe foram por este confiados; o médico, demandado em juízo, pode produzir qualquer justificação útil em defesa de sua honra profissional. Chamado ao juízo penal por quebra de sigilo, um ou outro, desde que não haja revelado o fato confiado se não em virtude do estado de legítima defesa em que se achava, deve escapar à aplicação do art. 378”.

Mesmo no caso em que o ex-cliente recusa pagamento de honorários ao advogado ou médico, pode qualquer destes, no *relatório* para a cobrança judicial, revelar os serviços prestados, ainda aqueles que envolvam *res secreta*. Entende FÁVERO, entretanto que “para haver honorários sonogados, o médico nunca deve chegar ao extremo de quebrar o segredo”. O certo, porém, é que, se tal fato infringe a ética profissional, não incide na sanção penal.

Há certos casos ainda em que a violação do sigilo, embora não corresponda a uma faculdade expressa ou implícita na lei, não deixa de ter *justa causa*. É inaceitável, na sua irrestricção, o conceito de GRAF ZU DOHNA, de que “a ordem jurídica não pode jamais proibir uma conduta que corresponda à máxima — *é justo o meio para o justo fim*, “ou ordenar uma conduta que contrarie tal máxima” (“*Nie darf eine Rechtsordnung ein Verhalten, das der Maxime, rechtes Mittel zu rechten Zwecke zu sein, entspricht, verbieten, nie ein Verhalten, das dieser Maxime widerstreit, verbieten*”); mas é força convir, com MITTERMAYER, que certos fatos, embora não permitidos especialmente pela lei, são plenamente aprovados na vida cotidiana, e seria prejudicial e impolítico proibi-los em nome do direito. Ainda quando não se verifique, no rigor de suas linhas, o “estado de necessidade”, deve o juiz penal, na espécie, balancear os interesses em conflito e ter amplo arbítrio para aferir da necessidade da punição. Tome-se, para exemplo, o hábito de se fazer, perante estudantes, para o fim de exposição científica, o exame clínico de enfermos recolhidos a hospital público, ainda quando não possam manifestar sua aprovação. Nenhuma lei autoriza semelhante exceção ao sigilo profissional, e o caso não cabe na regra geral do inciso n.º I do art. 19, mas seria intolerável, tendo-se em vista o interesse do ensino da ciência médica, que em tal fato se identificasse um crime ou o dolo penal. Poder-se-ia alegar, invocando-se a autoridade de SAUTER, que, no citado caso, os estudantes estão penalmente obrigados a silêncio, mas parece-nos muito contestável, pelo menos em face da nossa lei, semelhante ponto de vista.

As dissertações em salas de hospital não podem, porém, ser equiparadas às *publicações científicas* em torno de casos clínicos, nas quais se faça menção do paciente ou de sinais que o identifiquem ainda que somente no círculo de seus amigos íntimos. A tal respeito já assim decidiu, com toda justeza, a Corte de Bordeaux, em aresto datado de 1893: *“La science, bien qu’astreinte à publier ses découvertes suivant les exigences du progrès, ne saurait sacrifier à ces exigences les droits individuels; la designation du malade, encore qu’elle soit absolument entrée dans la manière d’écrire les observations cliniques, est en soi blessante et inutile; en definitive, suivant l’antique precepte, la science médicale doit taire ce qui n’a jamais besoin d’être divulgué”*.

O Cód. de Deontologia Médica, aprovado pelo 1.º Congresso Médico Sindicalista Brasileiro, reunido em 1931, no Rio, contém sobre o tema do segredo médico dispositivos francamente ao arrepio do direito positivo. Dispõe ele, por exemplo, no art. 81: “Cabe ao médico, sem faltar ao seu “dever, denunciar os delitos de que tenha conhecimento no “exercício de sua profissão, de acordo com o que dispõe o “Código Penal”. Jamais a nossa legislação penal determinou ou autorizou que os médicos se fizessem delatores de crimes. O que se tem assentado em doutrina, e deve servir, sem dúvida, à interpretação do preceito incriminador da quebra de sigilo, é que os médicos podem denunciar o crime de que tenham notícia, não propriamente em razão da profissão, mas por *ocasião* do exercício desta, ou, em qualquer caso, quando praticado contra o próprio cliente, se da revelação nenhum prejuízo possa resultar a este. O médico que, *v. g.*, surpreende a amante do enfermo agonizante a subtrair os títulos ao portador guardados num cofre existente na casa, pode até prendê-la em flagrante. Também não padece dúvida que o segredo é devido pelo médico ao seu cliente, e não ao seu algoz. Justamente pondera PERRAUD-CHARMENTIER: *“... le médecin traitant doit le secret à son malade, mais à son malade seul. Il doit taire son crime, mais non celui d’autrui, dont ce malade est victime; en taisant ce dernier,*

il s'abuse sur la portée du secret professionnel protecteur du malade, mais non pas du criminel".

Outra estranha e paradoxal disposição do referido Código de ética profissional é a que exime de responsabilidade o médico "quando revela o segredo como testemunha em juízo" (art. 77, letra a). Ora, a lei penal substantiva não faz semelhante ressalva, e a lei processual-penal chega a declarar, de modo expresso, que "são proibidas de depor as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo" (art. 207 do Cód. de Proc. Penal). A única exceção da lei adjetiva é a que diz com o prévio assentimento do dono do segredo, *in verbis*: "salvo se, desobrigados pela parte interessada, *quiserem* dar o seu testemunho". Esta cláusula não está de modo algum em contraste com o artigo da lei penal substantiva, como pretende PINTO DA ROCHA, no seu opúsculo *O Segredo Profissional*. Segundo já vimos, a lei penal, com o prescrever a obrigação de sigilo, assegura um interesse de ordem pública, que é a liberdade de recursos às profissões que devem gozar de irrestrita confiança geral. Desde, porém, que o dono do segredo renuncia à custódia deste, a subsequente publicidade (sem a possibilidade de dano a terceiros) nenhuma receio pode gerar no seio da convivência civil, pois todos estarão certos de que ela se deu mediante dispensa do interessado, isto é, de que só a vontade do dono do segredo pode vincular ou desligar o profissional do dever de silêncio. Com a dispensa do interessado, desaparece a *ratio* da incriminação. O *consentimento* do interessado é *justa causa* para exclusão do crime, prevalecendo, aqui, o princípio de que *consensienti non fit injuria*. A renúncia à preservação do segredo é que explica, por exemplo, a licitude da quebra de sigilo por parte dos médicos das companhias de seguros de vida. Quem contrata um seguro de vida desiste, *ipso facto*, ainda que o não faça *apertis verbis*, de exigir segredo do médico que a companhia designa para examiná-lo atualmente ou para constatar, de futuro, a causa de sua morte, qualquer que ela seja.

Implícita dispensa de segredo, elidindo igualmente a injuricidade de posterior revelação, encerra um pedido de atestado médico para servir de meio de prova.

Deve ser notado, de passagem, que a questão de saber se o médico deve ou não revelar ao cliente sua verdadeira moléstia nada tem a ver com o problema do segredo profissional sob o ponto de vista jurídico-penal.

Em relação ao *segredo bancário*, já assim nos pronunciamos:

“Na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os *confidentes necessários*, legalmente obrigados à discrição, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para segurança do interesse dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam, por certo, os clientes de bancos, se não contassem com a reserva do banqueiro e seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de se atender, com mais adequação, à advertência de que *a alma do negócio é o segredo*. Pode dizer-se, aqui, em relação a certos fatos, que *“le secret va de soi”*. Entrando no conhecimento da vida financeira de seus clientes, o banqueiro está adstrito a silêncio em torno de quaisquer fatos que, se revelados ou comunicados a terceiros, acarretariam àqueles efetivo ou possível dano. Segundo uma definição corrente, entende-se por sigilo bancário “o dever que incumbe “ao banco de manter reserva acerca dos negócios e interesses patrimoniais de seus clientes, vindos ao seu conhecimento “em virtude da relação jurídica entre estes e aquele” (SACKER, *Du secret professionnel du banquier*).

A fonte de obrigação do sigilo seria, então, o próprio contrato entre o banco e o cliente. Ainda que não expressa, haveria em tal contrato uma cláusula de conservação do segredo, cujo descumprimento importaria *responsabilidade contratual*. Pode ser recusada tal concepção, mas, ainda assim, seria irrecusável a *responsabilidade delitual* do banqueiro pelo dano decorrente da violação do sigilo.

No Brasil, a quebra do segredo bancário está sujeita a uma dupla sanção: civil e penal. O banqueiro indiscreto poderá ser obrigado à indenização civil do dano (por culpa contratual ou aquiliana) e ainda incorrerá no art. 154 do Código Penal, que, desprezando o critério casuístico da legislação de outros países, no tocante aos *confidentes necessários*, adotou uma fórmula genérica, ao incriminar a *violação do segredo profissional*: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00”.

Somente é dispensada a obrigação de segredo, na espécie, quando, segundo a regra geral, haja *justa causa*, e esta somente ocorre nos seguintes casos: a) ordem da lei; b) injunção do interesse público; c) exercício do direito de defesa em juízo; d) prévio assentimento do cliente (tratando-se, no caso, de interesse que, embora juridicamente protegido, é *disponível* ou *renunciável* por parte do seu titular).

Como o segredo profissional em geral, o do banqueiro não é absoluto, e tem de ceder ante o prevalente interesse público, como na hipótese de investigação necessária ao Fisco ou de esclarecimentos indispensáveis à Justiça dos tribunais. Justamente disserta SACKER (ob. cit., pág. 32): “*Au dessus des intérêts privés, qui trouvent une sauvegarde équitable dans le secret des affaires de banque, se trouve placé l'intérêt de la justice qui, dans l'exercice de sa haute fonction sociale, cherche à éclairer sur tous les faits, secrets ou non, dont la connaissance lui est nécessaire, soit pour reprimer les troubles sociaux, tels que délits et crimes, soit pour empêcher, dans les conflits entre individus, tout empiètement sur les droits que la loi protège*”.

Para a solução de demandas judiciais entre o banqueiro e seu cliente ou para investigação de crimes, o banco pode revelar os fatos secretos de que tem conhecimento ou é obrigado a permitir que sejam devassados. Há, porém, uma exceção: quer no juízo cível, quer no juízo criminal, o banqueiro

não pode ser testemunha contra o seu cliente ou em desfavor deste. Preceitua o Cód. de Proc. Civil, no seu art. 241, II, que “a testemunha não poderá recusar-se a depor, salvo sobre fatos cuja divulgação importe violação de segredo profissional”. E o art. 207 do Cód. de Proc. Penal dispõe: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu ‘testemunho’”.

Paupérrimas são, entre nós, a doutrina e a jurisprudência sobre o sigilo bancário. Recentemente, entretanto, a propósito do rumoroso mandado de segurança impetrado contra a publicação do *Inquérito do Banco do Brasil*, ordenado pela Câmara dos Deputados, o tema foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, que o encarou sob vários aspectos, pronunciando-se, ao que me parece, com incensurável acerto. Será tal decisão, doravante, um precioso elemento de elucidação e fixação de critérios em torno da matéria, que, muitas vezes, pode dar lugar a situações verdadeiramente desconcertantes.

Antes desse memorável julgamento que apreciou o tema, sob todos os prismas, já o Supremo Tribunal, por acórdão unânime de 6 de setembro de 1949, fixara que “os bancos não se podem eximir de ministrar informações no interesse público do esclarecimento da verdade, essenciais e indispensáveis ao julgamento e desenlace das demandas submetidas ao Poder Judiciário”, e concluíra que, em tal hipótese, não há invocar “direito líquido e certo sob o manto protetor do sigilo bancário”.

Quanto ao elemento *sub “e”*:

É condição de punibilidade do crime em questão que, além do mal que representa a quebra do segredo em si mesma (violação da liberdade individual no tocante aos segredos da vida privada), haja, pelo menos, a possibilidade de outro dano ulterior. O nosso Código não aceitou o critério, firmado pela jurisprudência francesa no célebre “caso Wa-

telet", de que é indiferente à existência do crime a ocorrência de dano efetivo ou potencial.

Pode o dano ser econômico ou moral, público ou privado, pessoal ou familiar.

Quanto ao elemento *sub "f"*:

O crime de violação de segredo profissional só é punível a título de dolo, que é, aqui, a vontade livre e a consciência de injuridicidade na revelação do segredo. Eis o ensinamento de GARRAUD: "*L'intention criminelle consiste ici, comme dans la plupart des délits, uniquement dans la volonté de l'agent de commettre une action dont il n'ignore pas la criminalité, c'est-à-dire de révéler un secret qu'il n'a connu que dans l'exercice de sa profession*". O agente deve estar consciente não só de que o fato revelado é um segredo, como de que a sua ação representa uma revelação ilegítima (sem justa causa).

Por mais grave que seja a culpa (*stricto sensu*), não faz surgir a punibilidade do fato. Assim, o médico que deixa, com inescusável negligência, sobre a mesa de um restaurante a carta em que o cliente lhe comunica uma *doença secreta*, estará isento de pena, ainda quando, lida a carta por outrem, se torne amplamente divulgado o seu conteúdo. A mesma isenção de pena beneficiará o advogado que, por exemplo, conversando imprudentemente em voz alta com o seu constituinte, mencione o fato secreto, de modo que um terceiro, inapercebido, venha a inteirar-se dele.

O dolo pode ser excluído pelo erro de fato ou pela boa-fé. Assim ficará imune de pena o advogado que na sincera convicção de servir ao interesse da defesa, revela, nos autos ou da tribuna judiciária, um segredo do seu constituinte.

Cumpre advertir que, se o advogado revela dolosamente à parte contrária fato secreto do seu cliente, em prejuízo da defesa deste, o crime a identificar-se é o de *patrocínio infiel* (art. 355).

Conforme dispõe o parág. único do art. 154, a ação penal, na espécie, somente pode ser intentada mediante *represen-*

tação. É titular do direito a esta qualquer interessado na custódia do segredo. Nem sempre quem confia o segredo ao profissional é interessado nele. Assim, a mulher que relata ao advogado do marido o fato secreto que só a este interessa, não é titular da representação. No caso de vários interessados no mesmo segredo, o assentimento ou *ratificação* de uns à revelação não exclui o crime em relação aos outros, de modo que a estes caberá o direito de representar. Se o dono do segredo é menor de 18 anos ou interdito, o direito cabe exclusivamente ao seu representante legal. Se o segredo se refere a pessoa já falecida, os parentes, se atingidos, poderão representar *nomine proprio*.

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

APÊNDICE

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

A NOVA LEI DE IMPRENSA *

A nova Lei de Imprensa — lei n.º 2.083, de 12-11-53 — surgiu como alguém que “vai a festa de batizado sem ser convidado”. Ninguém a reclamava. Ninguém a esperava. Ninguém havia encomendado o *sermão* a Licurgo. O maior interessado — o jornalismo indígena — estava perfeitamente acomodado e satisfeito com a lei revogada e, ao que parecia, confiante em que o bom Deus continuasse aconselhando o legislador pátrio no sentido do *quieta non movere*. Mas o prurido legisferante no Brasil é coceira de urticária. Muda-se de lei como se muda de camisas. Reformam-se periodicamente as leis sem quê nem para quê, ou pelo só capricho de as reformar. E quase sempre para pior. Quando se anuncia a reforma de uma lei em torno de algum instituto jurídico ou fato social, tem-se a impressão de que vai ser corrigida uma falha sensível ou introduzido um critério de solução mais conforme com o estilo da vida contemporânea. Pura ilusão. E ainda bem quando tudo se limita a uma simples mão de cal nas paredes e a mudar-se o número da casa. As mais das vezes, porém, o que vem a ocorrer é o meticuloso desarranjo daquilo que estava arrumado, ou uma inadequação maior do que a anterior. Não há melhor atestado disso do que a última Lei de Imprensa. O ab-rogado decreto n.º 24.776, de 1934, era uma *construção habitável*, embora estivesse reclamando um *anexo*, dado o desenvolvimento atual dos meios de publicidade que emparelham com a imprensa; mas a nova lei, permita-se-nos a irreverência, tem

* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de São Paulo, em maio de 1954.

qualquer coisa da *igreja da Pampulha*, onde tudo se dispõe às avessas ou de modo imprevisto. Começa por ser uma lei que, confinada ao regime da imprensa periódica, nasceu antiquada. Depois que a renovada Declaração dos Direitos do Homem, no ano da graça de 1948, proclamou que, ao invés de *liberdade de imprensa*, se deve falar em *liberdade de informação*, de muito maior amplitude, é um anacronismo o limitar-se o regime especial do direito à publicidade como se esta se exaurisse no setor da imprensa jornalística. Eis o novo versículo do evangelho democrático-liberal: “Todo indivíduo tem o direito à liberdade de pensamento e expressão, — o que implica o direito de não ser inquietado por suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteira, e seja qual for o meio, as informações e as idéias”. Na época presente, tornaram-se inquestionáveis titulares de direitos e deveres, análogos aos da imprensa cotidiana ou periódica, o rádio e a televisão (abstraindo-se o cinema, que, entre nós, por injunção constitucional, está sujeito à prévia censura), por isso que, colaboradores como aquela, com idêntico ou aproximado grau de eficiência e sugestividade na informação e esclarecimento da opinião pública, e por isso que, cada vez mais, se vão fazendo igualmente propugnáculo do bem público, a exigirem, portanto, também eles, um regime jurídico especial ou sem os rigores e restrições do direito comum. Quando era de se esperar o advento de um dilatado conjunto orgânico de normas que constituísse o *Código da liberdade de informação e expressão*, o que se fez, com a magra e anêmica lei n.º 2.083, foi apenas triturar, no acanhado almofariz da disciplina peculiar da manifestação do pensamento pela imprensa, a velha pólvora da Revolução Francesa. Dir-se-ia que o reformador de 1953 foi um RIPPE VAN WINKLE que tivesse hibernado durante 30 anos, alheando-se às várias formas de intensiva difusão do pensamento que estão a competir atualmente com o jornalismo. Vá que essa lei não cuidasse do livro e outros impressos não-periódicos, deixando a respectiva disciplina à lei penal comum; mas, com o deixar de ampliar à radiodifusão e à

televisão o regime especial da imprensa, cometeu uma falta indesculpável. Ao que consta, o ilustre e capacíssimo deputado BILAC PINTO vai apresentar um projeto de lei para suprir a omissão; mas o que me parece mais aconselhável será a elaboração de um código geral em que, *exceptis excipiendis*, fossem tratados paralelamente com a imprensa jornalística esses dois outros meios de publicidade, e aproveitando-se o ensejo para que seja retocada de alto a baixo essa autêntica obra de carregação, que é a lei n.º 2.083. É esta, realmente, um *bric-à-brac* de despropósitos, uma *dança de roda* de erros e ilogismos. Alguns deles excedem a todas as raias da tolerância em matéria de teratologia legislativa. Assim é que, por exemplo, e para começar, depois de conceituar a *calúnia*, *ad instar* da lei penal comum, como *falsa* imputação de fato definido como crime, proíbe a *exceptio veritatis*, salvo quando o ofendido, não exercente de função pública, e não sendo a ofensa *propter officium*, expressamente a permitir ou tiver sido condenado definitivamente pelo fato imputado. Como se pode compreender isto, santo Deus? Se a calúnia tem como elemento integrante a *falsidade* da imputação, como se pode negar ao agente, em qualquer hipótese, a faculdade de provar a inexistência do crime, isto é, de demonstrar que a imputação exprime a verdade? Se a imputação é verdadeira, de toda evidência é que não há calúnia, e, no entanto, se inibe ao agente o inocentar-se com a *demonstratio veri*. Está-se a ver que o legislador de 1953, com a frívola preocupação do *quid novi* e consultando perfunctoriamente as legislações que vedam a *exceptio veritatis*, não percebeu que elas conceituam a calúnia sem o requisito da *falsidade* da imputação, podendo esta ser, ou não, verdadeira, pois, de outro modo, estariam incorrendo num flagrante ilogismo, nesse grosseiro ilogismo em que incide a nossa atual Lei de Imprensa.

Mas há ainda outros graúdos desconchavos.

O art. 52 da lei é qualquer coisa de inverossímil.

Dispõe ele que “a prescrição da ação dos delitos constantes desta lei ocorrerá após dois meses (atualmente, com

a lei n.º 2.728, de 1956, o prazo se acha aumentado para um ano) da data da publicação do escrito incriminado". Preliminarmente, é chocante a falta de técnica: o que prescreve não é a "ação dos delitos", mas a "ação penal contra os delitos". O *mérito* do artigo, porém, é que é espantoso. Sabe-se que a antiga Lei de Imprensa, referindo-se exclusivamente aos crimes de *calúnia* e *injúria*, estabelecia prazos, que eram justificadamente breves, de decadência do direito de queixa, e fixava em um ano o prazo de prescrição da ação penal. Era este último notoriamente exiguo, não permitindo, na grande maioria dos casos, que a sentença final no processo antecederesse a extinção da punibilidade pela prescrição. Pois bem: a nova lei reduziu esse prazo a dois meses (atualmente, voltou o prazo a ser de um ano), e sem distinguir entre os crimes contra a honra, perseguíveis por ação penal privada ou pública, e os demais de que ela cuida, de muito maior gravidade, a cujo respeito a ação é sempre pública. O que seria razoável como prazo de processabilidade em relação aos crimes de ação privada passou a ser prazo de extinção de punibilidade para todos os crimes de imprensa. Mesmo que, com a nova lei (art. 57), haja interrupção do prazo prescricional pelo recebimento da queixa ou da denúncia, é bem de ver que, na mais sossegada ou moderada comarca do interior, será materialmente impraticável a ultimação do processo no período de 60 dias. Ainda que, por absurdo e *contra legem*, se desse preferência aos processos por crime de imprensa, em detrimento dos relativos a réus presos, os prazos processuais consumiriam o prazo da prescrição. Somados os prazos prefixos e os imprescindíveis aos vários trâmites do processo, como sejam a citação inicial, a qualificação do réu (a lei somente fala em *qualificação*, suprimindo o *interrogatório*, que tanto pode ser um meio de acusação, quanto um *meio de defesa*), as diligências, a audiência de instrução, as alegações finais e os preparativos do julgamento pelo *pequeno júri* (cujos adiamentos a lei relaxadamente consente), o total é inevitavelmente superior a dois meses. Não será possível que o processo, mesmo cor-

rendo *levato velo*, atinja à fase do julgamento final antes de três ou quatro meses, no mínimo (mesmo o prazo atual de um ano é brevíssimo). O legislador não ignorava isso, nem podia ignorá-lo. Assim, formulando o citado art. 52, estava conscientemente fornecendo aos libelistas um *salvo-conduto* para o *sapateado* sobre interesses jurídico-sociais do mais alto relevo. Compreende-se que seja breve o prazo de prescrição no tocante aos crimes de imprensa, tradicional ou propriamente tais, pois, além de certas considerações de ordem psico-social, não exigem eles, como acentua von LISZT (*Pressrecht*, pág. 204), longa investigação em torno de fatos, bastando para lhes provar a existência e a autoria a juntada de um exemplar do periódico que contenha o artigo difamatório ou injurioso; mas isto não quer dizer que o prazo da prescrição possa ser reduzido a ponto de, praticamente, tornar ilusória a repressão.

No Velho Mundo, as leis especiais sobre o regime da imprensa estabelecem, comumente, o prazo prescricional de seis meses; mas, no Brasil, onde o processo penal é uma arrastada *via sacra*, para obedecer ao *leit-motif* de abrir os mais escrupulosos respiradouros à defesa dos acusados, esse prazo seria, em toda evidência, diminuto. No entanto, vem de ser, pela lei de 1953, escandalosamente fixado na *ridicularia* de dois meses. * Atualmente, só mesmo algum indivíduo rematadamente ingênuo se abalará à propositura de ação penal contra os libelistas; e o Ministério Público, adstrito, por dever de ofício, a oferecer denúncia, não será mais que o protagonista de uma comédia judiciária. Já se acoimou de inconstitucional o dispositivo em questão, porque redundará, afinal de contas, na impunidade dos abusos pelos quais o art. 141, § 5.º, da Lei Básica manda que sejam responsabilizados aqueles que os praticarem. Não deparo, porém, infelizmente, a argüida inconstitucionalidade, pois o invocado parágrafo subordina tal responsabilidade aos casos e à forma

* O despropósito foi corrigido pela lei n.º 2.728, de 16-2-956.

que a lei ordinária preceituar, de modo que esta poderia até abster-se de reprimir, penalmente, os abusos de que se trata. Mesmo no caso de propaganda de guerra, de processos subversivos de ordem político-social ou de preconceitos de raça ou de classe, que o mesmo parágrafo declara *intolerável*, a lei ordinária poderia limitar-se a meras medidas policiais ou administrativas. Pretende-se, igualmente, que foi irregular o que ocorreu, na elaboração da lei, com o art. 52, em cuja formulação definitiva ter-se-ia excedido a Comissão de Redação da Câmara dos Deputados. Na fase final do projeto n.º 403-J, de que resultou a lei n.º 2.083, o dito artigo era assim concebido: “A prescrição dos delitos constantes desta lei ocorrerá após dois meses da data da publicação do es-
“ crito incriminado e a sua condenação, no dobro do prazo
“ em que foi fixada”. A Comissão de Redação ofereceu a seguinte emenda, para *corrigir* esse texto: “Após a palavra “prescrição” acrescente-se a expressão “da ação de queixa relativa aos delitos”, etc. Não era admissível tal emenda, pois falando, embora impropriamente, em “ação de queixa”, alterava substancialmente o projeto, isto é, restringia à ação privada a indulgência plenária da estranha prescrição bimensal. O deputado TARSO DUTRA tratou, porém, de apresentar outra emenda, esta, sim, tecnicamente aceitável: “Redija-se assim o art. 52: “A prescrição da ação, nos delitos constantes desta lei, ocorrerá”, etc. A redação definitiva, como já vimos, veio a falar, impropriamente, em “prescrição da ação dos delitos”, deturpando a fórmula TARSO DUTRA. Não houve, entretanto, *excesso* algum da competência da Comissão de Redação: onde, no texto do projeto aprovado, se dizia “prescrição dos delitos”, passou a ser escrito “prescrição da ação dos delitos”. Alteração de forma, mas não de substância. Também por aí não há brecha para cancelar-se o lamentável art. 52.

Tampouco há dizer, numa tentativa *desesperada* de interpretação restritiva, que o art. 52 quer regular a *decadência do direito de queixa*, e não a prescrição da ação penal.

Tal exegese só seria possível se pudéssemos *brincar de esconder* com o texto legal. Em primeiro lugar, se essa fosse a *intentio legis*, o dispositivo em apreço ter-se-ia limitado ao âmbito dos crimes contra a honra, únicos em que se admite *queixa*. Desenganadamente, porém, refere-se ele a todos os “delitos constantes desta lei”, isto é, não apenas os perseguíveis mediante *queixa*, senão também os que o são mediante denúncia do Ministério Público. Além disso, o dispositivo cuida, simultaneamente, da *ação penal* e da *condenação*, e quanto a esta não há falar em *decadência*. Ainda mais: não é admissível ler-se “decadência do direito de *queixa*” onde está escrito, com todas as letras, “prescrição da *ação*”. Mas ainda: a rejeição da já citada emenda da Comissão de Redação, que, com a sua dúbia expressão “*ação de queixa*”, podia levar à interpretação no sentido de se tratar do “direito de *queixa*”, está a evidenciar que o legislador, deliberadamente, não cuidou da *decadência* deste. Por último, não é crível, por mais vontade que se tenha de crer, que, ao articular o regime especial da repressão dos crimes de imprensa, uma de cujas características é precisamente a razoável brevidade do prazo prescricional, pelo menos no que tange aos crimes contra a honra, o legislador fosse deixar ao direito comum a matéria de *prescrição da ação penal*.

Não há tergiversar com o intratável art. 52: a *ação penal* contra os crimes de imprensa competirá, doravante, senão com as famigeradas *rosas de Malherbe*, pelo menos com os *romances* de menina namoradeira...*

* O Supremo Tribunal Federal, contra o meu único voto, entendera, entretanto, que, no art. 52, onde se lia “prescrição da *ação*”, se devera ler “decadência do direito de *ação*”. Caso típico de “interpretação derogativa”, embora para imprimir cunho de sensatez ao preceito legal. A prevalecer o julgado da Corte Suprema, a *prescrição*, quanto aos crimes de imprensa, passaria a ser disciplinada pela lei penal comum. Sobreveio, porém, a lei n.º 2.728, de 16-2-1956, que modificou o referido artigo, dispondo que a *prescrição da ação* ocorrerá em 1 ano (a contar da data do crime), e a da *condenação* no

As penalidades cominadas aos crimes previstos pela lei n.º 2.083 são um verdadeiro *jogo de disparate*. Somente os *autores* do escrito criminoso estão sujeitos a pena privativa de liberdade, pois os responsáveis subsidiários, não obstante serem a condição de êxito do crime, apenas incorrem em multa, não-conversível em prisão. Fez-se uma mistura *à la diable* entre o sistema da responsabilidade *par cascade* (que se diz do direito belga, mas que já era adotado pelo nosso Código de 1830) e o sistema das *penas de negligência*, do direito alemão.

Depois de incluir entre os responsáveis subsidiários ou sucessivos os *distribuidores* e os *vendedores*, acrescenta que uns e outros ficarão sujeitos unicamente à pena estabelecida no art. 53, isto é, perda dos apreendidos exemplares da publicação e multa de Cr\$ 50,00 por exemplar (o que redundará, muitas vezes, num *quantum* irrisoriamente inócuo como escarmento). No mesmo art. 53, os distribuidores e vendedores de publicações obscenas são considerados responsáveis diretos ou principais, puníveis autonomamente, e dá-se o mais inesperado rompimento do sistema da responsabilidade *em cascata* instituído pelo art. 26.

Os diretores ou redatores de jornal somente serão responsáveis subsidiários, segundo este último artigo, quando, ainda que conhecido, o verdadeiro *autor* do escrito não oferecer idoneidade sob o duplo ponto de vista *moral e financeiro*. No entanto, no art. 28 somente se permite ao ofendido a prova da inidoneidade *financeira* do responsável em primeiro lugar, já não se cuidando da inidoneidade moral.

As cominadas penas privativas de liberdade primam pela desproporção entre elas próprias e, notadamente, em face das que são cominadas pelo direito comum para os mesmos crimes, quando não praticados por meio de imprensa.

dobro do prazo em que for fixada; bem como declarando que o direito de queixa ou de representação decairá no prazo de três meses, a contar da data do escrito incriminado.

Para os crimes de propaganda de guerra, de processos subversivos da ordem político-social e de preconceitos ou ódios de raça ou de classe, a pena que, na vigente Lei de Segurança (votada pelo mesmo Congresso, no mesmo ano de 1953), é de um a três anos de reclusão, é reduzida, quando praticada pela imprensa (que é o mais intensivo meio de propaganda), à detenção por um a três meses (!). Na mesma pena de um a três anos de reclusão incorrem, pela Lei de Segurança, os distribuidores de boletins ou panfletos subversivos; mas, pela nova Lei de Imprensa, quando a distribuição for de jornais pregando a subversão da ordem política e social, a pena será exclusivamente pecuniária (!!). A revelação de segredos relativos à defesa nacional, para o fim de espionagem política ou militar, que a Lei de Segurança pune com reclusão de seis a 15 anos, aumentada da metade se a revelação tenha sido previamente proibida pela autoridade competente, passou a ser punida, quando feita pela imprensa, em qualquer caso, com detenção de seis meses a um ano ou, em se tratando de responsáveis subsidiários, com simples multa (!!!). É, positivamente, o privilégio, concedido à imprensa, de se colocar à margem da repressão, sacrificando-se à sua liberdade a própria segurança da Pátria.

A *chantage*, isto é, a forma de extorsão consistente na obtenção de vantagens mediante a ameaça de revelação de segredos ou de publicações difamatórias, a que a lei penal comum comina a pena de quatro a 10 anos de reclusão e multa de Cr\$ 3.000,00 a Cr\$ 15.000,00, será punida, quando praticada com abuso da imprensa, com simples detenção de seis meses a um ano, se não se tratar de responsável subsidiário, pois neste caso a sanção consistirá apenas em multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 4.000,00 (!).

Pelo Cód. Penal, os *vendedores* ou *distribuidores* de escritos obscenos estão sujeitos à pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 5.000,00; no entanto, a lei n.º 2.083, deformando o parágr. único do art. 67 do dec. n.º 24.776, que só cuidava de impressos de procedência estrangeira, em determinados casos, contenta-se em puni-los

com a multa de Cr\$ 50,00 por exemplar apreendido. Precisamente agora que está em recrudescência, entre nós, a louvável campanha contra a pornografia, o legislador entendeu de afrouxar as rédeas na repressão desse flagelo!

E não se perca de vista que, como regra de exceção para os crimes de imprensa, a prescrição da ação penal se operará em dois meses (já agora, com a lei n.º 2.728, de 1956, foi aumentado o prazo para um ano), de modo que, no final das contas, não haverá punição alguma, assegurando-se, assim, o livre tripúdio sobre interesses coletivos e individuais da mais alta monta.

Para mais acentuar a incrível benignidade das penas nas hipóteses acima referidas, não se pode deixar de cotejá-las com as cominadas pela própria lei n.º 2.083 aos crimes contra a honra, em que a sanção, como no caso de calúnia, pode ir até um ano de privação da liberdade. A ofensa à reputação de um particular é considerada mais grave ou em pé de igualdade com a ofensa do máximo interesse público, que é o da segurança e defesa da Nação! Não há palavras suficientemente acerbas para criticar semelhante dispautério.

Vejamos ainda outras deformidades da lei de 53.

No art. 10, preceitua ela que "são também puníveis a calúnia, a difamação e a injúria contra a memória de alguém". Percebe-se que o legislador queria dizer "contra a memória dos mortos", porque, como está redigido, pareceria que a incriminação se refere à ofensa moral do poder de retentiva de alguém, como, por exemplo, afirmar que alguém não pode ter de cor os deveres sociais ou éticos.

No art. 11, tratando das explicações no caso de ofensas equívocas, dispõe que se não forem satisfatórias, *a juízo do ofendido*, poderá este mover a ação penal que couber. É o mesmo erro da lei antiga. A suficiência ou insuficiência das explicações deve ficar *a critério do juiz*, e não do ofendido. Inútil será o pedido de explicações se, prestadas estas, ficar ao arbítrio do ofendido, acaso inspirado por excessivos escrúpulos de dignidade, o julgá-las não satisfatórias. E se desar-

razoada tal apreciação e oferecida ulteriormente a queixa, terá esta de ser rejeitada pelo juiz.

O art. 14 é assim concebido: “Além das penas criminais, “o condenado por delitos de imprensa ficará sujeito a pagar “ao ofendido as perdas e danos que, na forma do direito civil “e perante os juizes do cível, forem regularmente apuradas”. Se o direito privado, entre nós, é que disciplina a reparação civil do dano *ex delicto*, pareceria, *prima facie*, que esse dispositivo é uma superfluidade; mas há nele uma interessante novidade: somente depois de condenado o agente no juízo penal é que o ofendido poderá recorrer ao juízo cível.

Até agora era direito sabido e ressabido que a vítima do crime pode intentar a ação de indenização contra o criminoso, sem cuidar da ação penal ou à margem desta. O art. 1.525 do Cód. Civil, consagrando um princípio tradicional, declara que “a responsabilidade civil é independente da criminal”. A atual Lei de Imprensa, porém, na ânsia de favorecer os libelistas, achou de condicionar a ação civil à condenação penal, e como esta, como já vimos, será praticamente impossível, porque antes ocorrerá a prescrição, o lesado ficará fazendo *cruz na boca*. O legislador de 53 chega a dar a impressão de que desconhece o art. 1.547 do Cód. Civil, que assim preceitua: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na “reparação do dano que dele resultar ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo, da “pena criminal respectiva”. Ora, se, na espécie, o dano material ou patrimonial, na quase totalidade dos casos, não pode ser auferido (só o é quando atingido o *crédito* e redundar num individuado *lucrum cessans*), e se o verdadeiro *autor* da calúnia, difamação ou injúria pela imprensa é punível exclusivamente com pena privativa de liberdade, ficará o ofendido na seguinte deplorável situação: se o autor direto é financeiramente idôneo, será obrigado a processá-lo, sem poder dirigir-se contra os responsáveis sucessivos ou subsidiários, e ser-lhe-á inútil recorrer ao juízo cível, porque, na impossibilidade de provar dano material, e não havendo o ponto de re-

ferência da multa penal, para poder cobrar o respectivo *duplum*, não terá como obter a indenização.

O art. 29, I, letra *b*, faz supor que, nos crimes contra a honra, se o ofendido for funcionário público e a ofensa tiver sido irrogada *propter officium*, não poderá intentar a ação privada, ainda quando o Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal. Se essa foi a *intentio legis* (e não creio que assim o entenda a jurisprudência, em face do artigo 29 do Cód. de Proc. Penal), é patente o desconcerto: ficará sendo o Ministério Público o único árbitro da vulnerabilidade da reputação ou dignidade funcional e pessoal do ofendido, e este, com a inação daquele, terá de *engulir* a ofensa, sem tugar nem mugir. É evidente o destempero.

Depois de assegurar, no art. 49, a *custódia honesta* dos condenados, declara, no art. 51, que, em se tratando de réu primário, ser-lhe-á concedido o *sursis* (*sic*). Ora, se o *sursis* é uma medida de política criminal destinada a evitar os maus efeitos das penas de pequena duração, quando cumpridas no ambiente deletério da prisão comum, é um ilogismo concedê-la aos beneficiários de *custódia honesta*. É lamentável que, no texto da lei, figure sob nome francês um instituto que, em vernáculo, tem o título oficial de *suspensão condicional da pena*.

O art. 53 dispõe o seguinte: "Não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter obsceno, como tal declara das pelo juiz de Menores ou, na falta deste, por qualquer magistrado". Sabe-se que, pela anterior Lei de Imprensa (artigo 67 e seu parág. único), o ministro da Justiça, mediante portaria, podia proibir a importação de jornais ou impressos sujeitos à apreensão ou atentatórios da paz pública, e se alguém infringisse a proibição, vendendo, expondo à venda ou distribuindo as publicações clandestinamente importadas, incorreria na multa penal de Cr\$ 50,00 por exemplar. Agora, porém, a prévia proibição só abrangerá os impressos obscenos, sejam ou não de procedência estrangeira, e será expedida pelo juiz de Menores ou qualquer outro magistrado,

isto é, qualquer juiz do crime ou do cível, qualquer desembargador, qualquer ministro do Tribunal Federal de Recursos ou do Supremo Tribunal Federal (pois a lei não restringe). O despropósito é manifesto, e tanto mais intolerável quanto, partindo a proibição de juiz local, sua infringência só constituirá crime numa determinada cidade ou comarca! O artigo 53 da lei n.º 2.083 é o que se pode chamar, com toda propriedade, um *angu de caroço*.

Como *chave de ouro* desse patológico produto legislativo, que é um depoimento contra a nossa cultura jurídica, figura o seu art. 63: “Revogam-se notadamente o dec. n.º 24.776, de 14-7-1934; os §§ 6.º e 7.º do art. 25 da lei n.º 38, de 4-4-1935; o art. 9.º da lei n.º 136, de 14-12-1935; o dec.-lei n.º 431, de 18-5-1938, e quaisquer outras disposições em contrário”. Ora, à exceção do dec. n.º 24.776, todos os demais diplomas legais aí referidos já estavam revogados pela lei n.º 1.802, de 5-1-1953 (atual Lei de Segurança Nacional), cujo art. 47 assim declara: “Revogam-se as disposições em contrário e, em especial, a lei n.º 38, de 4-4-1935; a lei n.º 136, de 14 de dezembro do mesmo ano, e o dec.-lei n.º 431, de 18-5-1938”. Em matéria de *chover no molhado*, é deveras notável o artigo final da nossa atual Lei de Imprensa...

Não se deprenda das linhas ou entrelinhas do que vem de ser dito que eu seja infenso à liberdade de imprensa. O que penso a tal respeito, como quem quer que entare o problema de ânimo isento, é que o direito a essa liberdade não pode ser irrestrito, pairando acima do superior interesse da coletividade e de interesses individuais indiscutivelmente merecedores da proteção jurídica. Como observa JACQUES BOURQUIN em livro recente (*La liberté de la presse*), “somente o existencialismo, cuja filosofia concebe a verdade no sentido funcional, pode pretender que ninguém possa, nem mesmo o Estado, atribuir-se o direito de decidir o que alguém deve “crer ou exprimir”. A imprensa não pode ser declarada irresponsável. Sua responsabilidade é um corolário de sua própria liberdade, porque não existe liberdade sem a condição de que não atropete o direito de outrem.

Os suspeitíssimos defensores da liberdade de imprensa à *outrance* fazem *tabula rasa* do art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não seja nocivo a outrem”. O que se tem de permitir à imprensa é o *uso*, e não o *abuso* da liberdade de opinião, informação ou expressão.

O *abuso de direito* é um ato ilícito, que não pode deixar de acarretar responsabilidade. O nosso legislador de 53 olvidou que o direito é ordem de equilíbrio entre as liberdades co-existentes. Quando os indivíduos não encontram peias à expansão de si mesmos, fica à solta a cainçalha dos instintos. A permitida intrusão de uns na esfera de liberdade ou órbita jurídica de outros provocará, necessariamente, reações e vinditas, e o direito da força sub-rogará a força do direito, retornando-se ao primitivismo das hordas e das clãs. A lei social não pode deixar de intervir para a recíproca acomodação de direitos e liberdades. Tem de intervir, *ne cives ad arma veniant*.

Assim, não é admissível que, a pretexto de regime especial em torno dos crimes de imprensa, se confira a esta, praticamente, uma *carta de corso*, um *bill de indenidade* para todos os seus desvarios e tropelias, como vem de fazer a lei n.º 2.083, lei de caráter marcadamente demagógico, a cujo respeito a própria imprensa guardou silêncio, numa atitude de indiferença, ou, talvez, de acanhamento pela demasia do favor. É uma lei que jamais devera ter saído do tinteiro. Poderá ela corresponder aos subalternos interesses da *subimprensa*, insaciável de *licença*, mas não aos interesses da imprensa com I grande, consciente de sua alta e construtiva função social e política.

LEI N.º 2.083 — DE 12 DE NOVEMBRO DE 1953 *

Regula a liberdade de Imprensa

O presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I

A LIBERDADE DA IMPRENSA

Art 1.º É livre a publicação e a circulação no território nacional de jornais e outros periódicos.

§ 1.º Só é proibida a publicação e circulação de jornais e outros periódicos quando clandestinos, isto é, sem editores, diretores ou redatores conhecidos, ou quando atentarem contra a moral e os bons costumes.

§ 2.º Durante o estado de sítio, os jornais ou periódicos ficarão sujeitos à censura nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

Art. 2.º É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou simplesmente noticiosas, a estrangeiros e a sociedades anônimas por ações ao portador.

Parág. único. Nem os estrangeiros, nem as pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos nacionais, poderão ser acionistas de sociedades anônimas, ou não, proprietárias de empresas jornalísticas.

Art. 3.º A responsabilidade principal nas empresas jornalísticas e a sua orientação, assim intelectual como administrativa, caberão exclusivamente a brasileiros.

Art. 4.º A sociedade que se organizar para a exploração de empresas jornalísticas deverá obedecer aos preceitos da lei sobre sociedades comerciais, excetuadas as fundações, como tais conceituadas nas leis civis. Uma e outras deverão respeitar as peculiari-

* Publicada no *Diário Oficial* de 13-11-1953.

dades estabelecidas na Constituição federal e nesta lei para seu funcionamento.

Art. 5.º Assim os jornais ou periódicos como as oficinas impressoras de qualquer natureza, pertencentes a pessoas físicas ou a sociedade, devem ser registrados em cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Art. 6.º O pedido de registro será instruído com os seguintes documentos:

I, no caso de jornais ou outros periódicos:

a) declaração de nome, nacionalidade e residência do diretor ou diretores, do redator-chefe, ou redatores-chefes, do proprietário, do gerente e dos acionistas quando se trata de jornal ou periódico pertencente a sociedade comercial;

b) designação do título do jornal ou periódico, da sede da redação, da administração e das oficinas impressoras, esclarecendo-se se são próprias ou não, e, no caso negativo, indicando-se quais os proprietários;

c) um exemplar do respectivo contrato social ou dos estatutos, quando se tratar de jornais ou periódicos pertencentes a sociedade.

II, no caso de oficinas impressoras:

a) declaração do nome, nacionalidade e residência do proprietário e gerente;

b) indicação da sede da administração, do lugar, rua e número, onde funciona a oficina e denominação desta;

c) um exemplar do contrato social ou dos estatutos, na hipótese de se tratar de oficina pertencente a sociedade.

Parág. único. As alterações supervenientes, em qualquer dessas indicações, deverão ser averbadas no Registro, dentro em oito dias.

Art. 7.º A falta de registro, ou registro defeituoso, será punida com a multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 2.000,00, mediante processo promovido pelo Ministério Público. A multa, porém, só será cobrada depois que, marcado pelo juiz novo prazo, para o registro ou para a sua emenda, não fôr cumprido o despacho.

CAPÍTULO II

DOS ABUSOS E PENALIDADES

Art. 8.º A liberdade de imprensa não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício.

Art. 9.º Constituem abusos no exercício da liberdade de imprensa, sujeitos às penas que vão ser indicadas, os seguintes fatos:

a) fazer propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou propaganda que se proponha a alimentar preconceitos de raça e de classe: pena de um a três meses de detenção, quando se tratar de autor do escrito, ou multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 20.000,00, quando se tratar de outros responsáveis subsidiários;

b) publicar notícias falsas ou divulgar fatos verdadeiros, truncados ou deturpados, que provoquem alarma social ou perturbação da ordem pública: penas — as mesmas da letra anterior;

c) incitar à prática de qualquer crime: pena de um terço da do crime provocado, contanto que não exceda de um ano de detenção para o autor do escrito e de multa de Cr\$ 6.000,00 a Cr\$ 12.000,00 para qualquer dos responsáveis subsidiários;

d) publicar segredos de Estado, notícias ou informações relativas à sua força, preparação e defesa militar, ou sobre assuntos cuja divulgação for prejudicial à defesa nacional, desde que exista norma ou recomendação prévias, determinando segredo, confidência ou reserva, ou desde que facilmente compreensível a inconveniência da publicação: penas de seis meses a um ano de detenção para o autor do artigo e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 20.000,00, para qualquer dos responsáveis subsidiários;

e) ofender a moral pública e os bons costumes: pena de três a seis meses de detenção, para o autor do escrito, e multa de Cr\$ 8.000,00 a Cr\$ 12.000,00, para qualquer dos responsáveis subsidiários;

f) caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: pena de seis meses a um ano de detenção, para o autor do escrito, e multa de Cr\$ 4.000,00 a Cr\$ 8.000,00, para qualquer dos responsáveis subsidiários;

g) difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: pena de dois a seis meses, para o autor do escrito, e multa de Cr\$ 3.000,00 a Cr\$ 6.000,00, para qualquer dos responsáveis subsidiários;

h) injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: pena de um a quatro meses de detenção, para o autor do escrito, e multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 4.000,00, para qualquer dos responsáveis subsidiários;

i) obter favor ou provento indevidos, mediante a publicação ou a ameaça de publicação de escrito ou representação figurativa desabonadoras da honra ou da conduta de alguém; pena: detenção de seis meses a um ano, para o autor do escrito ou da ameaça da publicação ou representação, e multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 4.000,00, para qualquer dos responsáveis subsidiários.

Pará. único. Quando os crimes das letras *f*, *g* e *h* forem praticados contra órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública,

as respectivas penas de detenção e de multa serão aumentadas de um terço.

Art. 10. São também puníveis a calúnia, a difamação e a injúria contra a memória de alguém, na forma das letras *f*, *g* e *h* do art. 9.º.

Art. 11. Se os fatos que constituem os crimes indicados nas letras *f*, *g* e *h* do art. 9.º, forem divulgados de maneira imprecisa sob fórmulas equívocas, o ofendido, ou seu representante legal, terá o direito de chamar a explicações o responsável pelo escrito, o qual as deverá fornecer no prazo de cinco dias.

Parág. único. Se as explicações não forem dadas ou as que se derem não forem satisfatórias, a juízo do ofendido, poderá este, ou seu representante, mover a ação criminal que couber.

Art. 12. Será admitida a prova do fato imputado:

a) se a vítima da imputação for indivíduo ou corporação que exerça função pública e a imputação se referir ao exercício dessa função;

b) se o ofendido permitir a prova, ou tiver sido condenado definitivamente pelo fato imputado.

§ 1.º A prova restringir-se-á aos fatos que constituam objeto do crime.

§ 2.º Não se admitirá prova da verdade:

a) quando depender de ação particular e esta ainda não tenha sido iniciada, ou se, depois de iniciada, o autor dela desistir;

b) quando o ofendido tiver sido absolvido do fato de que é acusado e a sentença absolutória houver passado em julgado;

c) quando se tratar de expressões injuriosas sem concretização de fatos.

§ 3.º No caso de injúria, a pena deixará de ser aplicada:

a) quando o ofendido provocou diretamente a injúria;

b) quando a injúria consistir em retorsão imediata a outra injúria.

Art. 13. A pena de prisão só será aplicada aos autores dos escritos incriminados e não poderá exceder de um ano. Os demais responsáveis, na falta do autor, só estarão sujeitos a penas pecuniárias.

Art. 14. Além das penas criminais, o condenado por delitos de imprensa ficará sujeito a pagar ao ofendido as perdas e danos que, na forma do direito civil e perante os juizes do civil, forem regularmente apurados.

Art. 15. Não constituem abusos de liberdade de imprensa:

a) a opinião desfavorável da crítica literária, artística, ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

b) a publicação de debates nas assembleias legislativas, dos relatórios ou qualquer outro escrito impresso pelas mesmas;

c) o noticiário, a resenha ou a crônica dos debates de projetos nas mesmas assembleias e as críticas que se fizerem aos trabalhos parlamentares;

d) a crônica dos debates escritos ou orais perante os juizes e tribunais, assim a publicação de despachos, como as sentenças e de tudo quanto for ordenado ou comunicado por aquelas autoridades judiciais;

e) a discussão e critica que não descerem a insulto pessoal sobre atos governamentais, sentenças e despachos dos juizes e tribunais;

f) a publicação de articulados, cotas ou alegações produzidas em juízo, salvo se contiverem injúria ou calúnia;

g) a critica, ainda quando veemente e ofensiva contra alguém, desde que se limite aos legítimos termos a necessidade de narrativa, excluído o ânimo de injúria e atenta, apenas, a preocupação do bem ou do interesse social;

h) a exposição de qualquer doutrina ou idéia.

Art. 16. A retificação espontânea, feita antes de iniciado o procedimento judicial pelo jornal ou periódico, onde saiu a imputação, excluirá a ação penal contra os responsáveis. O mesmo acontecerá se se fizer em juízo a retratação.

CAPÍTULO III

DO DIREITO DE RESPOSTA

Art. 17. É assegurado o direito de resposta a quem for acusado em jornal ou periódico.

Art. 18. Se o pedido de retificação não for atendido de imediato, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação. Para este fim, apresentando um exemplar do artigo incriminado e o texto em duas vias, dactilografadas, da resposta retificativa, requererá ao juiz criminal que ordene ao responsável pela publicação que seja inserida a resposta dentro em 24 horas, se se tratar de jornal diário, ou no número seguinte, se o periódico não for diário.

Parág. único. O pedido de retificação poderá ser formulado pelo próprio ofendido, ou, no caso de ofensa à memória de alguém, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Art. 19. Recebido o pedido de retificação, o juiz, dentro de 24 horas, mandará citar o responsável para, em igual prazo, dar as razões por que não publicou a resposta.

Parág. único. Nas 24 horas seguintes o juiz proferirá a sua decisão, tenha o responsável atendido, ou não, a intimação.

Art. 20. Da decisão proferida pelo juiz, caberá apelação no efeito devolutivo.

Art. 21. Determinada a retificação, esta deverá ser efetuada gratuitamente, no prazo determinado, sob pena de multa de Cr\$. . 500,00 pela falta na primeira edição, multa que será aumentada na proporção de 100% a cada edição subsequente, até que a publicação se efetue.

Art. 22. A resposta será inserta integralmente, no mesmo lugar e em caracteres tipográficos idênticos aos do escrito que a tiver provocado, e em edição e dias normais, sob pena de continuar a correr a multa, nos termos do artigo anterior.

§ 1.º A resposta deverá ter dimensão igual à do escrito incriminado, podendo conter até 50 linhas, ainda que aquele seja de extensão menor e não ultrapassando de 200 linhas, mesmo no caso de ser mais longo o escrito.

§ 2.º Esses limites prevalecem para cada resposta em separado, não podendo ser cumulados.

§ 3.º O limite máximo não pode ser ultrapassado a pretexto de pagar-se a parte excedente.

Art. 23. Será negada a publicação da resposta:

a) quando não tiver relação com os fatos referidos na publicação incriminada;

b) quando contiver expressões caluniosas, injuriosas ou difamatórias para o jornal ou periódico, onde saiu o escrito que lhe deu motivo, assim para os seus responsáveis como para terceiros;

c) quando se tratar de atos ou de publicações oficiais, salvo quando divulgadas em jornal oficial;

d) quando se referir a terceiros, de modo tal que lhes venha dar também o direito de retificação;

e) quando se tratar de escritos que não constituam abusos de liberdade de imprensa;

f) quando houver decorrido mais de 30 dias entre a publicação do artigo que lhe deu motivo e o pedido de resposta.

Art. 24. Reformada a decisão do juiz, na instância superior, o jornal ou o periódico terá o direito de haver do autor da resposta as despesas com a publicação daquela, calculadas de acordo com a tabela de preços do próprio jornal ou periódico.

Parág. único. A ação para haver as despesas será a executiva.

Art. 25. A publicação da resposta, salvo quando espontânea, não impedirá o ofendido de promover a punição pelas ofensas de que foi vítima.

Parág. único. Não poderá ser pedida a retificação se, na ocasião em que for feita, o jornal ou periódico já estiver sendo processado criminalmente pela publicação incriminada.

CAPÍTULO IV

DOS RESPONSÁVEIS

Art. 26. São responsáveis pelos delitos de imprensa, sucessivamente:

- a) o autor do escrito incriminado;
- b) o diretor ou diretores, o redator ou redatores-chefes do jornal ou periódico, quando o autor não puder ser identificado, ou se achar ausente do país, ou não tiver idoneidade moral e financeira;
- c) o dono da oficina onde se imprimir o jornal ou periódico;
- d) os gerentes dessas oficinas;
- e) os distribuidores de publicações ilícitas;
- f) os vendedores de tais publicações.

Art. 27. Não é permitido o anonimato. O escrito, que não trouxe a assinatura do autor, será tido como redigido pelo diretor ou diretores, pelo redator-chefe ou redatores-chefes do jornal, se publicado na parte editorial, e pelo dono da oficina, ou pelo seu gerente, se publicado na parte-ineditorial.

Parág. único. Se o jornal ou periódico mantiver seções distintas sob a responsabilidade de certos e determinados redatores, cujos nomes nelas figurem permanentemente, serão estes os responsáveis pelo que sair publicado nessas seções.

Art. 28. O ofendido poderá provar, perante qualquer juiz criminal, que o autor do escrito incriminado não tem idoneidade financeira para responder pelas conseqüências civis e penais da condenação; feita, a prova em processo sumaríssimo, não caberá recurso da decisão que se proferir. Poderá o ofendido exercer a ação penal contra os responsáveis sucessivos, enumerados nesta lei.

Parág. único. Os responsáveis indicados nas letras e e f do art. 26 ficarão sujeitos unicamente à pena estabelecida no art. 53.

CAPÍTULO V

DA AÇÃO PENAL

Art. 29. A ação será promovida:

I, nos crimes das letras f, g e h do art. 9.º:

- a) por queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo;
- b) por denúncia do Ministério Público, quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário, em razão das suas atribuições;

II, nos demais crimes: por denúncia do Ministério Público.

§ 1.º Quando se tratar de qualquer das pessoas mencionadas na letra b, n.º I, deste artigo, o Ministério Público só apresentará denúncia mediante aviso do ministro da Justiça e Negócios Interiores, na esfera federal, e do secretário da Justiça, ou autoridade equivalente, na esfera estadual, ou mediante representação dos ofendidos ou dos seus representantes legais se o aviso não se fizer dentro em oito dias, contados da data da solicitação.

§ 2.º Quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário público, o Ministério Público iniciará a ação penal, mediante requisição do representante legal de quem ofendido, no primeiro caso, ou por iniciativa própria, no segundo caso.

§ 3.º Quando se tratar de crime contra a memória de alguém, ou contra pessoa que faleça depois de apresentada a queixa, a ação poderá ser iniciada ou continuada pelo cônjuge, pelo ascendente, pelo descendente ou pelo irmão.

Art. 30. A denúncia deverá ser oferecida pelo Ministério Público, dentro no prazo de 10 dias, contados do dia em que lhe for solicitada essa providência, sob pena de multa de Cr\$ 500,00, sem prejuízo da responsabilidade funcional em que incorrer.

Art. 31. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal, uma vez iniciada.

Art. 32. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais.

Art. 33. É obrigatória em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, sob pena de nulidade, a intervenção do Ministério Público.

Art. 34. Num só processo poderá ser admitida a intervenção de vários querelantes, quando ofendidos pela mesma publicação. A desistência da queixa, por um ou por alguns, não privará os demais do direito de prosseguirem no processo.

Parág. único. A desistência da queixa só será permitida com a aquiescência do querelado.

Art. 35. A queixa ou a denúncia será instruída com um exemplar do impresso, em que se contiver a publicação ofensiva, e deverá indicar as provas ou diligências que o autor reputar necessárias. Distribuída e autuada, o juiz, depois de ouvir o Ministério Público, quando se tratar de queixa, recebê-la-á ou rejeitá-la-á.

§ 1.º Recebida a queixa ou a denúncia, o réu será citado pessoalmente para comparecer à primeira audiência no Juízo. Não sendo encontrado, a citação far-se-á por editais, com o prazo de 10 dias.

§ 2.º Depois de qualificado, poderá o réu fazer-se representar em todos os termos do processo, por procurador bastante.

Art. 36. Se o réu não comparecer à audiência designada, o processo correrá a sua reuelia. Se comparecer, será qualificado e terá o prazo de cinco dias para apresentar a defesa, salvo se não preferir apresentá-la imediatamente. Na defesa deverá alegar todas as prejudiciais, inclusive a *exceptio veritatis*, indicar as provas e as diligências que achar necessárias e oferecer os documentos que tiver.

§ 1.º Demonstrada a necessidade de certidões de repartições públicas ou autárquicas, e a de quaisquer exames, o juiz requisitará aquelas e determinará estes, mediante fixação de prazo para o cumprimento das respectivas diligências.

§ 2.º Se dentro do prazo não for atendida, sem motivo justo, a requisição do juiz, imporá este a multa de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 1.000,00 ao funcionário responsável e suspenderá a marcha do processo, até que em novo prazo seja fornecida a certidão ou se efetue a diligência. Aos responsáveis pela não-realização desta última, será aplicada a multa de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 1.000,00. A aplicação das multas acima referidas não exclui a responsabilidade por crime funcional.

§ 3.º Esgotados os prazos para apresentação das certidões ou realizações dos exames, o juiz considerará provada a alegação que dependia daquelas certidões ou dos exames.

Art. 37. Na audiência seguinte, serão inquiridas as testemunhas da acusação, e, após, as de defesa, e marcadas novas audiências para inquirição das que não foram ouvidas.

Parág. único. As testemunhas, assim de acusação como de defesa, cujo número o juiz limitará, quando vir que são apresentadas com intuits protelatórios, poderão comparecer independente de intimação, salvo requerimento da parte que as arrolou.

Art. 38. Terminada a instrução, o autor e réu terão, sucessivamente, o prazo de três dias para oferecerem alegações escritas. Se, com as da defesa, forem apresentados novos documentos, terá o autor o prazo improrrogável de 24 horas para dizer sobre eles.

Art. 39. Terminado o prazo para as alegações, os autos serão conclusos ao juiz, que mandará proceder, de ofício ou a requerimento dos interessados, às diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou para suprir qualquer falta que possa influir no julgamento.

Art. 40. O juiz poderá absolver o réu, se julgar provado qualquer fato que o isente de pena.

Art. 41. O julgamento compete a um tribunal composto do juiz de direito que houver dirigido a instrução do processo e que será o seu presidente, com voto, e de quatro cidadãos sorteados dentre 21 jurados da comarca.

§ 1.º O sorteio dos jurados será feito pelo presidente do júri local, mediante requisição do juiz do processo, cinco dias antes da

sessão do julgamento e na presença das partes, se o quiserem. O resultado do sorteio será comunicado ao juiz do processo por ofício, que será junto aos autos depois de ordenada a intimação das partes e dos jurados.

§ 2.º Os jurados que, sem motivo justificado, não comparecerem à sessão de julgamento, serão sujeitos à multa de Cr\$ 100,00 a Cr\$ 500,00, imposta pelo juiz que presidir ao processo.

§ 3.º Os jurados não poderão escusar-se senão por motivo de moléstia, provada por inspeção de saúde determinada pelo juiz.

§ 4.º Não podem servir conjuntamente no julgamento, como juízes, os ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tios e sobrinhos, sogro e genro, padrasto e enteado.

Art. 42. No dia designado para o julgamento, aberta a audiência e feitos os pregões de praxe, proceder-se-á à chamada dos jurados e o juiz resolverá sobre as escusas que forem apresentadas e sobre as multas que devem ser impostas. Se houver número legal de jurados, mandará apregoar as partes e as testemunhas, recolhidas estas a outra sala. Se não houver número legal, marcará nova audiência para o julgamento.

§ 1.º Se qualquer das partes não comparecer, com escusa legítima, o julgamento será adiado para outra sessão, marcada para daí a cinco dias. Se o faltoso for representante do Ministério Público, o adiamento só poderá ser concedido uma vez, com substituição desse funcionário nas audiências, na forma da lei.

§ 2.º Se o autor da queixa não comparecer sem motivo justificado, a ação será declarada perempta. Se for o réu faltoso, o juiz nomear-lhe-á defensor.

Art. 43. Consultadas a defesa e a acusação, sucessivamente, poderão estas recusar, cada uma, até três dos jurados sorteados para o julgamento.

Art. 44. Organizado o tribunal, o juiz deferirá o compromisso aos jurados, fazendo o primeiro ler o seguinte: "Prometo, pela minha honra, decidir de acordo com a verdade e a justiça". Os demais repetirão: "Assim prometo".

Art. 45. Qualificado o réu, o juiz fará breve relatório do processo, expondo o fato, as provas colhidas e as conclusões das partes, sem, de qualquer modo, manifestar a respeito a sua opinião.

§ 1.º Em seguida dará a palavra ao acusador e ao defensor, sucessivamente, dispondo, cada um, de uma hora para falar, prorrogável, a seu pedido, por 30 minutos. A réplica e a tréplica deverão ser feitas, cada uma, em 30 minutos, improrrogáveis.

§ 2.º Antes de iniciados os debates, qualquer das partes ou qualquer jurado poderá requerer a leitura de peças do processo e a audiência de testemunhas que estejam presentes.

Art. 46. Encerrados os debates, passarão o juiz e os jurados a deliberar em sessão secreta sobre as seguintes questões:

- 1.^a) Constitui crime o fato imputado ao réu?
- 2.^a) No caso afirmativo, é o réu responsável por esse crime?
- 3.^a) No caso afirmativo, qual a pena que lhe deve ser aplicada?

Art. 47. O juiz lavrará em seguida a sentença, de acordo com as deliberações dos jurados. Assinada por todos, sem declaração de voto, mencionado, apenas, se foi proferido por unanimidade, ou por maioria, a sentença será lida pelo juiz na sala das sessões.

Art. 48. Da sentença caberá apelação interposta no ato ou dentro de cinco dias da data em que foi proferida.

Parág. único. A apelação será arrazoada na primeira instância, no prazo comum de cinco dias para ambas as partes; terá os dois efeitos, e, quando condenatória, subirá imediatamente à instância superior, onde será preparada dentro de 10 dias, sob pena de deserção.

CAPÍTULO VI

DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Art. 49. A pena de prisão será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário.

Art. 50. A sentença condenatória nos processos de injúria, calúnia ou difamação, será publicada, gratuitamente, se a parte o requerer na mesma seção do jornal ou periódico em que apareceu o escrito, de que se originou a ação penal. A publicação efetuar-se-á com os mesmos caracteres tipográficos em que o escrito foi composto.

§ 1.º Essa publicação será feita no primeiro número do jornal ou periódico que se seguir à notificação do juiz, sob pena de multa de Cr\$ 500,00 por número em que se deixar de estampar a sentença.

§ 2.º No caso de absolvição, o querelado terá o direito de fazer à custa do querelante a publicação da sentença em jornal que escolher.

Art. 51. No caso da primeira condenação à pena de prisão, o réu terá direito ao benefício do *sursis*.

CAPÍTULO VII

DA PRESCRIÇÃO

Art. 52. (Nova redação dada pela lei n.º 2.728, de 16-2-956). A prescrição da ação dos (*rectius: da ação penal contra os*) crimes constantes desta lei ocorrerá um ano após a data da publicação do

escrito incriminado, e a da condenação no dobro do prazo em que for fixada.

Parág. único. O direito de queixa ou de representação do ofendido, ou de seu representante legal, decairá se não for exercido dentro do prazo de três meses da data da publicação do escrito incriminado. *

CAPÍTULO VIII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 53. Não poderão ser impressos, nem expostos à venda ou importados, jornais ou quaisquer publicações periódicas de caráter obsceno, como tal declarados pelo juiz de Menores, ou, na falta deste, por qualquer outro magistrado.

§ 1.º Os exemplares encontrados serão apreendidos.

§ 2.º Aquele que vender ou expuser à venda ou distribuir jornais, periódicos, livros, ou quaisquer outras impressões, cuja circulação houver sido proibida, perderá os exemplares que forem encontrados em seu poder e incorrerá na multa de Cr\$ 50,00, por exemplar apreendido. Essa penalidade será imposta mediante processo sumário, feito perante qualquer juiz criminal, por iniciativa do Ministério Público e com audiência do acusado, que será citado para se defender no prazo de 48 horas.

Art. 54. A autoridade administrativa competente, verificando a transgressão da proibição constante do artigo anterior e seus parágrafos, procederá imediatamente à apreensão dos exemplares do jornal ou periódico em causa, remetendo, em 24 horas, um desses exemplares, com ofício justificativo, ao Ministério Público.

§ 1.º O Ministério Público, no prazo de cinco dias, da data do recebimento da comunicação, pedirá a citação do responsável legal do jornal ou periódico apreendidos e de quem os estivesse vendendo, expondo à venda ou distribuindo, juntando aos autos o exemplar e o ofício remetidos pela autoridade administrativa, e alegando o que for mister para o esclarecimento do fato, podendo requerer diligências.

§ 2.º A pessoa ou as pessoas citadas na forma acima poderão, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, requerendo diligências, quando necessárias.

* Como se vê, o prazo da prescrição da ação penal voltou a ser de um ano, enquanto o de decadência (a que não se referia o dispositivo derogado) passou a ser de três meses (quando pela lei de 1934 era apenas de um mês).

§ 3.º Concluídos os autos ao juiz, este deferirá as diligências indispensáveis ao esclarecimento do fato e, ouvidas as partes, no prazo de três dias, sobre as diligências efetuadas, pronunciará, em seguida, sua decisão, manifestando-se sobre a ocorrência ou não dos fatos incriminados e fixando, quando possível, a responsabilidade pelos mesmos. Da sentença caberá apelação no prazo e forma legais.

§ 4.º Não sendo reconhecida, na primeira instância, a ocorrência dos motivos alegados para a apreensão, a autoridade administrativa devolverá os exemplares apreendidos, sob a fiscalização do juiz, ao representante legal do jornal ou periódico ou a quem os possuísse no momento da apreensão.

§ 5.º Transitada em julgado a sentença, será determinada pelo juiz competente sua execução, observando os seguintes dispositivos:

a) reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos incriminados, os exemplares serão confiados à autoridade administrativa para sua destruição, procedendo-se à nova apreensão se, anteriormente, houverem sido liberados;

b) fixando a sentença a responsabilidade do acusado ou dos acusados, será depositada em cartório por estes a multa, cominada ou não. Feito o depósito, no prazo de 30 dias, será promovida pelo Ministério Público sua cobrança executiva;

c) não reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos incriminados, serão liberados os exemplares, se ainda sujeitos a apreensão, pagando a União ou o Estado, que houver determinado a apreensão, indenização fixada pelo juiz, igual ao valor da multa que seria aplicável e cobrável por simples petição instruída de certidão da sentença final.

Art. 55. Nos casos de reincidência na transgressão do art. 53 e seus parágrafos, praticada pelo mesmo jornal ou periódico, pela mesma empresa, ou por periódico ou empresa diferentes, mas que tenham o mesmo diretor responsável, a autoridade administrativa, além da apreensão, regulada pelo art. 54 e parágrafos, poderá determinar a suspensão da impressão, circulação e distribuição do jornal ou periódico indicados, declarando e justificando, no ofício a que se refere o art. 54, *in fine*, os motivos que a levaram a essa medida.

§ 1.º Não sendo cumprida pelos responsáveis a suspensão determinada pela autoridade administrativa, esta adotará as medidas necessárias à observância da ordem, como o fechamento das dependências em que se redija, componha, imprima e distribua o jornal ou periódico indicados e apreensão sucessiva de suas edições posteriores, consideradas, para todos os efeitos, como clandestinas.

§ 2.º A suspensão do jornal ou periódico prevista neste artigo será apreciada judicialmente em conjunto com a apreensão da edi-

ção que houver reincluído na transgressão do art. 53 e seus parágrafos, observada a forma prevista pelo art. 54 e seus parágrafos.

§ 3.º Não sendo reconhecida, na primeira instância, a ocorrência dos motivos alegados para a apreensão e suspensão, a autoridade administrativa, observado o disposto no § 4.º do art. 54, levantará a ordem de suspensão e sustará a aplicação das medidas adotadas para assegurá-la.

§ 4.º Transitada em julgado a sentença, serão observadas, além do que dispõe o § 5.º e suas letras do art. 54, as seguintes normas:

a) reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos incriminados, serão extintos os registros eventualmente assegurados em favor da marca comercial e da denominação da empresa editora e do jornal ou periódico em apreço e os registros a que se refere o art. 5.º desta lei, sendo expedidos pelo juízo da execução à repartição e ao cartório competentes os mandatos de extinção e de cancelamento dos mencionados registros;

b) não reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos incriminados, observar-se-á o disposto na letra c do § 5.º do art. 54, ficando ainda a União ou o Estado, que houver determinado a suspensão, obrigados à reparação civil das perdas e danos, apuráveis em ação própria, deduzindo-se, do montante da condenação, a importância que houver sido paga em atendimento da petição a que se refere a mencionada letra c do § 5.º do art. 54.

§ 5.º Quando, na hipótese prevista na letra a do parág. anterior, a empresa proprietária ou editora do jornal ou periódico incriminado for uma sociedade comercial ou civil, o Ministério Público no prazo de 10 dias, contados da data em que houver transitado em julgado a sentença condenatória, promoverá, em ação própria, a dissolução e liquidação da sociedade, revertendo seu patrimônio, quando não haja titular ou credor com direito ao mesmo, em proveito da Associação Brasileira de Imprensa, ou de outra entidade de classe representativa da imprensa nacional, a critério da autoridade administrativa.

Art. 56. Poderão entrar e circular livremente no Brasil, ressaltados os direitos fiscais, quando os houver, os jornais, periódicos, livros e quaisquer impressos que se publicarem no estrangeiro, desde que não incorram nas proibições desta lei.

Art. 57. Consideram-se incorporadas na presente lei as disposições do Cód. Penal não alteradas expressamente e que digam respeito aos crimes aqui definidos.

Art. 58. O jornalista profissional não poderá ser detido, nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado, senão em sala decente, perfeitamente arejada e onde encontre todas as comodidades.

Art. 59. Os jornais ou periódicos ficarão dispensados da substituição da matéria censurada, desde que a censura seja feita antes de uma hora da sua paginação.

Art. 60. Nenhuma providência de ordem administrativa poderá tomar a autoridade pública que, direta ou indiretamente, cerceie a livre publicação e circulação de jornais e periódicos, ou que, de qualquer maneira, prejudique a situação econômica e financeira da empresa jornalística.

CAPÍTULO IX

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 61. Assim os jornais e os periódicos já existentes, como as oficinas impressoras em funcionamento, serão obrigados a atender às exigências contidas nesta lei, dentro do prazo de 90 dias da sua publicação, salvo se previamente o tiverem satisfeito.

CAPÍTULO X

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 63. Revogam-se notadamente o dec. n.º 24.776, de 14 de julho de 1934; os §§ 6.º e 7.º do art. 25 da lei n.º 38, de 4 de abril de 1935; o art. 9.º da lei n.º 136, de 14 de dezembro de 1935; o decreto-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, e quaisquer outras disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 12 de novembro de 1953; 132.º da Independência e 65.º da República.

GETÚLIO VARGAS.

Tancredo de Almeida Neves.

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

A LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA EM FACE DO NOVO CÓDIGO PENAL

(*Excerto e adaptação da monografia "A legítima defesa putativa"*)

Dá-se a legítima defesa putativa quando alguém erradamente se julga em face de uma agressão atual e injusta e, portanto, legalmente autorizado à *reação*, que empreende. O novo Código Penal resolveu expressamente o caso, ao cuidar do *error facti* chamado *essencial* ou *substancial*:

"Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe citação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima".¹

¹ O Projeto ALCÂNTARA limitava-se a dizer, no seu art. 13: "Não será punível a ação, ou omissão, praticada em consequência de erro substancial sobre o fato que constitui o crime". Quando de sua primeira fase, o *substitutivo* da Comissão Revisora continha, repartidos entre o *caput* do art. 14 e seu § 1.º, os mesmos preceitos que vieram afinal a ser englobados no *caput* do art. 17 do Código. Na sua crítica ao trabalho da Comissão, dizia ALCÂNTARA MACHADO: "Erro *substancial*, como diz o projeto, e não simplesmente *erro*, como propõe o substitutivo, abrangendo assim o *accidental*. "*Per consenso unanime l'errore accidentale, detto anche concomitante, non reca a colui che ha errato alcun beneficio di scusa, giacchè egli ha voluto commettere il reato e lo ha commesso*" (FLORIAN, 396). O *substancial*, ao contrário, recal sobre os elementos constitutivos do delicto, de modo que, se reconhecesse a realidade, o agente não cometeria o crime. Escusado é o § 1.º, que é o da chamada legítima defesa putativa, ou do estado de necessidade putativo. Basta a "regra da cabeça do artigo". A resposta da Comissão foi, como não

Ao invés de equiparar a legítima defesa putativa à legítima defesa autêntica, disciplinando-a entre as causas excludentes de crime, o Código, acertadamente, deu solução ao problema na sua sede própria, isto é, no setor do *erro de fato*, que é uma causa incondicional de exclusão do dolo e condicional de exclusão da culpa *stricto sensu*.

Se o dolo (penal) é a vontade livre e conscientemente dirigida a um fim plenamente ilícito, segue-se, necessariamente, que, intervindo erro sobre *situação de fato*, de modo a impedir a consciência da ilicitude penal, cessa o dolo. O erro de fato tanto pode fazer supor a inexistência de circunstâncias objetivas integrantes do crime, quanto a existência de circunstâncias objetivas que tornam o fato excepcionalmente lícito. Em qualquer dos casos, fica excluída a *consciência da injuridicidade*, que é imprescindível elemento do dolo. Costuma-se dizer, e com toda razão, que a teoria do erro é o lado avesso da teoria do dolo. Não há negar que o dolo é excluído não somente pelo erro sobre elementos de fato essenciais à configuração do crime, mas também pelo que, sem importar o desconhecimento da lei (pois *error juris nocet*), impeça o agente de representar-se mentalmente a sua ação como sendo aquela mesma que a lei incrimina. Se ao dolo é indispensável a relação psíquica entre o agente e o caráter antijurídico da ação, e se um erro, qualquer que ele seja, insuperável ou não, intercepta essa relação, não há falar-se em crime doloso: ao invés da *mens rea*, o que se apresenta é uma *intenção inocente*. É relevante o erro, no sentido da exclusão do dolo, toda vez que obstrui o exato *juízo de valor*

podia deixar de ser, sumariíssima: "A crítica do Professor ALCÂNTARA "foi aqui, mais uma vez, infeliz. Se o erro versa sobre fato *constitutivo* do crime, para que o adjetivo *substancial*? É o próprio senhor ALCÂNTARA que reconhece, na sua crítica, que o erro *substancial* é o que "recai sobre os *elementos constitutivos* do delito". Não é escusado o § 1.º do art. 14 do substitutivo, pois na hipótese aí prevista (*discriminantes putativas*), o erro não incide sobre fatos *constitutivos*, mas sobre fatos *excludentes* do crime".

acerca da ação, ou o reconhecimento da sua injuridicidade, e isto ocorre não somente quando o erro importa a suposição de ausência de circunstâncias de fato que condicionam a criminalidade da ação, como quando geram a suposição da presença de condições de fato que motivam a excepcional licitude da ação. Não se pode cogitar de dolo, ou, seja, de uma vontade conscientemente dirigida a um fim antijurídico, quando se verifica que precisamente a persuasão de que estava juridicamente autorizado à ação é que determinou o agente a empreendê-la. Se, não obstante a representação dos *essentia* objetivos que ajustam a ação a um *molde* penal, intervém um erro que leva o agente a acreditar na existência daquela situação de fato que a lei prevê como exceção à regra da punibilidade da ação, poderá haver, eventualmente, responsabilidade a título de culpa, jamais a título de dolo. O erro, porém, em certos casos, pode ser *inescusável*: o agente, se tivesse procedido com a devida atenção ou ponderação, podia ter evitado o erro, ou, por outras palavras, as circunstâncias não anulavam a *possibilidade* de consciência da ilicitude de sua conduta. Nem por isso deixará de ficar excluído o dolo (que pressupõe a *efetiva* consciência da injuridicidade), mas não ficará excluída a culpa, e a este título responderá o agente, se o fato é punível como crime culposos.

Abstraído o aspecto subjetivo, a legítima defesa putativa nada tem de comum com a legítima defesa autêntica, senão no nome. Dentro da lógica jurídica, e a não ser que a lei arbitrariamente (como faz o atual Código Penal italiano) intervenha com uma *ficção* em sentido contrário, será erro grosseiro o confundir-se uma com outra. Na genuína legítima defesa, a ação é *objetivamente lícita*; na legítima defesa putativa, ao contrário, a ação é *objetivamente ilícita*. Naquela, inexistente punibilidade porque, preliminarmente, inexistente crime *a parte objecti*; nesta, há injuridicidade *a parte objecti*, mas a punibilidade é excluída (salvo o caso de erro culposos) por carência de uma condição indispensável *a parte subjecti*, isto é, o dolo. Por mais que se transija em que deva ser apre-

ciada *subjetivamente a necessidade* que condiciona a legítima defesa autêntica, não se pode dispensar, para o seu reconhecimento, um *princípio* de verdade objetiva. Para a legítima defesa propriamente tal, não basta a *crença* ou *opinião* do indivíduo, de se achar na atual necessidade de violar o direito alheio para preservar o próprio (ou de terceiro): é imprescindível que ela se baseie sobre alguma coisa que se apresente como *efetivo* perigo ou *realidade* de uma agressão. Se há erro do agente no calcular a gravidade desse perigo ou dessa realidade, o que se poderá identificar é *excesso de legítima defesa* (que será penalmente indiferente, se deriva de erro escusável) e não legítima defesa putativa. Nesta, o *quid pro quo* é completo: o erro do agente não diz respeito à gravidade ou importância, mas à existência mesma do perigo ou atualidade da agressão. Não é esta, aqui, uma *entidade concreta*, mas uma pura abstração objetiva, sem qualquer *veracidade* ou consistência fora da imaginação do agente. Vem daí que, para afirmar-se a imunidade penal da legítima defesa putativa, não há equipará-la à legítima defesa, atribuindo-se-lhe, artificialmente, função de causa excludente da injuridicidade objetiva. O agente fica isento de pena, não porque a errônea presunção de um *periculum praesens* o colocou juridicamente na situação de legítima defesa, mas, sim, porque tal suposição obstou que tivesse consciência da injuridicidade de sua conduta, acarretando, portanto, a ausência de dolo.

Tratando do tema da legítima defesa, em face do vigente Código italiano, disserta MANZINI (*Trattato*, II, n.º 407): “*E poiché l'azione difensiva costituisce un fatto giuridico penale che, come ogni altro, deve essere valutato così nel suo elemento obiettivo come nell'elemento soggettivo, ne segue che l'opinione erronea non colposa della necessità della difesa (legittima difesa putativa) equivale, agli effetti della giustificante, alla reale necessità della medesima*”. Esta solução é um corolário do art. 59, 2.ª alínea, do Código Rocco: “ Se

L'agente ritiene per errore che esistono circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui". Com semelhante fórmula, criam-se, ao lado das *discriminantes reais*, e a estas plenamente equiparadas, as *discriminantes putativas*. Ora, por que e para que esse recurso a uma *fictio juris*, quando bastava reconhecer-se, *realisticamente*, que o dolo não prescinde da consciência da injuricidade, de modo que fica excluído pelo erro que induz a suposição da excepcional liceidade da ação? Na divergência entre a realidade e a sua representação na *mens* do agente — como justamente dizia DE MARSICO antes da vigência do Código Rocco² — é que se plasma a consciência do valor do fato, que passa a ser figurado como um fato permitido pela lei, de modo que, ao invés da aplicação da discriminante, deve falar-se, mais propriamente, em ausência de dolo. E exemplificava o mesmo autor: aquele que, sem agir em efetivo estado de legítima defesa, mata outrem, acreditando, no entanto, por uma falsa percepção da realidade, que atende à necessidade de repelir uma violência atual e injusta, comete uma ação cuja representação subjetiva não coincide com a figurada *in abstracto* como homicídio punível. A consciência que tem o agente acerca do valor ético-jurídico da sua ação é, portanto, diversa daquela que condiciona o dolo, isto é, não de antítese, mas de consonância com a moral e com a lei. Ora, isto não cria uma discriminante, mas elide, indubitavelmente, o dolo, e só por isto é que se deve reconhecer, no caso, a isenção de pena. No mesmo sentido, já opinava BIANCHEDI: a violência praticada no caso de legítima defesa putativa fica imune de pena por carência de dolo, e não porque o fato não transcenda o campo da legítima defesa, pois que "*la legittima difesa, a prescindere*

² Já nas suas *Lezioni universitarie* (ed. 1935), DE MARSICO ensina diversamente: "... *il caso della legittima difesa opinata, in cui si dice comunemente che manchi il dolo, mentre più corretto è dire (secondo il Codice che lo sottopone alle norme sulle esimenti) che manca l'antigiuridicità*".

daltro, come a suo presupposto, vuole una violenza che richiama una violenza, un male minacciato che suscita un male in chi minaccia, una ingiusta azione cui risponde una reazione, vuole, in una parola, un aggredito e un aggressore".³ O princípio de que, em matéria criminal, o *putativo equivale ao real* não pode ser admitido senão como um corolário da teoria do dolo. Por mais razoável que seja, a errônea *crença* do agente na licitude da ação não pode fazer com que esta, na sua objetividade, passe de ilícita a lícita. Somente do ponto de vista prático é que o *putativo equivale ao real*. Fica isento de pena tanto quem age em legítima defesa como quem, por erro escusável, supõe fazê-lo; mas, no primeiro caso, a não-criminosidade da ação diz com o seu elemento objetivo, enquanto no segundo decorre da ausência do elemento psicológico (dolo ou culpa).⁴ A hipótese da legítima defesa putativa é estranha ao quadro das *causas excludentes de injuridicidade*

³ Ob. cit., n.º 14. Ao mesmo critério atende PAOLI (ob. cit., vol. III, pág. 116), que assim figura e resolve um caso típico de legítima defesa putativa: "*Suppongasi che io, tornando a casa di notte, mi imbatta in una comitiva di amici miei che, per farmi uno scherzo di cattivo genere, pur senza intenzione di nuocermi momentaneamente, mi si slancino contro: è, ripeto, uno scherzo, ma io penso (e chi non vi penserebbe?) a un'aggressione: sparo, ferisco e uccido: in realtà non c'è violenza nè quindi necessità di difendersi; in realtà io non corro nessun pericolo effettivo, ma poichè alla violenza ho logicamente creduto, e poichè sono stato in condizione da dover ritenere la necessità della mia difesa diretta, non è dubbio ch'io debba andare impunito per la completa assenza in me di volontà criminosa*".

⁴ O próprio MANZINI, em outra passagem do seu *Trattato* (vol. I, pág. 602), diz que no caso de errônea suposição de uma causa excludente de injuridicidade, deve ficar o agente isento de pena porque "*manca la volontà di commettere un fatto contrario al diritto penale*", e, o que é mais interessante, invoca, nesse ponto, o apoio da própria *Relazione* sobre o vigente Cód. Penal italiano: "*Si agisce, sia pur per errore, nel ragionevole convincimento della esistenza di una circostanza d'esclusione della pena, ad es. legittima difesa putativa, e perciò sostanzialmente non si commette reato per difetto dell'elemento psicologico*".

(impropriamente chamadas *justificativas*), devendo ser tratada no capítulo consagrado à *teoria do erro*, que é a *teoria do dolo* sob o ponto de vista negativo.⁵ De irrepreensível acerto é a fórmula proposta, na Alemanha, pela antiga *Strafrechtsausschuss*, em sua sessão de 20 de novembro de 1928, para a solução de casos como o da legítima defesa putativa: “Quem “supõe erradamente uma situação de fato que tornaria a ação legítima ou isentaria de pena o agente, não será punido a título de dolo, mas de culpa, se se trata de erro “culposo” (*“Wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Tat rechtfertigen oder den Täter straffrei machen würde, kann wegen vorsätzlich Begehung nicht und wegen fahrlässiger Begehung nur dann bestraft werden, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht”*).⁶

PEDRO VERGARA (*Da legítima defesa subjetiva*), ao tempo do Código de 90, incluía a legítima defesa putativa na casuís-

⁵ M. E. MAYER (ob. cit., pág. 316): “*Das Problem der Irrtumlehre, den entschuldigenden Irrtum man nennt ihn den wesentlichen abzugrenzen von dem Irrtum, der die Schuld bestehen lässt, ist durch und durch unselbständig, da die Zurechnung nur dann unterbleiben muss, wenn infolge des Irrtums eine der Voraussetzungen fortfällt, ohne die eine vorsätzliche Handlung oder ein fahrlässiges Verhalten nicht angenommen werden darf. Wer über diese Voraussetzungen Bescheid weiss, kann nicht im Zweifel sein, welcher Irrtum wesentlich ist. Die Irrtumlehre ist daher nicht etwa eine aus der Schuldlehre zu ziehende Konsequenz, sie ist die Schuldlehre selbst — die vom negativen standpunkt aus betrachtete Schuldlehre*”, isto é: “O problema da teoria do erro, concernente à distinção entre o erro escusativo, chamado *essencial*, e o erro que não exclui a culpabilidade, nada tem de autónomo, pois a imputabilidade só deve cessar quando, em consequência do erro, falha uma das condições sem as quais não se pode identificar uma ação dolosa ou culposa. Quem tem conhecimento de tais condições não pode estar em dúvida sobre o que seja o erro essencial. A teoria do erro, por isso, não é uma consequência a aduzir da teoria da culpabilidade: é a própria teoria da culpabilidade considerada do *ponto de vista “negativo”*”.

⁶ Consulte-se WEIZ, *Die Arten des Irrtums, in Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 286, pág. 20.

tica da que ele chama *legítima defesa subjetiva*; assim doutrinando, um tanto obscuramente: “O excesso... quando o “agente, por uma agressão putativa, pratica mais do que “era necessário à sua defesa, na convicção de que fazia o que “era preciso fazer, não tem um sentido jurídico, porque... “o excesso aí se confunde com a própria legítima-defesa”. Se a agressão é *putativa*, como pode a *pseudo-reação* confundir-se com a legítima defesa, posto que esta é inconcebível sem a realidade objetiva de uma efetiva agressão atual? Quando a *necessidade* da defesa é meramente *suposta*, a violência empregada contra o suposto agressor não é *legítima defesa* ou *excesso de legítima defesa*, mas coisa inteiramente diversa, isto é, *legítima defesa putativa*. Entende VERGARA que a legítima defesa “é e tem de ser, por força, um fenômeno subjetivo” e “não se pode falar em legítima defesa subjetiva, para “opô-la, com requisitos distintivos, próprios, à legítima defesa objetiva”. Ora, a *verdadeira* legítima defesa, por isso mesmo que é uma causa *objetiva* de exclusão de injuridicidade, só pode existir *objetivamente*, isto é, quando ocorrem, efetivamente, os seus pressupostos *objetivos*. Fora daí, em boa lógica, o que há é sempre *excesso de legítima defesa*, que poderá deixar de ser punido, se deriva de um erro escusável, e não porque se deva considerar não ultrapassado o limite próprio da legítima defesa. A chama *interpretação subjetiva* dos requisitos da legítima defesa é um critério *extralegal*, uma *trovata curialesca*, que não pode servir à construção jurídica do instituto da legítima defesa, na sua genuinidade.⁷ Nos casos em que alguém, por escusável erro de cálculo em face

⁷ Como irrefutavelmente sustenta POZZOLINI (*I casi di giustificazione come causa di esclusione di reato*), a formulação e sistematização técnicas dos denominados *casos de justificação* (melhor se diria *discriminantes*, ou *causas excludentes de injuridicidade*) não admitem a possibilidade de que nelas se compreendam aquelas situações de fato em que, ausentes os requisitos objetivos enumerados na lei, o agente, entretanto, procede na falsa representação deles. Os *casos de justificação* são inconciliáveis com a *interpreta-*

de uma agressão atual e injusta, *pratica mais do que era necessário à sua defesa*, costuma-se falar em *legítima defesa subjetiva*, reconhecendo-se que o fato não deixa de conter-se dentro da órbita legal da legítima defesa; mas, se esta solução é admissível de um ponto de vista prático (quer se reconheça ficticiamente a discriminante, quer se afirme a ausência de dolo e culpa, o resultado é o mesmo: absolvição do acusado), nem por isso deixa de ser antagônica com o rigorismo técnico, com a pura lógica jurídica. Como quer que seja, porém, ou se *equipare a legítima defesa subjetiva* à legítima defesa objetiva (autêntica legítima defesa), ou seja ela considerada, segundo postula VERGARA, como uma noção *inseparável* ou *consustanciada* com o próprio instituto da legítima defesa, o certo é que não pode prescindir da *verdade concreta* de

ção subjetiva. E prossegue o mesmo autor: "Parrebbe dunque a prima vista che questa formulazione e sistemazione presentasse una incolmabile lacuna, dappoichè non è a negare che vi sono delle situazioni di fatto nelle quali la giuridicità del motivo deve operare in via di eliminazione della sanzione penale non in via di semplice attenuazione attraverso l'istituto dell'eccesso. Difficilissimo è in pratica stabilire la differenza fra la soggettività della giustificazione e l'eccesso: ma giustizia vuole che in taluni casi si debba riconoscere come pur non esistendo le condizioni oggettive della giustificazione l'agente che operò per un motivo giuridico che trova la sua origine in una situazione di giustificazione che egli mentalmente si è rappresentata, debba andare esente da pena. Quale sarà pertanto la soluzione giuridica di questa posizione di fatto? Pare a me che questa soluzione si debba trovare nitidamente attraverso all'istituto dell'errore di fatto. La rappresentazione mentale di una situazione di giustificazione non corrispondente alla realtà oggettiva, in quanto determina l'agente ad operare, è un caso di errore di fatto e deve essere trattata con i criteri giuridici dell'errore di fatto. Se questa rappresentazione mentale determinatasi nell'agente è il frutto di un errore invincibile, per cui chiunque in quelle condizioni avrebbe avuto la identica rappresentazioni mentale: se cioè chiunque al posto dell'agente, secondo la mentalità ed in genere secondo la costituzione psichica della media degli uomini, avrebbe ragionevolmente avuto la rappresentazione mentale di una situazioni di fatto di giustificazione, l'azione è compiuta in condizione di errore di fatto e come tale non imputabile".

uma antecedente agressão e, conseqüentemente, não pode abranger o caso da legítima defesa putativa, em que a agressão não passa de uma pura ilusão do agente. A legítima defesa putativa não pode ser, de modo algum, considerada uma *species* de legítima defesa.

LEMONS SOBRINHO,⁸ do mesmo modo, não distinguia entre legítima defesa putativa (isto é, “o caso de estar o indivíduo “inicialmente enganado acerca da realidade da agressão, “agindo na suposição de um perigo inexistente, ou por “outra, não ter objetividade o que subjetivamente se afigurou ao suposto agredido”) e o excesso não culposo de defesa. Este seria o *genus* e aquela uma *species*. O equívoco é flagrante. O *excessus defensionis* pressupõe, necessariamente, uma agressão atual e injusta, ou, seja, uma situação inicial de legítima defesa. Na legítima defesa putativa, ao revés, não preexiste, como realidade, uma violência contra a qual se tenha a faculdade legal de reagir. O chamado *excesso de legítima defesa*⁹ não é mais do que uma *defesa* que, origina-

⁸ *Da legítima defesa*, pág. 152.

⁹ JORGE SEVERIANO (*Justificativas penais*, pág. 216) acoima de *dislate* o emprego da expressão *excesso de legítima defesa*. No entanto, BIANCHEDI, um dos mais claros e perspicazes autores que já trataram do assunto, sentencia (ob. cit., pág. 165): “*resta sempre fondamentale quel concetto che non si può da alcuno impugnare, essere, cioè l'“excesso” una legítima difesa eccessiva*”. Nem podia ser de outro modo. A locução *excesso de defesa*, mais frequentemente empregada, é simples abreviação desta outra: *excesso no ato de legítima defesa*. O *excesso de defesa* importa necessariamente a existência de um prévio estado de legítima defesa, isto é, uma situação de necessidade de conjurar uma agressão atual e injusta. Se falha inicialmente esta condição da legítima defesa, ou o indivíduo age maliciosamente, a *pretexto* de legítima defesa, e o fato é *ab initio* um crime doloso, ou procede na errônea suposição de estar sendo agredido, e dá-se, então, a *legítima defesa putativa* (que nada tem a ver com o *excesso de legítima defesa*). O *cochilo* de JORGE SEVERIANO (a cuja agudeza intelectual prestamos a mais sincera homenagem) vem de que ele perdeu de vista o seguinte: o *excesso de legítima defesa*, sob o ponto de vista jurídico-penal, está circun-

riamente *legítima*, ultrapassa, a seguir, a medida de sua *necessidade*. Na legítima defesa putativa, não há *defesa contra um ataque precedente* senão na fantasia do agente. No excesso de legítima defesa, há um efetivo *agressor* em face de um *agredido*, ao passo que na legítima defesa putativa o *suposto* agredido é o único agressor. No excesso, reconhece-se que era necessária uma *defesa*, embora não a defesa realmente exercida; na legítima defesa putativa, a desnecessidade de qualquer defesa se apresenta *ab initio*. Não se pode dizer que se *defende* quem não foi, de modo algum, agredido, e, muito menos, que *excede os limites da legítima defesa* aquele que, investindo *moinhos de vento*, não tinha violência alguma a repulsar. O excesso de legítima defesa pode ser doloso; a legítima defesa putativa exclui conceitualmente a idéia de dolo, embora doloso possa ser, por sua vez, o seu *excesso*, isto é, a exorbitância da pretensa *reação* contra a imaginária agressão. É certo que, quando resultante de um erro do agente, o excesso de legítima defesa confunde-se, no seu tratamento, com a legítima defesa putativa, isto é, em ambos os casos, o agente não é punível, quer a título de dolo, quer a título de culpa, se o erro é escusável; mas isso não autoriza a identificação das duas noções. A consideração mesma de ser perfeitamente concebível o *excesso* na legítima defesa putativa deixa evidente que se não pode admitir a paridade ontológica entre esta e o excesso de legítima defesa, pois teríamos de incidir no absurdo de reconhecer a possibilidade de um *excesso de excesso*.

crita ao modo de reação de quem se encontra em legítima defesa. É ainda o que elucida BIANCHEDI (ob. cit., pág. 161): “Quando si parla di eccesso, vuoi si aver presente che esso non consiste nel fine, ma nei mezzi, cioè a dire che sta nella sproporzione tra il mezzo usato a proteggere la nostra incolumità e quello che era sufficiente, in quelle contingenze, a tutelarla”. Fala-se em *excesso de legítima defesa* do mesmo modo que se fala em *excesso de poder*, *abuso de direito*, etc.

Em torno da legítima defesa putativa podem ser formuladas, em resumo, as seguintes regras: a) se o agente, em consequência de um erro escusável, supõe achar-se em face de uma agressão atual e injusta, ficará isento de qualquer responsabilidade, posto que se tenha contido dentro dos limites da reação que seria necessária contra a imaginária agressão; b) se o agente é induzido à mesma suposição por êrro inescusável, será responsável a título de culpa *stricto sensu* pelo evento lesivo (homicídio, lesões corporais); c) se o agente excede, conscientemente, a *medida* da defesa que seria necessária contra a imaginária agressão, responderá pelo *plus* a título de dolo; d) se tal excesso é inconsciente, mas resultante de erro inescusável, responderá o agente pelo *plus* a título de culpa; e) se o excesso é inconsciente e resultante de erro escusável, nenhuma é a responsabilidade do agente.

Praticamente, tanto vale equiparar ficticiamente a legítima defesa putativa à legítima defesa autêntica, quanto considerá-la, ontologicamente, causa excludente de culpabilidade, pois o resultado será, em qualquer caso, a absolvição do acusado. A afirmativa, porém, é feita exclusivamente do ponto de vista prático da justiça *penal*. Sob outro prisma, a aludida equiparação importaria graves iniquidades. Se não, vejamos. O Código Civil pátrio, tratando da reparação do dano no caso de *homicídio* ou *lesões corporais*, dispõe (art. 1.540) que ela não é excluída ainda quando se trate de *crime justificável*, salvo se este tiver sido “perpetrado pelo ofensor em repulsa da *agressão do ofendido*”. Ora, se se identifica a legítima defesa putativa à genuína legítima defesa, a *agressão imaginária* é juridicamente equiparada à *agressão efetiva*, e o direito à indenização não poderá ser pleiteado pela vítima ou seus parentes.

Ainda há mais: a lei n.º 387, de 27 de janeiro de 1937, ao atribuir uma pensão à “família do funcionário público que falecer em consequência de agressão, no exercício e desempenho do seu cargo”, dispõe que tal pensão será paga “depois “do julgamento final do autor do crime e somente quando

“ não for o mesmo absolvido pelo reconhecimento da justificativa da legítima defesa”. Assim, se o funcionário é vitimado por quem erradamente se julgou por ele agredido, e se se reconhece, na hipótese, a *justificativa da legítima defesa*, ao invés de uma causa excludente de culpabilidade, nenhum será o direito da família do desventurado funcionário.

O erro que importa a imunidade penal da ação praticada em legítima defesa putativa é tão-somente, repita-se, 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* 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 de que, com a sua conduta violenta, não se acha em estado de legítima defesa. E ainda mesmo que o agente proceda na *dúvida* sobre a identidade entre a sua ação e a ação autorizada *in abstracto* pela lei, já não há falar-se em legítima defesa putativa: apresenta-se, também em tal caso um crime doloso, pois que, como diz DE MARSICO, “*chi arrischia vuole*” (dolo eventual). 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 fal-

tou ou não nas circunstâncias dadas, a *possibilidade* de consciência de injuridicidade da ação: no primeiro caso, não há crime doloso ou culposo, mas o *casus*, uma *infelicitas facti*, um evento indiferente ao direito penal; no segundo, resta um crime culposo. 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, a possibilidade de conhecimento da injuridicidade 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*, o tipo comum de sensibilidade psico-ética, o *bonus paterfamilias* do direito romano, o *homo medius* de QUETELET. É o *homos 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: ¹⁰ “*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*” ¹¹ Convenha-se que o erro, em qualquer

¹⁰ Ob. cit., vol. II, pág. 302, nota 2.

¹¹ Segundo reporta WHARTON (ob. cit., vol. I, pág. 786), é este o ponto de vista também dominante na legislação e jurisprudência penais dos Estados Unidos: o medo escusativo, na *supposed self-defense*, “*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 his own safety will not justify a homicide*”

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 de suas sanções os indivíduos *assustadiços*, *pusilânimes* ou *nervosos*, facilmente propensos a tomar *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 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 da afinidade entre delinqüência e anormalidade psíquica, dizia MAGRI 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*”.¹² A réplica de BIANCHEDI, porém, é cerrada: “*...non solo è vero che il delitto colposo dipende 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 sonnechiante; 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?*” 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

¹² *Una nova teoria generale della criminalità.*

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,¹³ a *personalidade do agente, seu grau de habitual perspicácia e resistência psíquica*, ou, como pondera VERGARA,¹⁴ “deve o juiz estudar os 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 *überbelegt Mann* (homem criterioso) de que falava BINDING, ao tratar do *excessus defensionis*.¹⁵ 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,¹⁶ é “*tout ce qui révèle une adresse ou une prudence inferieure à la moyenne, à la diligence du bon*

¹³ Ob. cit., vol. II, pág. 303.

¹⁴ Ob. cit., pág. 151.

¹⁵ *Handbuch des Strafrechts*, vol. I, pág. 751: deve-se considerar a defesa como necessária “*als der Angegriffene bei Schätzung Gefahr den überlegten Mann nicht verleugnet hat*”.

¹⁶ *La responsabilité*.

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. À parte os *imbecis* da atenção ou os verdadeiros *enfermos das faculdades associativas* (desacreditado o critério de generalização de MAGRI e ANGLIONI), a reclamarem o *manicômio* ou a *casa de tratamento*, antes que a prisão comum, deve ser punido todo o 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,¹⁷ “*ha riserva di energie volitive dentro di sè, di cui se defrauda e si dispoglia o che lascia inoperose ed inerti, per aver ignorato o disconosciuto il valore etico-social 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 ressal com a sua incontestável eficácia estimulante. Em síntese: para que, na legítima defesa putativa, seja excluída *qualquer* culpabilidade, é necessário que, *reconstituídas* todas as cir-

¹⁷ Ob. cit., págs. 124-125.

cunstâncias objetivas, antecedentes ou concomitantes da ação,¹⁸ 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 hipóteses, figuradas ou reportadas, respectivamente, por CARZARA, LÖFFLER, STEPHEN, BIANCHEDI e JERSCHEKE:

a) Certo indivíduo, vendo-se encaçado 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, bate-o com um tiro. Constata-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 penetrar pela janela. Ao crepúsculo matutino, toma-o por um ladrão e, servindo-se de uma pistola que tem à mesa de cabeceira, desfecha-lhe cer-

¹⁸ 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 *match de foot-ball*), as relações anteriores entre o acusado e o suposto agressor, a índole deste (se impetuosa ou moderada, se perversa ou não), conhecida daquele. etc.

teiro 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 Daudet...), penetrando numa floresta da Sicília, com o espírito saturado de histórias sobre um imaginário *brigantaggio* siciliano, divisa dois guardas campestres armados, que pacificamente 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 afigurava-se com a evidência mesma da realidade.

Também nos casos *sub c* e *d*, não se pode, sem excesso de rigor, impugnar a *razoabilidade* do erro como motivo de exculpação, tendo-se em vista que o estado emocional conseqüente 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.¹⁹ Os casos restantes, 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 leggera 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 ragion veduta, prima di recarle nocumento, e vieta di cedere così alla lesta a una prima impressione, dicono che quell'uomo, sano e

¹⁹ Tratando de caso análogo ao figurado sub d, WHARTON (*The Law of Homicide*, n.º 229) faz o seguinte comentário: "If belief of danger and necessity to kill is imputable to negligence, it does not justify killing in self-defense, however honest it may be. In Lonett's Case, for instance, which is the crucial case in this branch of the law, we find a man who, suddenly aroused from sleep, under information wholly false, kills another whom he supposes to be a burglar, acquitted on the ground that in the circumstances he acted under an innocent error of fact. But Foster tells us that possibly it (the case in question) might have been ruled manslaughter (homicídio culposo), when, at common law, due circumspection not having been used. Judge Bronzon, in commenting on this passage, says: He (Foster) calls it nothing more than a case of manslaughter, when, if a man may not act upon appearances, it was a plain case of murder. In other words, when a man kills another in an honest error of fact, murder is out of question. The only issue is: was this error negligent or non negligent? If negligent the killing is manslaughter. If non negligent, excusable homicide".

maturato di mente, è un essere pericoloso alla vita dei cittadini e alla sicurezza dell'ordine giuridico".

Um dos casos de legítima defesa putativa mais freqüente 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.²⁰ O tratamento do caso varia naturalmente com as circunstâncias. Principalmente, tem-se de indagar do caráter da vítima e do conhecimento 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. Cumpre ainda perquirir dos pródromos do fato: natureza da dissensão, atitudes anteriores da vítima para com o acusado, ameaças acaso proferidas por aquela contra este, 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 con-

²⁰ 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, seria o reconhecimento da *ausência de dolo*, ou de *culpabilidade*. O que se tem a verificar é se foi *razoável* a suposição do agente, de achar-se na iminência de uma agressão injusta, e isto basta para excluir qualquer culpabilidade penal.

junto, examinadas segundo *id quod plerumque accidit*, não evidenciarem a razoabilidade ou *normalidade* da sua crença no *periculum praesens*, o acusado não poderá eximir-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*.

DA RESPONSABILIDADE PENAL *

SUMÁRIO: *Responsabilidade e imputabilidade — Método biopsicológico — Doença mental — Desenvolvimento mental incompleto ou retardado — Responsabilidade diminuída — Causa de redução facultativa da pena — Embriaguez accidental ou fortuita — Critérios psicológicos da responsabilidade — Perícias e quesitos.*

A responsabilidade perante o novo estatuto penal brasileiro é um tema que já foi miúda e proficientemente versado por juristas e médicos. Como um dos colaboradores do projeto do novo Código, resultante da revisão do Projeto ALCÂNTARA MACHADO, o que me proponho, principalmente nesta conferência, é elucidar alguns pontos que foram objeto de crítica ou têm suscitado dúvidas de interpretação. Embora desprestigiada, hoje em dia, a chamada *interpretação autêntica* ou a pesquisa exegética do *pensamento gerador* da lei, venho prestar depoimento pessoal sobre a letra e o conteúdo do art. 22, e seu parágrafo único, do Código de 40, pois fui co-partícipe de sua formulação. *Rem scio, ut si gesta*, e nada tenho que encobrir ou disfarçar.

Responsabilidade e imputabilidade

Afeiçoando-se a uma generalização técnica legislativa, o novo Código não dá uma definição positiva da *responsabilidade*, limitando-se a declarar os casos em que esta se considera excluída. Por dedução *a contrário* do texto legal, veri-

* Conferência realizada na Sociedade Brasileira de Criminologia, em 29 de setembro de 1942.

fica-se que a responsabilidade pressupõe no agente, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entender o caráter criminoso do fato e a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Pode-se, então, definir a responsabilidade como a existência dos pressupostos psíquicos pelos quais alguém é chamado a responder penalmente pelo crime que praticou. Segundo um critério tradicional, que o Código rejeitou, haveria que distinguir entre *responsabilidade* e *imputabilidade*, significando esta a capacidade de direito penal ou abstrata condição psíquica da punibilidade, enquanto aquela designaria a obrigação de responder penalmente *in concreto* ou de sofrer a pena por um fato determinado, pressuposta a imputabilidade. A distinção é bizantina e inútil. Responsabilidade e imputabilidade são conceitos que de tal modo se entrosam, que são equivalentes, podendo, com idêntico sentido, ser consideradas *in abstracto* ou *in concreto*, *a priori* ou *a posteriori*. Na terminologia jurídica, ambos os vocábulos podem ser indiferentemente empregados para exprimir tanto a capacidade penal *in genere* quanto a obrigação de responder penalmente pelo fato concreto. Argumenta-se, em favor da distinção, que, em certos casos, embora existente o estado de imputabilidade, falha o vínculo da responsabilidade. É o que aconteceria, ao que se diz, na hipótese das *discriminantes*, na do crime praticado em obediência a ordem de superior hierárquico e na de certos crimes patrimoniais entre cônjuges ou parentes próximos. Ora, a primeira hipótese não é de *ausência de responsabilidade*, mas de *inexistência do crime*; e as outras, em que a isenção de pena é declarada por motivos meramente políticos, nada têm a ver igualmente com a questão psico-ético-jurídico da obrigação de sofrer a pena por um determinado crime.

Capacidade de direito penal e obrigação de responder penalmente formam uma unidade incindível, a que se deve dar, de preferência, o nome de *responsabilidade*, ao invés de *imputabilidade*, que ingressou no vocabulário jurídico-penal com um sentido diverso do que tem na linguagem comum.

Lexicamente, *imputabilidade* refere-se mais à *ação* (ou omissão) do que ao *agente*. Imputabilidade é a “qualidade do que é “imputável”, e *imputável* quer dizer “que pode ser imputado”, “que pode ser atribuído a alguém ou levado à sua conta”. Para quem se fia em dicionários, o dizer-se imputável uma pessoa é tão impróprio ou ininteligível quanto dizê-la *atribuível*. E o direito, notadamente o direito penal, deve abster-se de palavras com acepção discrepante da que lhe empresta a linguagem comum.

Em face do novo Código, a responsabilidade só deixa de existir quando *inteiramente* suprimidas no agente, ao tempo da ação ou omissão, a capacidade de entendimento ético-jurídico ou a capacidade de adequada determinação da vontade. Tal supressão, porém, está indeclinavelmente condicionada a certas *causas biológicas*: “doença mental”, “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” e “embriaguez” (posto que *fortuita e completa*). Foi assim adotado o método chamado *misto* ou *biopsicológico*, devendo notar-se, entretanto, que o Código faz uma exceção a essa regra quando trata dos *menores de 18 anos*, pois nesta hipótese a causa biológica (*imaturidade*) basta, por si só, irrestritamente, sem qualquer indagação de ordem psicológica, para excluir a responsabilidade penal.

O método biopsicológico exige a averiguação da efetiva existência de um nexos de causalidade entre o anômalo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado, contemporâneo à conduta, tenha privado completamente o agente de qualquer das mencionadas capacidades psicológicas (quer a *intelectiva*, quer a *volitiva*).

Fica, dessarte, criado um iniludível obstáculo a que, na órbita da justiça penal, se adote, abusivamente, um conceito elástico da irresponsabilidade. É reconhecido, em consonância, aliás, com a lição psiquiátrica, que não há uma relação necessária e constante entre o *pathos* mental do agente e a sua conduta criminosa.

Não basta diagnosticar, por exemplo, que o agente é portador de psicose maniáco-depressiva, de epilepsia, e paranoia ou de debilidade mental, pois há maníacos-depressivos, epiléticos, paranóicos ou débeis mentais que não são desprovidos dos pressupostos psíquicos da responsabilidade: depende isto do período ou grau de evolução da doença ou deficiência mental, da estrutura psíquica do indivíduo e da natureza do crime. Devem-se ter em vista, igualmente, os prolongados "intervalos lúcidos" ou "períodos livres", próprios de certas doenças mentais, a cujo respeito é incensurável a opinião de GUÁLTER LUTZ, a quem se deve o estudo que com mais compreensão e acerto se fez, até hoje, das fórmulas do Código sobre a responsabilidade. Em qualquer dos casos acima citados, a *culpabilidade* pode ser menor, e autorizará uma atenuação de pena (parág. único do art. 22), mas a responsabilidade não deixa de existir.

Método biopsicológico

Acolhendo o método biopsicológico, o Código brasileiro inspirou-se, mas sem imitação servil, no art. 10 do atual Código suíço, artigo este resultante de uma emenda apresentada por PHILIPP THORMANN, quando da revisão do Projeto helvético de 1908, e de que foi antecedente o § 3.º do Projeto austriaco de 1912. O texto da fórmula austriaca é o seguinte: "Não é punível aquele que, no momento do fato, por motivo de perturbação ou deficiência mental, ou alteração da consciência, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de agir em conformidade com esse entendimento" (*"Wer zur Zeit der Tat wegen Geistesstörung, Geisstesschwäche oder Bewusstseinsstörung, nicht die Fähigkeit besitzt, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäss zu handeln, ist nicht strafbar"*).

A fórmula suíça é menos ampla: "Não é punível aquêle que, por motivo de *doença mental*, de *idiotia* ou de *grave alteração da consciência*, não possuía ao tempo do fato, a

“ faculdade de apreciar o caráter ilícito de sua conduta ou “ de se determinar de acordo com essa apreciação”.

Ainda mais restrita é a fórmula brasileira: evita esta a locução “grave alteração da consciência”, a que, na prática, poderia ser dada a mesma elasticidade que ao “estado de completa perturbação de sentidos e de inteligência”, do famigerado § 4º do art. 27 do Código anterior...

Consoante o Código de 40, a *causa biológica* que exclui *sub conditione* a responsabilidade é o estado mental *mórbido* ou *deficiente* (*doença mental* ou *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*). O fundo patológico da anormalidade psíquica ou o *deficit* mental é uma preliminar indeclinável.

A mais pronunciada decadência do senso moral ou o mais acentuado relaxamento da auto-inibição na esfera dos instintos, se não se ligam a qualquer das causas biológicas que a lei entendeu de mencionar expressa e taxativamente, serão irrelevantes quanto à responsabilidade, e se não se apresentam como *constitucionais* ou inerentes a uma *personalidade psicopática*, longe de autorizarem a especial atenuação de pena a que se refere o parág. único do art. 22, devem mesmo ser fundamento a um maior rigor de punição.

O reconhecimento da *causa biológica* é tarefa do perito psiquiátrico, que deve, igualmente, dizer da influência dela na capacidade de discernimento ou poder de vontade do agente, ao tempo do fato criminoso; mas, por injunção mesma do método biopsicológico, não é retirada ao juiz criminal a faculdade de *livre convencimento* que a lei processual penal lhe assegura em matéria de provas. Não é o juiz, segundo a expressão de J. E. COLL, um “convidado de pedra”. Não assina de cruz o laudo pericial. A ele caberá sempre a *última palavra* na decisão dos casos ocorrentes, assumindo pessoalmente a responsabilidade da aplicação ou não-aplicação da pena. É indispensável o exame psiquiátrico, toda vez que se suspeite da insanidade mental do acusado (arts. 149 e 151 do Cód. do Proc. Penal); mas a conclusão positiva do laudo

pericial não se substitui à sentença judicial. Não está o juiz inexoravelmente adstrito a essa conclusão, máxime no tocante à inexistência das condições psicológicas da responsabilidade. A interferência do juiz, com a sua prerrogativa de livre convencimento, em face do laudo e demais elementos de informação, apresenta-se como um entrave ou corretivo ao que um ilustre psiquiatra (FOERSTER, *Schuld und Sühne*) chamava o *perigo funcional* (*Berufsfahr*) dos alienistas sempre inclinados, em virtude da própria especialização, a obrigar o *patológico* em qualquer reação mais forte ou aguda do psiquismo ou a exagerar a influênciã do *morbis* realmente existente.

De modo genérico, pode dizer-se que o Código brasileiro adotou como tipo da responsabilidade penal o *homo medius*, o homem relativamente normal, mentalmente são e mentalmente desenvolvido (segundo a fórmula de VON LISZT) ou capaz de determinação normal por motivos normais (segundo o conceito de ASCHAFFENBURG). É o tipo comum do homem em sociedade. Não se trata de um tipo ideal, de um modelo abstrato, de um ideal teleológico; mas de um padrão aferido segundo a média estatística ou segundo a experiência relativa ao *quod plerumque accidit*. É a personalidade chamada *normal*, a cujo respeito assim se refere JOSÉ ALVES GARCIA, no seu recente *Compêndio de Psiquiatria*: "...é aquela que funciona, por assim dizer, silenciosamente e harmonicamente com a norma ou média do grupo social em que atua. "Este critério prático, social, que toma como normal um padrão, apesar do pouco rigor lógico, ainda é preferível ao "critério abstrato e filosófico de norma ideal".

Em conclusão: só deixa de ser penalmente responsável aquele que, em razão de mórbida influência mental ou desfalque psíquico, não tinha, ao tempo do crime, a normal possibilidade de entendimento ou autodeterminação; ou, por outras palavras: aquele que, ao tempo do fato, por mórbida alteração psíquica ou deficitário desenvolvimento mental, não

podia ajustar-se à média de conduta no meio social em que vive.

Doença mental

Entre as causas patológicas que podem condicionar a irresponsabilidade, figura em primeiro lugar, no texto do art. 22 do Código, a *doença mental*. Esta expressão tem sido criticada. Não colheu aprovação geral no seio da nobre classe médica. FLAMÍNIO FÁVERO (*Medicina Legal*, ed. 1942, página 822), LEONÍDIO RIBEIRO e MURILO DE CAMPOS (*O novo Código Penal e a Medicina Legal*, pág. 353) entendem que se devia ter dito “alienação mental”. PACHECO E SILVA (*O problema da responsabilidade penal em face da psiquiatria, in Revista Forense*, fasc. junho-julho, 1942) opina igualmente que seria mais adequada a locução “alienação mental”, conquanto declare incompreensível a razão por que o legislador brasileiro não se utilizou do termo *psicopatia*, que por si só abrangeria as doenças mentais e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Ora, o título “alienação mental”, ainda que tivesse um sentido incontroverso em psiquiatria, prestar-se-ia, na prática judiciária, notadamente no tribunal dos juízes de fato, a deturpações e malentendidos. Entre gente que não cultiva a ciência psiquiátrica, *alienação mental* pode ser entendida de modo amplíssimo, isto é, como todo estado de quem está *fora de si*, alheio a si, ou de quem deixa de ser igual a si mesmo, seja ou não por causa patológica. Mesmo em psiquiatria, porém, não representa uma noção tranqüila. Segundo a definição de NERIO ROJAS, invocado por FÁVERO, a alienação mental é conceitualmente patológica. Já LEONÍDIO RIBEIRO e MURILO DE CAMPOS, entretanto, afirmam que ela é “capaz de “abranger todos os estados mentais, *mórbidos* ou não, que se “acompanham, ao tempo da ação, da incapacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de “acordo com esse entendimento”. Não padece dúvida que, se

a tivesse adotado, o nosso legislador penal de 40 teria sido tão imprudente quanto o de 90, com a sua distensível fórmula de “completa perturbação de sentidos e de inteligência”.

Quanto ao termo *psicopatia*, inculcado por PACHECO E SILVA, além de um tanto *erudito* e, portanto, impróprio para o texto da lei penal, está longe de aceção pacífica no movimento campo da psiquiatria. Tanto é empregado em sentido lato, significando *doença mental* e compreendendo também as formas de oligofrenia, como em sentido estrito, designando certas anormalidades psíquicas que não chegam a ser *doenças*. Para descrédito da opinião do insigne psiquiatra paulista, basta citar uma observação de GRUHLE (*in Handwörterbuch der Kriminologie*, de ELSTER-LINGEMANN, pág. 554), que, depois de acentuar que “a psiquiatria é uma ciência irrequite-
“ta (*lebendige*), cujo vocabulário muda de sentido em prazos
“relativamente breves”, declara: “Na época atual, está exten-
“samente difundido, na linguagem científico-psiquiátrica,
“que *doença mental* é o mesmo que *psicose* propriamente
“dita, isto é, um processo mórbido inserto no cérebro como
“qualquer coisa de novo; enquanto *psicopatia* designa uma
“anomalia estavelmente discordante da média, as mais das
“vézes constitucionalmente condicionada”. Passível de severa crítica seria, sim, o Código, se tivesse preferido êsse dúbio vocábulo.

A preferência pela expressão *doença mental* veio de que esta, nos tempos mais recentes, já superado em parte o critério de classificação a que aludia GRUHLE, *abrange todas* as psicoses, quer as *orgânicas* e *tóxicas*, quer as *funcionais* (*funcionais* propriamente ditas e *sintomáticas*), isto é, não só as resultantes de processo patológico instalado no mecanismo cerebral precedentemente são (paralisia geral progressiva, sífilis cerebral, demência senil, arteriosclerose cerebral, psicose traumática, etc.) e as causadas por venenos *ab externo* (alcoollismo, morfínismo, cocainismo, saturnismo, etc.) ou *toxinas metabólicas* (consecutivas a transtornos do metabolismo pro-

duzido por infecções agudas, enfermidades gerais, etc.), como também as que representam perturbações mentais ligadas ao psiquismo normal por transições graduais ou que assentam, como diz BUMKE, muito verossimilmente, sobre anomalias, não tanto da estrutura quanto da função do tecido nervoso ou desvios puramente quantitativos, que nada mais traduzem que variedades da disposição física normal, a que correspondem funcionalmente desvios da conduta psíquica normal (esquizofrenia, loucura circular ou psicose maníaco-repressiva, epilepsia, certas formas de histeria, paranóia). A latitude da expressão *doença mental*, na interpretação do art. 22 do Código, tem por si o apoio da psiquiatria moderna, e é tanto mais aceitável quanto o método biopsicológico é preservativo contra uma exagerada admissão da irresponsabilidade. Assim, não há disparate algum em que sejam colocadas sob tal rubrica as perturbações da atividade mental que se ligam a certos estados somáticos ou fisiológicos mórbidos de caráter transitório, como o *delírio febril* e o *sonambulismo*. Já escrevemos alhures: "... é inegável o fundo mórbido de perturbações mentais ligadas a desequilíbrios somáticos ou produzidos fora do psiquismo. Contestá-lo valeria por desmentir a própria unidade biológica. O "delírio febril" (a *frenitis* de HIPÓCRATES) é uma transitória doença mental".

E outra classificação não pode ter o "sonambulismo" espontâneo delirante, a que só estão sujeitos, segundo a lição científica, "os histéricos, os neurastênicos, os nevropatas e os epiléticos".

A doença mental pode ser dada a mesma extensiva definição proposta por BECA SORO, no 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, de Santiago do Chile, relativamente à *psicose*: "alteração patológica, mais ou menos prolongada, das funções psíquicas, a qual impede a adaptação do indivíduo às normas do meio ambiente, com perigo ou prejuízo para si próprio e para a sociedade".

Desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Em segundo lugar, o art. 22 fala em *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*. Sob este título se agrupam não só os deficitários congênitos do desenvolvimento psíquico ou *oligofrênicos* (idiotas, imbecis, débeis mentais), como os que o são por carência de certos sentidos (surdos-mudos) e até mesmo os *silvícolas* inadaptados. O conceito de *mente* como adverte o Ministro CAMPOS na *Exposição de motivos*, é suficientemente amplo para abranger até o “senso moral” (ensina TIRELLI que “mente é o complexo funcional, quantitativa e qualitativamente harmônico, dos diversos elementos do arco diastáltico psíquico”), e, assim, não há dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo silvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável.

Alguns tratadistas de psiquiatria entendem que, na fórmula da irresponsabilidade, desde que se fale em doença mental, não há necessidade de particular menção à oligofrenia, que não é mais do que uma subespécie daquela; mas entendem outros que pode haver *deficit* mental sem psicose, não passando de uma simples *minusvalia* em cotejo com a psique normal; de modo que a distinção deve ser feita. Este conselho foi aceito pelo legislador brasileiro. LEONÍDIO RIBEIRO e MURILO DE CAMPOS opinam que a frase “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” é palavrosa ou redundante, isto é, usa inutilmente de duas expressões com idêntica significação psiquiátrica. Não é precisamente assim. *Desenvolvimento mental incompleto* é o que ainda não se concluiu (infantes, adolescentes), enquanto *desenvolvimento mental retardado* é o que não pôde chegar à maturidade psíquica (oligofrênicos, surdos-mudos). Entre outros autores que fazem a distinção pode ser citado ASCHAFFENBURG. Dir-se-á que, tendo sido declarado, em dispositivo especial, irrestritamente

irresponsáveis os menores de 18 anos, se tornava desnecessária a referência ao “desenvolvimento mental incompleto”, mas, explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor, falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio.

Responsabilidade diminuída

Em face do parág. único do art. 22, a responsabilidade subsiste quando a *causa biológica* não é de molde a suprimir totalmente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno; mas, em tal caso, é autorizada a redução da pena, de um a dois terços.

O parágrafo repete a locução “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, contida no *caput* do artigo, mas substitui expressão “doença mental” por outra mais compreensiva: “perturbação da saúde mental”. Já foi observado, no entanto, que as duas últimas rubricas significam uma e a mesma coisa (LEONÍDIO RIBEIRO-MURILO DE CAMPOS, *ob. cit.*, pág. 355). Não procede a crítica. Se toda doença mental é uma perturbação da saúde mental, a recíproca não é verdadeira: nem toda perturbação da saúde mental constitui uma nítida ou característica doença mental. O parág. único do art. 22 tinha de cuidar não só do caso em que a doença mental apenas reduz a *libertas intellectus* ou a *libertas propositi*, como do caso em que tal redução provém de outras causas, que, embora afetando a higidez psíquica, não têm direito ao nome de *doença*. Vinha a calhar, portanto, o rótulo genérico “perturbação da saúde mental”. O parágrafo em questão define a atitude do Código em face da que se costuma chamar “responsabilidade diminuída”. Teoricamente, como justamente acentua WILMANN (Die sog. *verminderte Zurechnungsfähigkeit*, 1927, pág. 17), tal expressão é insustentável. Responsabilidade e irresponsabilidade são antônimos, como vida

e morte. Não é imaginável um meio termo entre uma e outra. *Non datur tertium sive medium inter duo contradictoria*. A responsabilidade não tem graus. O que é suscetível de gradação é a *culpabilidade*, como medida da gravidade do crime e da pena. E deve-se, então, dizer que o que se chama impropriamente “responsabilidade diminuída” não é senão responsabilidade com menor culpabilidade ou com pena atenuada. Tão difundida, porém, é a expressão “responsabilidade diminuída” que, feita a ressalva acima, não há maior inconveniente em que se continue a usá-la.

Os estados mentais que condicionam a responsabilidade diminuída constituem, de modo geral, a zona limítrofe entre a doença mental ou a oligofrenia e a normalidade psíquica. Compreendem-se no seu elenco os casos benignos ou fugidios de certas doenças mentais, as formas menos graves de debilidade mental, os estados incipientes, estacionários ou residuais de certas psicoses, os estados interparoxísticos dos epiléticos e histéricos, certos “intervalos lúcidos” e “períodos de remissão”, certos estados psíquicos decorrentes de especiais estados fisiológicos (gravidez, climatério), etc., e sobretudo o vasto grupo das chamadas *personalidades psicopáticas* (portadores de psicopatias em sentido estrito). Formam estas a escala de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais. Seus portadores são uma mistura de caracteres normais e caracteres patológicos. São os *inferiorizados* ou *degenerados* psíquicos. Não se trata propriamente de doentes (ou de doentes em sentido estrito), mas de indivíduos cuja constituição é, *ab initio*, formada de modo diverso da que corresponde ao *homo medius*. São personalidades desviadas do tipo normal, no sentido da inferiorização, ou, como diz BECA SOTO, “*que se apartan permanentemente del promedio considerado como normal, hasta el punto de dificultar la adaptación al ambiente y el logro de las normales aspiraciones de la vida del sujeto, con perjuicio para el mismo y para la sociedad*”. J. ALVES GARCIA (ob. cit., pág. 408) assim se refere aos psicopatas: “Como a perturbação dominante ora está nas

“estruturas fundamentais (constituição e temperamento),
“ora nos móveis do caráter, desde cedo notam-se no futuro
“psicopatas as desarmonias, discórdias, o embotamento ético,
“a indisciplinalidade escolar e doméstica, — são as crianças
“turbulentas, rixosas, querelantes e reclamadoras, vagabun-
“das, fujonas; já adolescentes resistem às idéias e costumes
“da família e de seu grupo social, tendem a socializar-se em
“nível inferior, elegem ocupações inoportáveis com a sua
“categoria, mostram precocidade sexual e, enfim, descam-
“bam para a delinqüência infantil e juvenil... Já e sempre
“um certo número de psicopatas procura escapar a uma si-
“tuação difícil, refugando-se no alcoolismo, no jogo, no cri-
“me, ao invés de tentar resolver seus problemas pelas vias
“normais e pragmáticas, ou recorre a um episódio nevrótico”.
Conforme assinala BUMKE (*Trattato di Psichiatria*, trad. ita-
liana de CARLOS FERRIO, I, pág. 3), “os psicopatas são os anéis
“de conjunção entre a sintomatologia das doenças funcionais
“da mente e as manifestações da vida psíquica normal. Uma
“oitava a menos, e seriam *doentes*; uma oitava a mais, e se-
“riam *normais*. Com os seus desvios na esfera do entendi-
“mento, da emotividade, dos instintos e da volição, represen-
“tam um *minus* de valor sob o ponto de vista bio-social, e
“do seio deles provém uma assídua clientela do crime”. WIL-
MANNS (ob. cit., pág. 74) chega mesmo a afirmar que “em um
“Estado com vida econômica organizada e florescente, quase
“somente soçobra aquele que é de qualquer modo um infe-
“riorizado psíquico” (“*In einem Staate mit geordnetem und
bluhendem Wirtschaftsleben fast nur der seelisch irgendwie
Minderwertige scheitert*”). E WILMANNS invoca a opinião de
VON HESSERTS e VANDERVELDF. Afirma o primeiro, um tanto
paradoxalmente, que o Cód. Penal é essencialmente destinado
aos inferiorizados psíquicos, pois só raramente podem outros
incidir sob suas sanções; e o segundo assim se pronuncia,
no seu livro *Les anormaux et la défense sociale*: “*Peut-être,
sans doute, le temps viendra-t-il où il apparaîtra qu'à excep-
tion de quelques occasionales, tous les délinquants sont, en*

quelque mesure, des anormaux". É evidente o exagero da generalização, mas cumpre reconhecer que grande percentagem dos conscritos do crime vem da numerosa grei dos psicopatas.

No que interessa mais particularmente ao ponto de vista criminal VON ROHDEN (*Einführung in die kriminalbiologisch Methodenlehre*, 1933, pág. 150) classifica os psicopatas em quatro grupos: psicopatas do instinto, psicopatas do temperamento, psicopatas do caráter e psicopatas complexos. No primeiro grupo, inclui os sexuais e os impulsivos; no segundo, os ciclóides, os esquizóides, os epiléptóides e os explosivos; no terceiro, os fantásticos, os pseudólogos e os instáveis; no quarto, os histéricos, os rixentos, os fanáticos, os querelantes, os paranóides e os anormais.

Segundo mais ou menos a classificação de SCHNEIDER, o nosso J. ALVES GARCIA fala em psicopatas *hipertímicos, inadaptáveis, inseguros, ostentativos, explosivos, fanáticos, amorais, astênicos, sexuais* e de *múltipla reatividade*, descrevendo-os sucintamente e fixando critérios para sua identificação e julgamento no foro criminal. Não cabe nos limites desta conferência uma explanação mais detalhada a esse respeito, mas não tenho dúvida em recomendar aos juizes e advogados o excelente compêndio de J. ALVES GARCIA, que representa, na sua singeleza e precisão, como que um *filio de Ariadne* a guiar-nos pelo intrincado campo da psiquiatria.

Causa de redução facultativa da pena

A responsabilidade penal do psicopata, embora com pena atenuada, não é apenas uma lição da psiquiatria moderna, mas uma necessidade de defesa social. Se ele, como diz SCHÄFFER, não é incapaz de satisfazer as exigências da ordem jurídica, e deixa de empregar, na medida do possível, uma resistência mais forte à inclinação para o crime, não é admissível que fique à margem da reação punitiva. Aplica-se-lhe o brocado: *tu potes; logo, debes*. Não está anulada a sua

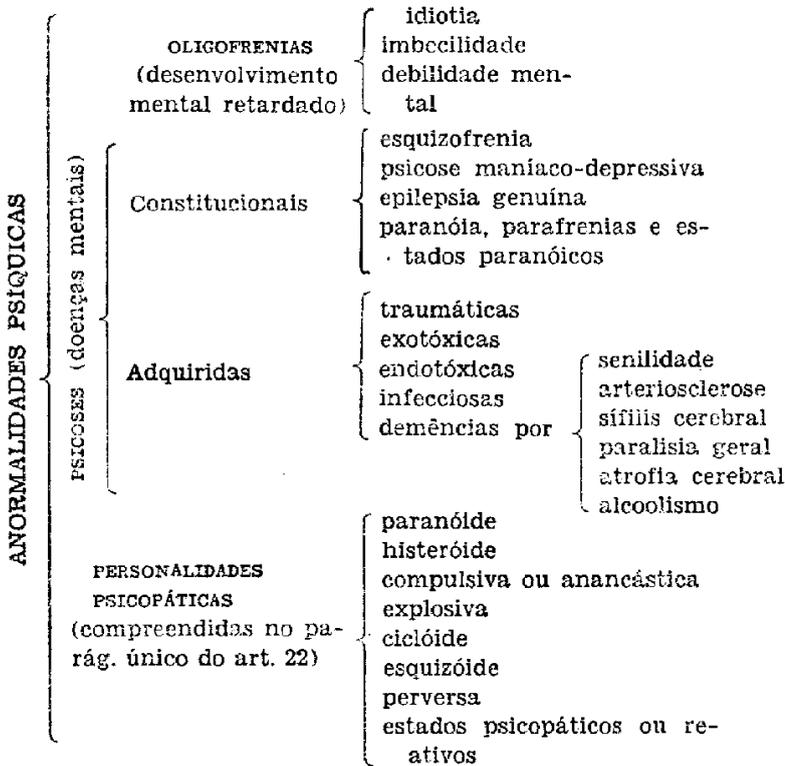
capacidade de discernimento ou de autogoverno. É disciplinável, educável, capaz de adaptação à ordem jurídica. A sua *minusvalia* psíquica poderá justificar a atenuação da pena, quando venha a delinquir; mas não a exclusão de sua responsabilidade. E pelo seu notável grau de periculosidade, não basta a imposição de pena: depois do cumprimento desta, deve ser submetido a um regime especial de tratamento e reeducação.

Foi este o critério adotado pelo novo Cód. Penal brasileiro. A princípio, a Comissão Revisora do Projeto ALCANTARA MACHADO entendera, pelo voto da maioria, de transladar para o setor das atenuantes genéricas e circunstância de “ter o agente diminuída, no momento do crime, a capacidade de entender a criminalidade do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento”, e fora, em parágrafo, acrescentada a seguinte cláusula: “... verificando-se que a diminuição da capacidade de entendimento é resultante de anomalia psíquica do agente, poderá o juiz substituir a pena por medida de segurança detentiva”. Fizera, assim, a Comissão uma notável transigência com os criminosos psicopatas. Veio, porém, com “embargos infringentes” o pranteado COSTA E SILVA, mestre de nós todos, conselheiro esclarecido, experimentado Nestor, cuja marcante influência, nos trabalhos da revisão há de ser por mim detidamente apreciada em outra oportunidade. Impugnou ele, formalmente, o critério transaccional. Em carta que me escreveu, assim se exprimia: “Estranhei que a Comissão Revisora houvesse rebaixado a chamada imputabilidade restrita à categoria de simples circunstância atenuante. Vi nisso o dedo do positivista ROBERTO LIRA. É conhecidíssima a ojeriza dos sectários dessa escola contra a numerosa classe dos semi-responsáveis”. Não era fundada a suspeita. Com perfeito senso das realidades práticas, não foi ROBERTO LIRA, no seio da Comissão, um obstinado na defesa dos seus pontos de vista doutrinários. A fórmula que assentáramos amoldava-se ao conceito de WILMANNNS, já acima citado, segundo o qual a responsa-

bilidade ou imputabilidade restrita não é outra coisa que responsabilidade ou imputabilidade com pena atenuada ou culpabilidade diminuída. E pouca diferença havia entre o levá-la para as atenuantes genéricas e o considerá-la uma causa especial de atenuação da pena tal como acabou figurando no Código. Mas COSTA E SILVA não se deixou convencer e voltou à carga, em longa e magistral dissertação-crítica enviada à Comissão: “É antiquado o ponto de vista em que a revisão “se colocou. A semi-imputabilidade (semi-responsabilidade) “ não pode ser conceituada como simples circunstância atenuante. A prova nos fornece o próprio parágrafo que estabelece um regime especial para os delinquentes dessa categoria (*os geitige Minderwertigen* dos alemães). Andou bem o autor do projeto, completando o dispositivo concernente aos absolutamente inimputáveis (irresponsáveis) com outro a respeito dos relativamente tais (semi-responsáveis). “ É o sistema do Código italiano (art. 69), do polaco (art. 18, “ § 1.º), do suíço (art. 11) e dos mais afamados projetos... “ Não posso concordar com a faculdade outorgada ao juiz de “ substituir a pena pela medida de segurança. Uma ou outra vez poderá essa substituição justificar-se. Na grande “ maioria dos casos, não. Receio os abusos”. Esta última advertência calou profundamente no espírito dos membros da Comissão, que não podiam deixar de reconhecer o quanto de verdade encerrava, notadamente tendo-se em vista a *lógica de sentimento* e outras causas espúrias que costumam inspirar a benignidade do tribunal de jurados. Deu-se, então, a contramarcha, prevalecendo o critério de considerar-se a inferiorização psíquica no título concernente à “responsabilidade”, como causa de *facultativa* diminuição especial da pena, e presumida *juris et de jure* a periculosidade do agente, para o fim de lhe ser imposta, cumulativamente, a adequada medida de segurança (internação em casa de custódia e tratamento ou, nos casos leves, a liberdade vigiada).

No Congresso Latino-Americano de Criminologia, de Santiago do Chile, a que já nos referimos, BECA SOTO, em notável

estudo sobre a nomenclatura e classificação das anormalidades psíquicas que podem excluir a responsabilidade ou atenuar a culpabilidade, apresentou um quadro sedutoramente singelo, que eu aqui reproduzo (apenas, com adição de algumas notas entre parênteses, para ajustá-lo ao texto do nosso Código), recomendando-o ao uso dos que militam no fóro criminal:



Embriguez accidental ou fortuita

Por último, entre as causas biológicas que podem excluir a responsabilidade ou condicionar a responsabilidade atenuada, apresenta-se a embriiguez accidental ou fortuita (§§ 1.º e 2.º do art. 24). Na sua *Exposição de motivos*, o Ministro CAMPOS explica:

“Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou “ substância de efeitos análogos), do ponto de vista da res-
“ ponsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua pleni-
“ tude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem re-*
“ *lata*, que, modernamente, não se limita ao estado de incons-
“ ciência *preordenado*, mas a todos os casos em que o agente
“ se deixou arrastar ao estado de inconsciência.

“Quando *voluntária* ou culposa, a embriaguez ainda que
“ *plena*, não isenta de responsabilidade (art. 24, n.º II): o
“ agente responderá pelo crime. Se foi *preordenada*, respon-
“ derá o agente, a título de dolo, com pena agravada (art. 24,
“ n.º II, combinado com o art. 44, n.º II, letra c). Somente a
“ embriaguez *plena* e *acidental* (devida a caso fortuito ou
“ força maior) autoriza a isenção de pena, e, ainda assim, se
“ o agente, no momento do crime, em razão dela, estava in-
“ teiramente privado da capacidade de entendimento ou de
“ livre determinação. A propósito, não é de esquecer a opinião
“ de BATTAGLINI (*Diritto Penale*, pág. 125), que se contém
“ algum exagero, não deixa de ser útil advertência: “... o
“ ébrio, com inteligência suprimida e vontade inexistente, é
“ uma criação da fantasia: ninguém jamais o viu no banco
“ dos réus”. Se a embriaguez, embora fortuita, não é de
“ molde a subverter totalmente a consciência e vontade, o
“ juiz pode reduzir a pena (§ 2.º do art. 24), tal como no caso
“ dos anormais psíquicos”. É a sucinta e precisa fixação de
como foi resolvido pelo Código a *voxata quaestio* da embria-
guez sob o ponto de vista penal.

BASILEU GARCIA (*Causalidade material e psíquica, in Re-*
vista Forense, fasc. 469), não obstante apoiar a solução do Có-
digo, “porque, na verdade, o estado de embriaguez volun-
“ tária ou culposa que permita verificar-se um crime, no co-
“ mum dos casos com que defrontamos nos pretórios, jamais
“ é de tal abolição das faculdades volitivas, sensoriais ou in-
“ telectivas do agente, que realmente se deva falar em total
“ irresponsabilidade”, faz o seguinte comentário em relação
à embriaguez voluntária ou culposa: “Não me parece que

“ aqui se deve fazer realmente uma aplicação da teoria das
“ *actiones liberae in causa*, como sustenta a *Exposição de*
“ *motivos*. Quer na embriaguez simplesmente voluntária,
“ quer na embriaguez culposa, o agente não tem em vista co-
“ meter um crime, o que se dá em hipótese muito diferente,
“ que é a da embriaguez dolosa, preordenada. O agente quer
“ tão-somente beber ou querer talvez embriagar-se, mas não
“ quer delinquir. Entretanto, vem a cometer um crime. Diz o
“ Código — “é responsável”, e diz a *Exposição de motivos* — “é
“ responsável em virtude da aplicação que fazemos das
“ *actiones liberae in causa*, porque a ação criminosa foi livre
“ na sua causa. Respondo que não foi livre na sua causa a
“ ação criminosa. Não se nota aí um nexó de causalidade
“ subjetiva entre a ação daquele que quer, quando muito,
“ embriagar-se e o resultado final: o crime que vem a
“ cometer”.

O distinto penalista de São Paulo não quer aderir à
extensiva conceituação moderna da *actio libera in causa*, tão
bem fixada, em escoreita monografia, por NARCÉLIO DE
QUEIRÓS. MASSARI (*Il momento esecutivo del reato*, pág. 205),
criticando o rigorismo da antiga doutrina, sustenta, com in-
teiro acerto, que esta “deve ser substituída por uma concep-
“ ção mais ampla, e que para realizar a figura do crime *in*
“ *concreto*, será bastante um só elemento, isto é, um ato vo-
“ luntário a que se possa referir o evento, embora este, de
“ modo direto ou indireto, derive de um processo causal não
“ mais dominado pela vontade consciente e livre do agente”.
VANNINI vai mais longe que MASSARI, pois, ao contrário
deste, não distingue entre o caso em que o processo total da
execução resulte de um estado de inconsciência e aquele em
que só uma parte desse processo se desenvolve independente-
mente da vontade do agente, ou mesmo contra ela. Na Ale-
manha, TIMM (segundo reporta NARCÉLIO) cuidou de demons-
trar “a sem-razão dos que procuram estabelecer distinções
“ entre os estados de inimputabilidade produzidos dolosamente
“ e os que resultam apenas de culpa, para só considerarem

“ como *actiones liberae in causa* as cometidas naqueles estados”, pois evidente é “a improcedência de tal distinção, que só poderá ter interesse exclusivamente na classificação do delito e aplicação da pena, mas que é inteiramente inútil para a caracterização teórica da *actio libera in causa*”.

Quando da elaboração do atual Cód. Penal italiano, em que se inspirou o nosso *in subjecta materia*, a *Relazione ministeriale sul progetto* (I, pág. 143) dizia: “O projeto regula a imputabilidade das pessoas em estado de embriaguez, aplicando o princípio das *actiones liberae in causa*, excetuada apenas, expressamente, a eventualidade da embriaguez acidental, isto é, derivada de força maior ou caso fortuíto. Qualquer outra causa geradora da embriaguez (voluntária, culposa, preordenada) não pode autorizar a exclusão ou diminuição da imputabilidade”. ALOISI, delegado ministerial, assim se pronunciou no seio da Comissão Parlamentar: “Aquele que é imputável, isto é, pessoa capaz de direito penal, deve responder pelo crime cometido em estado de embriaguez não acidental, porque livremente se colocou em condição de delinqüir”. E foi assim a amplitude de conceito da *actio libera in causa* consagrada num dos mais perfeitos Códigos Penais contemporâneos, não se compreendendo que ainda se invoque a velha doutrina, como se fora uma proibição *tabu*. Não é de identificar-se, na espécie, um caso de *responsabilidade objetiva*, mas de responsabilidade por ampliação (ditada por motivos de índole social) do próprio critério *voluntarístico*. E quero invocar, aqui, a opinião de um insigne professor de medicina legal, RINALDO PELLEGRINI:

“O ébrio, que cometeu crime, é punível porque era livre na sua atuação relativamente ao fato inicial, isto é, ao primeiro anel da cadeia que constituiu, a seguir, o nexo de causalidade entre a embriaguez e o crime; a sucessiva atividade criminoso do agente, ainda que alheada ao controle deste, foi, portanto, provocada por uma ação *voluntária* (o abuso inconsidrado do álcool), que resultou na embriaguez e a qual pode ser referido o evento”.

Várias são as hipóteses formuláveis a respeito do indivíduo que comete crime em estado de embriaguez: a) embriagou-se voluntariamente, com o fim preconcebido de cometer o crime; b) embriagou-se voluntariamente, sem o fim de cometer o crime, mas prevendo que em tal estado podia vir a cometê-lo e assumindo o risco de tal resultado; c) embriagou-se voluntária ou imprudentemente, sem prever mas devendo prever, ou prevendo, mas esperando que não ocorresse a eventualidade de vir a cometer o crime; d) embriagou-se por força maior ou caso fortuito.

Na hipóteses *sub a, b e c*, é inegável que, maior ou menor, existe um nexo de causalidade psíquica entre o ato de embriagar-se e o evento, entre o intencional, voluntário ou culposo estado de inconsciência ou desgoverno e o crime. Em todas três, o agente se colocou, livremente, em estado de delinquir, sabendo ou devendo saber que a embriaguez facilmente conduz à frouxidão dos freios inibitórios e à conseqüente prática de atos contrários à ordem jurídica. Somente na quarta hipótese deixa de haver uma *actio libera in causa*.

Ainda sem razão, BASILEU GARCIA entende que o Código não resolveu a hipótese da embriaguez *patológica* não-acidental. Ora, evidentemente, a embriaguez a que se refere o art. 24, n.º II, é a chamada *simples*, a que não se complica com anormalidade psíquica de que seja acaso portador o agente. Se este é, por sua condição mesma, um irresponsável ou um semi-responsável (deixe-se passar o termo), cuja morbidez ou anomalia mental é *acicatada* pelo álcool, ficará isento de pena ou sofrerá pena atenuada, na conformidade de *caput* e parágrafo do art. 22.

Sobre intensidade da embriaguez fortuita, é preciso que não se faça dela um problema complexo ou a ser resolvido com a miúda precisão de balança de farmácia. Sobretudo, deve ter-se em vista que o juiz, em grandê numero de casos, não poderá instruir-se com a ajuda de um laudo médico-legal, e terá de contentar-se com a informação de testemunhas. A embriaguez *completa* (plena) e a *incompleta* (semi-plena), a

que se referem os §§ 1.º e 2.º do art. 24, correspondem, respectivamente, aos clássicos *segundo* e *primeiro períodos*, devendo notar-se que a embriaguez no *terceiro período* ou *período letárgico*, obviamente qualificada como *completa*, somente pode ser causa de crimes de omissão ou comissivos por omissão.

PELLEGRINI (*Trattato di Medicina Legale*, II, pág. 995) faz a respeito do *segundo período* da embriaguez a seguinte descrição, que o torna reconhecível pelos próprios leigos: “. . . ob-
servam-se acentuadas alterações vaso-motoras, especialmente no rosto, geralmente de tipo congestivo (rubor intenso),
mais raramente de tipo constritivo (palidez); o ritmo respiratório se acelera; os movimentos se fazem incertos, desordenados, vacilantes; o indivíduo prorrompe em gritos
ou ruge surdamente, ou fala de modo incoerente; os poderes inibitórios estão em grande parte anulados”. Para que outras minúcias de técnica médico-legal, que, aliás, não têm um valor matematicamente certo? Em face dos indícios acima, deve ser reconhecida a embriaguez *completa*; enquanto a *incompleta* se identificará por exclusão, isto é, quando, à parte o coma do terceiro período, não se apresentarem os ditos indícios espetaculares.

Critérios psicológicos da responsabilidade

Passemos, agora, à análise dos *critérios psicológicos* da responsabilidade, isto é, a “capacidade de entender o caráter criminoso do fato” e a “capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento”. O primeiro é chamado o “momento intelectual” da responsabilidade. É a possibilidade de compreender que o fato é reprovado pela moral jurídica. Não se trata, aqui, da efetiva *consciência da injuricidade*, que é um elemento do dolo (mais grave forma da *culpabilidade*); mas da capacidade de discernimento ético-jurídico, no momento da ação ou omissão. Tal capacidade deve ser entendida no sentido da possível consciência ético-jurídica geral ou comum. Como o *direito* é um *minus* em relação à *moral*,

pode dizer-se que a capacidade de entendimento ético faz presumir a possibilidade de consciência jurídica. Em outros termos: a possibilidade de consciência do dever ético é presunção da possibilidade de consciência do dever jurídico. *In eo quod plus est semper inest et minus*. Eis a lição de von HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, II, pág. 294): “Para o direito “somente importa o que é juridicamente proibido; mas quem “pode compreender a reprovação ética está, igualmente, as “mais das vezes, em condições de inferir a possível existência da proibição jurídica” (*“Für das Recht kommt es dabei auf das rechtliche Verbotensein an. Wer aber das sitlich Verwerfliche einzusehen vermag, ist damit meist auch in der Lage, auf das rechtliche möglicherweise bestehende Verbot zu schliessen”*).

Basta, assim, a capacidade de perceber que o fato seja possivelmente criminoso, — o que é diferente do efetivo conhecimento do caráter criminoso do fato ou mesmo da possibilidade de *positivo conhecimento* de que o fato seja crime.

O segundo critério psicológico da responsabilidade é o que diz com a *vontade* (*momento volitivo* da responsabilidade): capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. É a capacidade do *homo medius* no sentido de uma suficiente força de vontade para resistir ao impulso para a ação e agir em conformidade com a consciência ético-jurídica geral. É a capacidade de resistência ao impulso criminoso. Não se trata de autodeterminação no sentido filosófico, mas no sentido empírico ou da vida habitual. Pode ser razoável ou adequado o entendimento do agente sobre a significação do seu ato, mas um defeito de vontade (resultante de estado psíquico mórbido ou deficitário) impede-o de dirigir sua conduta como devia corresponder a esse entendimento (THORMANN e OVERBECK, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, fasc. I, pág. 70). É, em última análise, a capacidade de ajustar a ação aos motivos, a faculdade de agir normalmente, de conformar a conduta a motivos razoáveis.

Sabe-se que há certas anormalidades psíquicas, bem definidas como entidades nosológicas, que podem interessar só uma ou outra das citadas condições da responsabilidade; mas esta é excluída pela ausência de qualquer delas.

Perícias e quesitos

Nos casos de argüida ou suspeitada irresponsabilidade do agente, é missão do perito-médico, como já dissemos, informar, não só acerca da causa patológica possivelmente existente, como também sobre as conseqüências de ordem psicológica, daí decorrentes, referidas ao momento do fato. Nos casos de irreduzível dúvida, deve prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*; se o perito está indeciso quanto à *plenitude* da faculdade intelectual ou volitiva do agente, deve orientar suas respostas no sentido da responsabilidade com pena atenuada (parág. único do art. 22); se a dúvida é sobre a radical ausência de qualquer dessas faculdades, deve decidir por tal hipótese, ao invés de adotar uma solução transacional, que tal seria a de afirmar a condição da responsabilidade com pena atenuada. Semelhante transação seria de manifesta incurialidade.

Em qualquer caso, porém, não será abstraída a regra geral do art. 157 do Cód. de Proc. Penal, de que é corolário o art. 182. Dispõe o primeiro: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova"; e acrescenta o segundo: "O juiz não ficará adstrito ao laudo (de qualquer perícia), podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte".

Não deve ser esquecida a advertência de BUMKE: "O magistrado não está escravizado a nenhum testemunho e muito menos ao laudo pericial... É natural que um perito se sinta ofendido, se o seu laudo não é tomado em consideração; mas cumpre dizer que isso quase nunca acontece ao verdadeiro perito que sabe adaptar suas conclusões ao ponto de vista dos profanos que vão julgar".

Ao perito não é de formular-se pergunta sobre se o acusado é ou não *responsável* (com ou sem pena atenuada), pois sua função *limita-se* a verificar a existência ou ausência da *causa biológica* e, no primeiro caso, a influência dela sob o ponto de vista psicológico.

Devem ser sempre contempladas, em quesitos separados, a hipótese da irresponsabilidade e da responsabilidade com pena atenuada, e ao formular quesitos, deve o juiz seguir, com a possível fidelidade, a linguagem da lei, abstendo-se de outra casuística além da prevista no texto legal, de modo que somente neste encontre limite o pronunciamento específico do perito.

O meu querido amigo e ilustre professor HEITOR CARRILHO, por mim consultado, forneceu-me preciosas observações técnicas sobre os quesitos relativos ao art. 22 e seu parág. único. Vou transcrevê-las na íntegra, embora saiba que esteja soldando ouro de 24 quilates ao embaçado latão desta minha pobre conferência:

“O art. 22 do Cód. Penal e seu parág. único comportam, a meu ver, quatro quesitos relacionados com a perícia psiquiátrica.

“O primeiro quesito deverá indagar sobre a presença no acusado, ao tempo da ação ou da omissão, de sintomas de *doença mental* (funcional, orgânica, constitucional ou tóxica-infecciosa) que lhe tenha suprimido inteiramente a capacidade de entender o caráter criminoso da reação anti-social realizada ou que lhe tenha anulado a capacidade de autodeterminação. Nesta fórmula se acham contidas todas as psicoses, funcionais ou dinâmicas, orgânicas ou destrutivas, tais como as esquizo e ciclofrenias, as decorrentes de auto ou hetero-intoxicações, as epiléticas e sifilíticas, as ligadas a infecções e, ainda, todos os estados demenciais correspondentes a processos orgânicos (arteriosclerose cerebral, demência senil, paralisia geral, etc.).

“O segundo quesito indagará apenas se o acusado apresenta *desenvolvimento mental incompleto ou retardado*, em grau suficiente para anular a capacidade de entendimento e de autodeterminação, às quais se refere o quesito anterior. Aí se acham incluídas as oligofrenias em grau profundo (idiotia e imbecilidade) e, mesmo, a debilidade mental acentuada.

“O terceiro quesito considerará a questão da *perturbação da saúde mental*. Embora esta expressão possa permitir confusão com a de *doença mental*, dado o conceito amplo de *saúde mental perturbada*, penso que, dentro do espírito da lei penal, sobretudo quatro hipóteses clínicas podem ocorrer, permitindo a limitação da capacidade de entendimento e de autodeterminação. 1.^a Achar-se a saúde mental do acusado atingida, ao tempo da ação ou da omissão, por *distúrbios leves*, ligados a fases iniciais ou preliminares de psicose. Aí se enquadram as esquizofrenias latentes ou as fases iniciais dessa psicose, as manifestações prodrômicas da psicose maníaco-depressiva, as fases pré-clínicas da neuro-sifilis, etc. 2.^a Apresentar o acusado *perturbações residuais*, integrantes de remissões francas de certas psicoses funcionais, notadamente a esquizofrenia e a psicose maníaco-depressiva ou as que caracterizam as chamadas *curas com defeito e as curas sociais*, sobretudo verificadas nos portadores de psicoses endógenas e nos paralíticos gerais malarizados. 3.^a Manifestar o acusado *distúrbios iniciais* ou seqüelas psíquicas das endo e hetero-toxicoses. 4.^a Apresentar ele os desvios expressivos de *personalidades psicopáticas*, notadamente os que caracterizem os psicopatas hipertímicos, depressivos, inseguros, fanáticos, ostentadores, inconstantes, explosivos, insensíveis, abúlicos e astênicos, da classificação de KURT SCHNEIDER, diretor do Instituto de Investigações Psiquiátricas de Munique.

“O quarto quesito indagará sobre se o desenvolvimento mental do acusado deixou de atingir o nível normal e se

“essa parada de evolução é de grau a permitir a atenuação da capacidade de entendimento e de autodeterminação. Uma única hipótese comporta esta indagação: é a da debilidade mental em grau leve. Parece-me que os quesitos devem ser redigidos em termos gerais, aproximados dos próprios dispositivos legais, contidos no art. 22 e seu parágrafo. Destarte, ficaria o perito com a liberdade de examinar todas as hipóteses clínicas e as exceções que, acaso, ocorrerem, dentro da complexidade da patologia mental”.

É uma síntese perfeita do quanto se pode dizer sobre o assunto.

O emprego da expressão “perturbação da saúde mental”, a que faz reparo o insigne psiquiatra, já foi por mim explicado acima: compreende não só os casos por ele nitidamente fixados, como a própria *doença mental*, desde que não totalmente supressiva da capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

Se me fosse dado opinar sobre o número dos quesitos, eu os reduziria a dois apenas, que corresponderiam, respectivamente, ao *caput* e ao parágrafo do art. 22. Nenhum prejuízo poderá advir daí para a resposta do perito, bastando que este indique, dentre as hipóteses eventuais, alternativamente, qual a que realmente ocorre. Os dois quesitos, segundo penso, devem ser assim formulados:

1.º O acusado F., ao tempo da ação (ou da omissão), era por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2.º O acusado, ao tempo da ação (ou da omissão), não possuía, por motivo de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se com esse entendimento?

No caso de embriaguez, os quesitos devem corresponder às hipóteses dos §§ 1.º e 2.º do art. 24, formulando-se um terceiro sobre a *accidentalidade*, quando o reconhecimento do *caso fortuito* ou da *força maior* envolver indagação médica (como nos exemplos figurados por PELLEGRINI: do operário que trabalha em local com exalações etílicas; do indivíduo em lipotimia, a quem seja ministrada forte dose de álcool; da desproporção entre a embriaguez e a sua causa; da embriaguez por impulso patológico, etc.). Eis a fórmula que julgo acertada:

1.º O acusado F., ao tempo da ação (ou da omissão), era, por motivo de embriaguez completa, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

2.º O acusado, ao tempo da ação (ou da omissão), não possuía, por motivo de embriaguez, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

3.º (Quando necessária a consulta ao perito) — A embriaguez do acusado proveio de caso fortuito ou força maior?

É possível, senhores, que a alguns se afigure demasiadamente rigoroso o Código, ao resolver o problema da responsabilidade; mas a esses é de responder-se que, cada vez mais deve ser gravada na consciência geral, e efetivamente reallizada, a idéia de que ninguém, no seio da coletividade, tem *carta branca* para cometer crime. E desde que ao delinquento não era de todo impossível agir *socialmente*, deve atingi-lo a agulhada da pena, para que acerte o passo ao ritmo da ordem jurídica.

AINDA SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA .

(Carta a um magistrado)

Prezado Colega:

Meu ponto de vista na questão da medida da pena, V. já o conhece: quando haja agravantes ou atenuantes (arts. 44, 45 e 48 do Cód. Penal) ou causas especiais de aumento ou diminuição de pena, deve ser fixada uma pena-base, segundo os critérios diretivos do art. 42, e sobre ela versarão as majorações ou reduções, primeiramente as resultantes das agravantes ou atenuantes e, em seguida, as decorrentes das causas especiais de aumento ou diminuição.

Quero admitir, *ad argumentandum tantum*, com um recente acórdão do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que o art. 50 só se refere às causas especiais de aumento ou diminuição, não cuidando das atenuantes ou agravantes. Nem por isso, entretanto, teriam estas de ser apreciadas em globo com as circunstâncias judiciais ou critérios orientadores do art. 42. Não se agrava, nem se atenua senão um *quantum* certo de pena. Falar-se em agravação ou atenuação da pena cominada *in abstracto* só era possível no regime do Código de 90, com o seu sistema automático de graus. Atualmente, redundaria isso numa perplexidade. Como se pode agravar ou atenuar, por exemplo, uma pena de seis a 20 anos? Qual o ponto de partida para a agravação ou atenuação? A influência modificativa das agravantes ou atenuantes pressupõe, necessariamente, uma quantidade previamente determinada de pena, e para isto, ou seja, para a fixação de uma pena-base, é que nos socorre o art. 42. O que este contém

não são agravantes ou atenuantes “inominadas”, mas critérios diretivos no uso do arbítrio judicial. Nada tem a ver com as circunstâncias dos arts. 44, 45 e 48, senão para guiar o juiz na fixação do *quantum* da agravação ou atenuação de-las resultante.

Se, com a aplicação liminar do art. 42, a pena já subiu até o máximo legal (não existindo atenuantes) ou já desceu até o mínimo (não existindo agravantes) e se não se apresentam causas especiais de aumento ou diminuição, é claro que não há cuidar-se de pena-base, pois a pena, fixada segundo o dito artigo, é já a definitiva. Repita-se que as causas especiais de aumento ou diminuição podem levar a pena além do máximo ou trazê-la aquém do mínimo, e por isso mesmo devem ser consideradas por último, isto é, depois das agravantes ou atenuantes, que não podem modificar a pena fora dos limites extremos em que é cominada.

O meu critério de interpretação vem de ser prestigiado por um notável artigo de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, publicado no último volume de *Direito* (de maio-junho), cuja leitura recomendo a V.

Embora discordante, num ou noutro detalhe, da minha conferência em Recife, a que V. se refere, as suas conclusões, nos pontos principais, coincidem com as minhas.

Está V. curioso de saber qual tem sido a orientação do Tribunal do Rio. Nota-se que os seus julgados estão ainda vacilantes e desajustados. O Desembargador EDGAR COSTA, que encabeça uma das correntes, não admite a pena-base, fora do art. 50, interpretado restritivamente, e em palestra comigo, nesta época de resfriados, achou mesmo de trocadilhar, dizendo que nós, os seus opositores, estamos atacados de “basite”...

Entretanto, os desembargadores JOSÉ DUARTE e OLIVEIRA SOBRINHO defendem convincentemente a distinção entre as circunstâncias judiciais (art. 42) e as legais (arts. 44, 45 e 48) e a necessidade, para a consideração destas, de fixação prévia de uma pena fundamental.

Tenho para mim que a questão só terá solução pacífica ou uniforme quando pronunciar-se o Supremo Tribunal. Estou aguardando que apareça, para que a Suprema Corte o resolva, algum pedido de *habeas corpus* de réu condenado segundo o sistema que impugno. Suponha-se o caso de um réu a cujo favor militava uma atenuante, que foi apreciada de envolta com as circunstâncias judiciais ou critérios diretivos do art. 42. Como se demonstrará que a pena foi atenuada, segundo a imperativa disposição do art. 48? Como se explicará que a pena aplicada não é a mesma que teria sido imposta se não existisse a atenuante? O Tribunal da condenação achar-se-ia em invencível dificuldade para prestar informações ao Supremo, a não ser que declarasse que a pena sem a atenuante seria a de X, e não a aplicada, e com isto reconhecendo, implicitamente, a necessidade de fixação, pelo menos *in mente*, de uma pena básica, antes da apreciação da atenuante...

É possível que, praticamente, ambos os sistemas conduzam ao mesmo resultado; mas o certo é que, aplicado o que eu defendo, não se confundem elementos heterogêneos (isto é, os critérios diretivos do art. 42 com as agravantes e atenuantes) e a sentença deixará patente, pelo seu próprio texto, que não deixou de atender à "obrigatoriedade" da agravação ou atenuação, nos termos dos arts. 44, 45 e 48.

O critério pelo qual propugno não apresenta complexidade alguma. Além disso, é o mais racional e o que melhor controla o arbítrio judicial, que não pode ser exercido sem rei nem roque.

Figure-se um caso de "incêndio" doloso de casa habitada, praticado, mediante paga, por um indivíduo menor de 21 anos, com maus antecedentes. Eis a fórmula (resumida) dos argumentos e conclusões da sentença a ser proferida: "Considerando que o réu é indivíduo de má conduta, quer na vida social, quer na vida familiar, revelando-se freqüentemente seu instinto de perversidade, que, alás, está fielmente traduzido no crime por que responde; considerando que o réu praticou

o crime mediante paga (agravante prevista no art. 45, n.º IV) considerando que o réu é menor de 21 anos, militando, assim, a seu favor a atenuante do art. 48, n.º I, 1.ª parte; considerando que a casa incendiada era habitada, — o que importa especial aumento de pena (art. 250, § 1.º, n.º II, letra *a*); considerando que a pena privativa de liberdade razoavelmente aplicável, no caso, de acordo com o art. 42 e, portanto, sem os citados modificativos, é a de cinco anos de reclusão, aproximada do máximo do art. 250; considerando que a atenuante da menoridade, por seu relevo, do ponto de vista bio-psíquico, prepondera sobre a agravante também reconhecida, de modo que o aludido *quantum* deve ser diminuído, — o que faço, reduzindo-o a quatro anos; considerando que este último *quantum*, entretanto, deve ser aumentado de um terço *ex vi* do § 1.º, n.º II, letra *a*, do art. 250; considerando que o réu é indivíduo perigoso, tendo em vista a sua vida pregressa e o próprio crime em questão, revelador de torpeza e perversidade: julgo procedente a denúncia, para condenar, como condeno, o réu F. a cinco anos e quatro meses de reclusão além da multa, que, atendendo à sua precária situação econômica, fixo em três contos de réis, ficando êle ainda sujeito, pela sua reconhecida periculosidade, a internação após o cumprimento da pena, na Colônia Agrícola “tal” ou Instituto de Reeducação “tal” (ou à liberdade vigiada, pelo prazo *tal*, de acôrdo com o art. 15 da Lei de Introdução), nos termos dos arts. 76 e 93, n.º II, letra *a* do Código Penal”.

O CRIME DE GENOCÍDIO *

SUMÁRIO: *Prática do extermínio — Fatos ocorridos durante a última guerra — Congressos e Convenções internacionais — Conceituação do crime — Processo e julgamento — O Tribunal de Nuremberg — Conclusões.*

Genocídio (do latim *genus*, raça, povo, nação, e *excidium*, destruição, ruína) é o nome com que, por sugestão do internacionalista LEMKIN, se convencionou designar a mais chocante feição que já assumiu a infinita maldade do homem contra o homem: o calculado e continuado extermínio em massa de seres humanos, por motivo de sua nacionalidade, raça, religião ou credo político. A prática desse hediondo malefício, de que foi useira e vezeira a Alemanha de Hitler, não é de hoje. O massacre de São Bartolomeu, na França, a dizimação dos Aztecas e Incas pelas hordas de Cortez e de Pizarro, a matança dos Peles Vermelhas pelos pioneiros americanos e a carnificina dos anabatistas são, sem dúvida, exemplos históricos de genocídio. Tais vandalismos, entretanto, praticados por ordem ou inspiração dos governantes, que se abrigavam sob o pálio das *razões de Estado* ou da conceitual impunidade deste (de acordo com o axioma jurídico de que *universitas delinquere non potest*), ou a pretexto de toleradas represálias de guerra (em que o único crime é a derrota), sempre ficaram isentos de qualquer punição. Só recentemente, nos últimos períodos bélicos e interbélicos, é que se vem cogitando de incluí-los no quadro dos crimes previstos pelo

* Conferência proferida no Centro Militar de Estudos de Juiz de Fora (M. G.), em 15 de agosto de 1950.

direito positivo. É que o genocídio passou a ser cometido com alarmante freqüência e requintes de impiedade. Foi nos ex-domínios da *fera de Berchtesgaden* que o genocídio, servindo de meio a uma fanática e desentranhada política racial-nacionalista, deixou um sulco de dramas e tragédias que até então a mente humana, mesmo sob a garra dos demônios incubos, dificilmente poderia conceber. O mito da superioridade racial dos nórdicos, a inclemente filosofia de NIETZSCHE e a megalômana geopolítica de HAUSHOFER foram o útero maldito do *Mein Kampf*, de ADOLF HITLER, que se fez alcorão do povo germânico, e engendraram o sonho delirante da *Gross Deutschland*, para cuja realização e augurada sobrevivência por um milênio todos os meios, ainda os mais anti-humanos, seriam justos e louváveis. As primeiras e preferidas vítimas dessa aventura de dementes e energúmenos foram os judeus, sucedendo-se os poloneses, os tchecos, os boêmios, as populações civis da Rússia, transitariamente ocupadas pelas tropas nazistas, somente contidas e batidas diante de Stalingrado. Os atos de genocídio, cuja execução era duramente dirigida por Himmler, o famigerado e sinistro chefe das S. S., diante do qual o próprio Hitler tremia, são uma seqüência de pesadelos de febre, de monstruosidades inauditas, de selvagerias que reabilitam a própria lei da selva. O mais brando dos processos genocidas consistia nos fuzilamentos sumários, diante das covas previamente escavadas pelas próprias vítimas. Eram os chamados *progroms*. Sobre um deles foi prestado, perante o Tribunal de Nuremberg, o testemunho de Herman Grabe, engenheiro alemão, que trabalhava na Ucrânia. É uma página terrífica e acabrunhante, que se diria arrancada a um livro de HOFFMANN ou de Poë. Leia-se lá em alguns de seus trechos:

“No dia 5 de outubro de 1942, quando fui a Dubno, o meu
“ajudante imediato informou-me que, nas cercanias, nume-
“rosos judeus haviam sido fuzilados dentro de três grandes
“fossos... Cerca de 1.500 pessoas eram sacrificadas diaria-
“mente. Todos os 5.000 judeus que viviam em Dubno antes
“do *progrom* iam ser liquidados... Fui de auto, na compa-

“nhia do meu ajudante, até o local indicado, onde se viam
“enormes montões de terra... Diante deles estacionavam
“vários caminhões, dos quais, sob a vigilância de um S. S.,
“os respectivos *chauffeurs*, soldados ucranianos, faziam des-
“cer as pessoas que haviam transportado da cidade até ali.
“Todas essas pessoas traziam sobre as vestes, à frente e nas
“costas, a insígnia amarela que as identificava como judeus.
“Eram homens, mulheres e crianças de todas as idades, que,
“para logo, à intimação de um S.S., de chicote em punho,
“passaram a despir-se. Tinham que depositar as vestes em
“lugares determinados, separando os calçados, as roupas de
“cima e a roupa branca. Vi um montão de 800 a 1.000 pares
“de sapatos e grandes pilhas de roupa branca e outras peças
“de vestuário. Sem gritos e sem lágrimas, essas pessoas se
“desnudaram, continuaram agrupadas por famílias, abraça-
“ram-se, disseram-se adeuses e esperaram o sinal de outro
“S. S., que, também de chicote à mão, estava junto ao fosso
“contíguo a um dos montes de terra. Durante o quarto de
“hora em que ali permaneci, não ouvi lamentos ou súplicas
“de piedade. Notei uma família de oito pessoas: o marido
“e a mulher aparentando uns 50 anos, quatro crianças de
“1 a 10 anos e duas moças de 20 a 29 anos. Uma velha de
“cabelos brancos trazia nos braços um pequerrucho de ano,
“fazendo-lhe cócegas e murmurando uma cantiga. O menino
“ria de contente. O casal olhava a cena com os olhos rasos
“d’água. O pai segurava um dos filhos pela mão e falava-
“-lhe com doçura, mostrando-lhe o céu, acariciando-lhe os
“cabelos e parecendo explicar-lhe alguma coisa. Em certo
“momento, o S.S. junto ao fosso gritou qualquer coisa ao
“seu camarada, e este contou cerca de 20 pessoas e ordenou-
“-lhes que seguissem para detrás do monte... Contornei o
“monte e achei-me diante do extenso fosso. Divisava-se lá
“dentro um compacto aglomerado de pessoas deitadas umas
“sobre as outras. O sangue gotejava-lhes da cabeça aos
“ombros. Algumas se moviam ainda, levantando os braços e

“voltando o rosto, como que a indicar que continuavam
“vivas. O fosso estava cheio além de seus dois terços.
“Calculei que já devia conter umas 1.000 pessoas. Pro-
“curei com a vista o homem que as matava. Era um S. S.
“sentado na borda do lado estreito do fosso a balançar as
“pernas. Tinha uma metralhadora sobre os joelhos e fumava
“um cigarro. Observei as novas vítimas descerem os degraus
“talhados na argila e caminharem, pisando sobre as cabeças
“das que já entulhavam o fosso, até o ponto em que o S. S.
“mandou que parassem. Deitaram-se por cima dos mortos e
“feridos. Algumas afagavam os moribundos e lhes falavam
“em voz baixa. Em seguida, ouvi uma série de tiros de fuzil.
“Olhei para dentro do fosso e vi corpos que se retorciam ou
“cabeças já imóveis sobre a anterior camada de cadáveres. . .
“O grupo seguinte logo se aproximou e, alinhado sobre as
“vítimas precedentes, foi igualmente fuzilado. Quando vol-
“tei para o outro lado, percebi que novo magote chegava nos
“caminhões. Desta vez, havia doentes e inválidos. Uma velha
“descarnada, com as pernas magríssimas, era amparada e
“despida pelas outras pessoas já despidas. Era parálitica e
“teve de ser carregada pelos companheiros, de caminho para
“o fosso. . . No dia seguinte, pela manhã, quando retornei ao
“local, vi cerca de 30 pessoas nuas e caídas por terra, a uma
“distância de 30 ou 50 metros do fosso. Algumas ainda esta-
“vam com vida. Olhavam para o alto, fixamente, e não pare-
“ciam sentir o frio da manhã, nem dar-se conta dos meus
“operários, que as rodeavam. Uma rapariga, de 20 anos pre-
“sumíveis, dirigiu-me a palavra, suplicando que eu lhe arran-
“jasse roupa e lhe favorecesse a fuga. Neste momento, ouvi-
“mos o ruído de um grande carro: era um destacamento de
“S. S. que chegava. Dirigi-me para o meu trabalho, e 10
“minutos depois ressoavam os disparos de fuzil nas proxi-
“midades do fosso.

“Os judeus que ainda estavam vivos foram obrigados a
“lançar os cadáveres no fosso e, a seguir, cada um deles
“teve de deitar-se para receber uma bala na nuca”.

O exercício habitual da crueldade tornava os algozes cada vez mais insensíveis. Mais discretas que os fuzilamentos, inventaram-se as *câmaras de gás*, onde as vítimas eram metidas de cambulhada, para respirarem a morte. Os mal-adestrados executores desse monstruoso processo de extermínio não sabiam, a princípio, regular o escapamento dos gases deletérios, e um médico oficial informava, em relatório, com resquícios de escrúpulos:

“Em geral, a aplicação dos gases não é feita segundo a regra. Atabalhoadamente, os encarregados da tarefa comprimem a fundo o acelerador, e o resultado é que as pessoas morrem por asfixia e não em estado de sono, como foi previsto. Verificou-se agora que, cumpridas as minhas instruções, isto é, manobrando-se corretamente as alavancas, os prisioneiros adormecem suavemente e a morte sobrevém com mais rapidez. Já não se encontram, como anteriormente, fisionomias convulsas, nem excreções”.

O incêndio dos *ghettos* fez-se rotina na execução do plano de eliminação total dos judeus. Dizia Himmler que matar judeus “não passava de um expurgo de piolhos”, e “destruir piolhos não é uma questão de ideologia, mas uma questão de limpeza”. O general Stroop, com voluptia sádica, assim se referia ao incêndio do *ghetto* de Varsóvia: “Deliberei destruir todo o quarteirão de residência dos judeus, fazendo deitar fogo a cada grupo de casas... Muitas vezes, os judeus permaneciam nos edifícios em chamas até que não mais pudessem suportar o calor, e, receosos de ser queimados vivos, preferiam saltar dos andares superiores, depois de arremessarem ao leito da rua colchões e móveis... Com os membros quebrados, tentavam ainda rastejar até as casas indenes do fogo...” e Hitler pôde dizer: “Na Polônia, o estado de coisas ficou inteiramente definido. Como os judeus não quisessem trabalhar, foram mortos. Se não podessem trabalhar, deviam morrer. Tinham de ser tratados como bacilos de tuberculose. Nada tem isto de cruel, pois é sabido que mesmo as criaturas mansas da natureza, como

“as corças e os gamos, devem ser mortos para que não possam fazer estragos”.

Eram onímodas as atrocidades. Os prisioneiros civis, entre os quais os próprios adversários políticos do nazismo, eram levados para os *campos de concentração*, onde, de acordo com o plano predelineado, morriam, aos milhares, por subnutrição. Quem subtraísse uma batata da cantina era fuzilado sem dó nem piedade. Muitos desses infelizes eram utilizados como cobaias: as mais audaciosas experiências científicas eram realizadas *in anima nobili*, sacrificando-se friamente os pacientes. E ainda havia os campos de trabalho forçado, onde propositadamente se causava a morte dos internados pela fome e pela exaustão.

Não havia limites à perversidade, nem tréguas à fúria assassina. Só a matança dos judeus atingiu um algarismo de estarrecer: dos 9.600.000 israelitas existentes na Europa dominada pelos nazis, 60% pereceram. Os cadáveres eram enterrados aos montões, ou levados para os fornos de cremação, ou, devido à carência de matérias-primas, eram aproveitados (inérita profanação!) para o fabrico de sabão.

A consciência universal não podia ficar indiferente às barbaridades da Alemanha de Hitler, nem admitir que elas venham a repetir-se impunemente no futuro, em qualquer parte do globo terrestre. O Tribunal de Nuremberg, embora funcionando segundo a vontade arbitrária dos vencedores e com o exclusivo propósito de uma vingança pura e simples realizou, empiricamente, com a mais desabrida unilateralidade, o que, nos dias porvindouros, deve constituir, dentro de critérios imparciais e disciplinados segundo o direito ou a *ordinatio rationis*, um capítulo das legislações penais, quer no plano nacional, quer na dimensão internacional. À parte, na sua maioria, os denominados *crimes de guerra e crimes contra a paz*, cuja punição, na carne mesma de seus agentes, não será jamais convincentemente justificada fora do âmbito da própria guerra (que não conhece outra lei além do desesperado “à la guerre comme à la guerre” e que, no balanço

final das mútuas represálias, torna compreensível e justa a regra tradicional de que “inimigo vencido, inimigo perdoado”), a Carta de Nuremberg (resultante do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945) menciona, no seu terceiro “*count of indictment*”, fatos que devem, inquestionavelmente, ser definidos no rol dos crimes de direito comum e na classe dos qualificados *internacionais*, sujeitos à repressão universal. São os fatos que nesse documento (art. 6.º, letra *c*) se denominam *crimes contra a Humanidade*, entre os quais se reconhece o genocídio típico: “Assassinatos, exterminação, escravidão, deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos... , sejam ou não contrários às leis do país onde foram executados”.

O Congresso de Paris, de outubro de 1946, cuidando desses mesmos crimes, votou a seguinte conclusão: “São culpados de crimes contra a Humanidade e puníveis como tais aqueles que exterminem ou persigam indivíduos ou grupos de indivíduos, em razão de sua nacionalidade, raça, religião ou opiniões. Estes crimes serão punidos ainda quando cometidos por indivíduos ou organizações operando como órgãos do Estado ou sob sua instigação ou tolerância”.

Por sua vez, o VIII Congresso Internacional de Unificação do Direito Penal, realizado em 1947, na capital da Bélgica, depois de fixar certos indeclináveis direitos do homem (à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à fundação de família, à cidadania, ao trabalho livre, à liberdade de religião, instrução e opinião), assim resolveu uma de suas teses: “Aquele que, abusando de um poder soberano do Estado, prive injustificadamente, em razão de sua raça, nacionalidade, religião ou opinião políticas, a um indivíduo, grupo de indivíduos ou coletividades, de qualquer dos direitos enumerados, comete crime contra a Humanidade. Tal crime é uma infração internacional, de direito comum e independente de estado de guerra”. O conhecido internacionalista VESPA-

SIANO PELLA, autor de um Projeto de Código Repressivo Mundial, assim define o nefando crime: “é o ato de recorrer, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, a métodos de domínio ou perseguição de populações civis, por motivos ou pretextos de índole racial, política ou religiosa, pondo em risco a vida, a integridade, saúde ou liberdade”. A mais frisante modalidade do crime contra a Humanidade, sem dúvida alguma, é o genocídio, cujo estrito conceito pode ser fixado nestes termos: homicídios em série, vinculados e especificamente cometidos pelo fim de destruição de grupos nacionais, raciais, religiosos ou políticos, como tais.

O Conselho Econômico e Social da O. N. U. (Organização das Nações Unidas), por uma comissão *ad hoc*, reunida em Lake Success, de 5 a 10 de maio de 1948, formulou um Projeto de Convenção internacional para prevenção e repressão do genocídio. O art. I do Projeto foi assim formulado: “Genocídio é um crime de direito internacional, quer praticado em tempo de paz, quer em tempo de guerra”. E o art. II acrescenta: “Nesta Convenção, genocídio significa qualquer dos seguintes atos deliberadamente praticados com o fim de destruir um grupo nacional, racial, religioso ou político, por motivos de origem nacional, racial, crença religiosa ou opinião política de seus membros: 1) assassinio de membros do grupo; 2) lesão da integridade física de membros do grupo; 3) infligção, a membros do grupo, de medidas ou condições de vida visando a causar-lhes a morte; 4) imposição de medidas tendentes a evitar nascimentos no seio do grupo”. E não ficou aí o Projeto. Abrangeu na especial incriminação o chamado *genocídio cultural* (art. III): “Nesta Convenção, genocídio também significa qualquer ato intencionalmente cometido com o fim de destruir o idioma, religião ou cultura de um grupo nacional, racial ou religioso, por motivo de origem nacional, racial ou credo religioso de seus membros, como sejam: 1) proibição de uso do idioma do grupo no intercuro cotidiano ou nas escolas, ou da impressão e circulação de publicações no idioma do grupo;

“2) destruição ou impedimento do uso de livrarias, museus, “escolas, monumentos históricos, locais de adoração religiosa “ou outras instituições e objetos culturais do grupo”. No art. IV do Projeto são também declarados puníveis os seguintes fatos: a) conspiração (*conspiracy, entente*) para cometer genocídio; b) incitamento direto, em público ou particularmente, a cometer genocídio, seja ou não seguido de efeito; c) tentativa de genocídio; d) cumplicidade em qualquer dos enumerados atos de genocídio. O art. V declara: “Aqueles “que cometerem genocídio ou qualquer dos atos enumerados “no art. IV serão punidos, quer sejam chefes de Estado, funcionários públicos ou particulares” (enfeitada, portanto, a fórmula restritiva do Congresso de Bruxelas). O art. VI cuida do compromisso de promulgação, no plano nacional, de leis destinadas à prevenção e repressão do genocídio. E o art. VII, tocando num ponto crucial, cogita da jurisdição para o processo e julgamento dos culpados: “Os acusados de genocídio “ou de qualquer dos atos enumerados no art. IV “serão processados perante tribunal competente do Estado “em que foi o ato cometido, ou por competente tribunal “internacional”. Levado à Sexta Comissão da Assembleia Geral da O. N. U., reunida em Paris no mesmo ano de 1948 (setembro a dezembro), foi o Projeto ampla e superiormente discutido, sofrendo várias modificações, algumas substanciais.

Hastearam-se contra o genocídio as bandeiras internacionais, e 21 países se comprometeram a puni-lo no direito interno. O Brasil, que foi um dos signatários da Convenção, esteve representado por GILBERTO AMADO e RAMIRÔ SARAIVA GUERREIRO. Não houve uma só voz que discrepasse, não só quanto à necessidade de prevenção e repressão do genocídio na sua mais grave forma, ainda que seus agentes tenham operado em nome do Estado ou por influência dos governantes, como também relativamente à cooperação internacional nessa política penal. Reconheceu-se que o genocídio é uma odiosa chaga da civilização, e em nome desta devia ser con-

jurado dentro de fórmulas jurídicas. Entendeu-se, porém, que o Projeto organizado em Lake Success continha falhas em alguns dispositivos, e em outros imprimia à configuração do crime uma elasticidade capaz, na prática, de dar lugar a interpretações aberrantes. Entre as modificações aprovadas, apenas mencionaremos as mais relevantes. Em primeiro lugar, foi suprimida a referência aos grupos *políticos* entre os protegidos contra o genocídio, porque, ao que se ponderou, além de não apresentarem a coesão e estabilidade características dos grupos nacionais, raciais e religiosos, cuja destruição, por isso mesmo, assumia caráter particularmente odioso, sua tutela, na órbita do combate ao genocídio, poderia favorecer os movimentos minoritários, dando margem a que meros conflitos locais se apresentassem na esfera internacional com o rótulo de *genocídio político*. Ainda outros malentendidos seriam possíveis: a própria obra civilizadora de índios ou povos retardatários poderia ser confundida com essa dúbia modalidade de genocídio.

Entre os incriminados atos de genocídio, foi inserto, de par com a lesão da integridade física, a da integridade mental, bem como o de “transferência forçada de crianças, de um para outro grupo”. Este último acréscimo foi sugerido pelo que ocorreu na Polônia, quando da ocupação alemã: as crianças eram arrebatadas às suas famílias e mandadas para a Alemanha, e aí submetidas a novas condições de vida, que, em muitos casos, lhes acarretavam a morte, embora não tivessem os raptadores outro intuito que o de assimilarem as vítimas ao programa da *Gross Deutschland* e, indiretamente, o de fazerem desaparecer o grupo nacional a que pertenciam.

Igualmente suprimida foi a inclusão do *genocídio cultural*, ficando, dessarte, limitada a incriminação ao genocídio físico ou biológico, isto é, à sua forma típica. Argumentou-se que os fatos enumerados como *genocídio cultural* (art. III do Projeto preliminar) não apresentavam a extrema gravidade do genocídio físico e poderiam ser adequadamente reprimidos.

midos na órbita de proteção geral das minorias e dos direitos do homem, a cargo de outra Comissão especial da O. N. U.

Dentre os atos puníveis, de par com o genocídio consumado, foi excluído o *incitamento privado*, que não assume o necessário relevo ou eficácia para criar uma situação de perigo concreto.

Não obteve aprovação a proposta soviética no sentido de se incriminar a propaganda do genocídio por meios de publicidade difusa (imprensa, rádio, cinema, etc.): ou a propaganda tem por fim direto a prática do genocídio, e entra no conceito dos incriminados fatos de *conspiração* e *incitamento público*, ou tal não ocorre, e estaria ameaçada, com a sua punição, a própria liberdade de opinião. De passagem, cumpre notar, entretanto, que as legislações penais contemporâneas, entre as quais a nossa, já punem a propaganda de guerra ou de processos violentos contra a ordem político-social, de ódios de classe e de atentados contra a pessoa por motivos doutrinários, políticos ou religiosos. Igualmente repelida foi outra proposta do representante soviético (MOROZOV), que pretendia fossem abrangidos na incriminação (de acordo, aliás, com a legislação penal do seu país) os próprios *atos preparatórios*, até mesmo “os estudos e pesquisas tendentes à elaboração técnica do genocídio” e “a fabricação, aquisição, “armazenamento ou fornecimento de matérias ou produtos “que se sabe destinados à execução do genocídio”. Objetou-se que tais atos são equívocos e sua inclusão na órbita de gravitação do crime poria em risco a própria atividade ou progresso científico. Não demoveram desse ponto de vista nem as alusões veladas ao fabrico da bomba atômica ou às experiências sobre a bomba de hidrogênio, nem o fato lembrado pelo representante da China (TIR-TSUN-LI), relativo à plantação japonesa de ópio em Mukden, destinada a fornecer 400 toneladas de ópio anualmente, produzindo 50 toneladas de heroína (ou, seja, 50 vezes mais do que é exigido pelas legítimas necessidades do mundo), que poderiam ocasionar a morte de 200 a 400 milhões de chineses.

Mantida a responsabilidade penal dos governantes (abstrai da a do Estado como pessoa jurídica) e seus agentes, ainda que funcionários públicos, não se aceitou, entretanto, a sugestão do Tribunal de Nuremberg, que entendeu irrelevantes, em qualquer caso, como escusa, a *ordem da lei* ou a *de superior hierárquico*.

A tal respeito, julgou-se desaconselhável o repúdio dos critérios tradicionais. A ordem da lei é uma escusante que não pode deixar de ser atendida e, ademais, não é concebível que o desplante do mais tirânico dos governos vá ao extremo de editar leis imperativas quanto à prática do genocídio. Relativamente à ordem de superior hierárquico, tem de ser excludente da punição, desde que não manifestamente ilegal. De outro modo, estaria implantada a indisciplina no seio do Estado. Mesmo no caso de ordens ilegais *prima facie*, deixará de haver crime quando para o seu cumprimento intervém *coação irresistível* ou autêntico *estado de necessidade*, tornando inexigível a abstenção do subordinado.

O representante da França (CHAUMONT) propôs que se identificasse o genocídio somente quando praticado com a participação ou conivência dos governantes (quando "*il est comis, favorisé ou toléré par les governants d'un Etat*"). Neste sentido, aliás, é a tese defendida por DONNEDIEU DE VABRES e, como já vimos, a que foi adotada pelo Congresso de Bruxelas. A preconizada criação de uma justiça internacional para a punição do genocídio unicamente se explicaria em tal caso. Foi, porém, redargüido que, em face da lição histórica, não pode ser afastada a hipótese do genocídio cometido por particulares, devendo, portanto, ser previsto como especial modalidade de homicídio nas legislações internas e afeto à jurisdição de tribunal nacional.

Foi mantido o dispositivo que não considera o genocídio crime político para os efeitos da extradição, acentuando-se o seu caráter de crime de direito das gentes; mas, quando foi da discussão sobre o tribunal internacional, as opiniões se dividiram fundamente, chegando a vencer, de início, a pro-

posta de silêncio da Convenção sobre o tema. Sem dúvida, o *punctum saliens* do problema é o referente à jurisdição para o processo e julgamento dos crimes de genocídio. Sabendo-se que, na quase totalidade dos casos, são eles praticados a mando ou por instigação dos governantes, é óbvio que, se a repressão ficar atribuída exclusivamente às jurisdições nacionais, não passará de uma comédia, como a do Tribunal de Leipzig, após a primeira Grande Guerra.

O prestígio desta argumentação obrigou a Sexta Comissão da Assembléia Geral da O. N. U. a uma contramarcha: contornou-se o escolho de uma jurisdição *obrigatória* no plano internacional, para declarar-se que os atos de genocídio serão julgados por uma corte de justiça internacional ou superestatal, desde que os países signatários da Convenção previamente aceitassem a sua jurisdição, o que, diga-se logo, tornaria muito precária a efetiva punição do génocídio.

Em suas linhas gerais, aí está o que até agora se tem elaborado para combate a esse horroroso crime. É já um notável esforço para substituir por uma reação nitidamente jurídica, no futuro, a atuação de tribunais improvisados e arbitrários, como o de Nuremberg. Foi este uma espantosa negação de elementares postulados do direito penal tradicional. Funcionando em nome da Democracia Liberal, começou, no entanto, por adotar a supressão de um princípio intransponível para a segurança e liberdade do indivíduo, isto é, o *nullum crimen, nulla pœna sine lege*. Para combater os chamados *grandes criminosos de guerra*, utilizou-se de uma teoria que, mesmo na ferrenha Alemanha totalitária, era combatida pela *Escola de Bonn* contra a *Escola de Kiel*. Inspirou-se naquilo que os próprios Aliados condenavam, tanto assim que um dos primeiros atos do governo de ocupação da Alemanha ocidental foi a revogação da famosa novela que dispensara a anterioridade da lei penal. Deu efeito retroativo a um *Plano de Julgamento*, formulado *ad hoc*, para a incriminação de fatos pretéritos, não considerados crimes ao tempo de sua prática, e impôs aos acusados o enforcamento e

penas arbitrárias, sem direito a qualquer recurso. Exercendo mandato dos arrasadores de Berlim e Yroschima, aplicaram infamante pena de morte aos bombardeadores de Londres e Rotterdam. Admitiu a responsabilidade coletiva, para punir indivíduos pertencentes à Gestapo ou às S. S., ainda quando pessoalmente alheios aos fatos imputados a essas corporações oficiais. Repudiou as normas seculares sobre a *obediência devida* e a *coação irresistível*, para proclamar, pela boca do Juiz BIDDLE, com a mais despejada abstração da atual realidade político-social, que “os indivíduos têm deveres internacionais a cumprir, acima dos deveres nacionais que um Estado particular possa impor”.

E, por último, num requinte macabro de justiça medieval, suspendeu na forca o cadáver do marechal Goering (!), que encontrara na ingestão de uma cápsula de cianureto o meio de fugir à morte degradante.

Representa já uma grande conquista no terreno teórico a Convenção assinada no seio da O. N. U.; mas há ainda muito que fazer, notadamente no que concerne à jurisdição internacional. É esta uma questão que reclama solução adequada, pois, do contrário, como adverte, QUINTERO RIPOLLES (*Problemática de Jurisdicción en la Represión de la Criminalidad contra la Humanidad, in Revista de Derecho Internacional, de Havana, n.º 107, setembro de 1948, págs. 17 e segs.*), qualquer discussão científica será praticamente nula. E tal solução não pode ser dada se não houver, num sincero movimento geral dos Estados, transigência com o melindroso dogma da *soberania nacional*. Sem um órgão jurisdicional, de caráter supernacional, a repressão eficiente e integral do genocídio será apenas uma miragem. Para evitar a anarquia internacional, teremos de caminhar, decididamente, uma vez por todas, para a consecução do ideal da *Civitas Maxima*, com suas leis superestatais, já defendido há quatro séculos pelos internacionalistas espanhóis VICTORIA e SUAREZ.

Ou isso, ou teremos de assistir à continuada impunidade dos crimes contra a Humanidade, ou de presenciarmos, de novo, o arbítrio da força, a lógica do leão, o abuso afim do genocídio, que foi o Tribunal de Nuremberg. *

* Resultante de um projeto apresentado à Câmara dos Deputados em 1951, foi publicada, no *Diário Oficial* de 2 de outubro de 1956, a lei n.º 2.889, de 1 do mesmo mês e ano, que "define e pune o crime de genocídio". Ei-la, no seu inteiro teor:

LEI N.º 2.889 — DE 1 DE OUTUBRO DE 1956

Define e pune o crime de genocídio

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido:

com as penas do art. 121, § 2.º, do Código Penal, no caso da letra *a*;

com as penas do art. 129, § 2.º, no caso da letra *b*;

com as penas do art. 270, no caso da letra *c*;

com as penas do art. 125, no caso da letra *d*;

com as penas do art. 148, no caso da letra *e*.

Art. 2.º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior:

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.

Art. 3.º Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1.º:

Pena: Metade das penas ali cominadas.

§ 1.º A pena pelo crime de incitamento será a mesma do crime incitado, se este se consumar.

§ 2.º A pena será aumentada de 1/3 (um terço), quando a incitação for cometida pela imprensa.

Art. 4.º A pena será agravada de 1/3 (um terço), no caso dos arts. 1.º, 2.º e 3.º, quando cometido o crime por governante ou funcionário público.

Art. 5.º Será punida com 2/3 (dois terços) das respectivas penas a tentativa dos crimes definidos nesta lei.

Art. 6.º Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição.

Art. 7.º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 1 de outubro de 1956; 135.º da Independência e 68.º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK.

Nereu Ramos.

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS — *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 1863.
- ALMENA (Bernardino) — *Dei delitti contro la persona*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, IX, 1909.
- *La diffamazione e l'ingiuria*, in *Enciclopedia* de PESSINA, IX, 1909.
- *Principii di diritto penale*, 1912.
- *I limiti e modificatori dell'imputabilità*, III, 1899.
- ALLFELD — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal alemão)*, 1922.
- ALTAVILLA (Enrico) — *Delitti contro la persona*, in *Trattato*, de FLORIAN, 1934.
- *Ciò che è sopravvissuto dell'"exceptio veritatis"*, in *Scuola Positiva*, 1931.
- ANDREIS — *Minacce*, in *Digesto Italiano*.
- BAR (L. von) — *Gesetz und Schuld (Lei e culpabilidade)*, 1909.
- BATISTA (M. J.) — *Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, IV, 1934.
- BATTAGLINI (G.) — *Il bene dell'onore e la sua tutela penale*, in *Rivista Penale*, vol. 83, 1916.
- BAVIERA — *Sulla presunzion di divieto in Tema di violazione di domicilio*, in *Scuola Positiva*, 1911.
- BELING (Ernst) — *Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation von Beleidigung und Körperverletzungen*, 1894.
- BELTJEANS — *Encyclopédie du droit criminel belge*, 1901.
- BENDA (Julien) — *La grande épreuve des démocraties*, 1942.
- BENTO DE FARIA — *Código Penal Brasileiro*, III, 1943.
- BERGER (E. O.) — *Das Pressrecht (O direito de imprensa)*, 1928.
- BERNER — *Lehrbuch des deutschen Pressrechts*, 1876.
- *Handbuch des deutschen Strafrechts*, na trad. italiana de BERTOLA, 1885.
- BINDING (Karl) — *Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal comum alemão)*, parte especial, 1902.
- *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit (A honra e sua vulnerabilidade)*, 1909.

- BIZZARINI — *Segreto professionale*, in *Digesto Italiano*.
- BLACK — *Handbook of American constitutional law*, 1927.
- BORCIANI (A.) — *Le offese all'Onore*, 1924.
- BORRI-CEVIDALI-LEONCINI — *Trattato di Medicina Legale*, IV, 1926.
- BOTTI — *Il fatto determinato nelle offese mediante disegno*, in *Rivista di Dir. Proc. Penale*, II, 1911.
- BOVENSIEGEN (R.) — *Briefgeheimnis (Segredo epistolar)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER.
- BRANDÃO (ÉDISON) — *A rixa perante a legislação brasileira*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 4.º, 1943.
- BRASIELLO (TEUCRO) — *Delitti contro la libertà personale*, in *Nuovo Digesto Italiano*.
 — *Violazione di domicilio*, idem.
 — *Rivelazione del contenuto di documenti segreti*, idem.
 — *Corrispondenza e comunicazione telegrafiche e telefoniche*, idem.
- BROUARDEL — *La responsabilité médicale*, 1898.
- CALAME — *In Protokoll der zweit Expertenkommission*, II, 1920.
- CAMPOS MAIA — *Delitos da linguagem contra a honra*, 1921.
- CAPELLO — *Diffamazione e ingiuria*, 1910.
- CAPOSIANCO — *Restrizione delle azioni incriminabili*, in *Scuola Positiva*, IV.
- CARFORA — *Soppressione di corrispondenza*, in *Digesto Italiano*.
- CARRARA (FRANCESCO) — *Programma del corso di diritto criminale*, parte especial, 1909.
 — *Opuscoli*, III, IV, V e VI, 1898.
- CATHREIN (VITOR) — *Moralphilosophie*, II, 1899.
- CAVALLO (V.) — *La violazione di domicilio*, 1938.
- CELENTANO — *L'ingiuria e la diffamazione nella caricatura*, 1926.
- CEVOLOTTO — *Il consenso del soggetto passivo al reato e la rinunziabilità degli interessi penalmente tutelati*, in *Rivista di Dir. Proc. Penale*, XI, 1912.
- CHASSAN — *Des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1846.
- CHAUVEAU e HÉLIE — *Théorie du Code Pénal*, 1861.
- CIVOLI (CESARE) — *Trattato di diritto penale*, IV, 1916.
- COCURULLO — *L'ingiuria e la diffamazione*, 1934.
- CONTURSI-LISI — *L'"animus defendendi" nel Codice Penale ZANARDELLI e nel nuovo*, in *Scuola Positiva*, 1931.
- COOLEY — *The general principles of Constitutional Law*, 1898.
- CRESPI (ALBERT) — *La tutela penale del segreto*, 1952.
- CRIVELLARI — *Codice Penale*, vol. 7.º, 1896.
- DAHN. — *Ehrenkränkung (Ofensa à honra)*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936.

BIBLIOGRAFIA

381

- DALCKE — *Strafrecht und Strafprozess*, 1935.
- DELOGU — *Teoria del consenso dell'avente diritto*, 1936.
- DI-FALCO-SALTELLI — *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, 1931.
- DI FRANCO — *Proprietà letteraria ed artistica*, 1936.
- DI VICO — *La rissa*, in *Rivista Penale*, 1936.
- DIAZ (Emilio) — *El Código Penal*, 1928.
- DOCHOW — *Beleidigung (Injúria)*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts*, de HOLTZENDORFF, 1874.
- DUARTE (José) — *Segredo Profissional*, 1936.
- DURANTE — *Violazione di domicilio*, in *Digesto Italiano*, IX.
— *Della violazione di domicilio*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, VIII.
- EBERMAYER — *Hausfriedensbruch (Violação da paz doméstica)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de STIER-SOMLO-ELSTER.
- FABREGUETTES — *Traité des délits politiques et les infractions par la parole, l'écriture et la presse*, 1901.
- FALCHI (G. F.) — *Ingiuria e diffamazione nel diritto penale italiano*, 1938.
— *Diritto penale romano*, 1932.
- FÁVERO (Flamínio) — *Medicina Legal*, 1942.
- FERRINI — *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, I.
- FILANGIERE — *Scienza delle legislazione*, 1817.
- FLORIAN (Eug.) — *Delitti contro la libertà individuale*, 1936.
— *La teoria psicologica della diffamazione*, 1927.
— *Ingiuria e diffamazione*, 1939.
- FORRER — *Der Raufhandel im schweizerischen Recht (A rixa no direito penal suíço)*, 1929.
- FRANCO (Ari) — *Dos crimes contra a pessoa*, 1942.
- FRANK (Reinhard) — *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (Código Penal do Império Alemão)*, 1908.
- FRASER — *Libel and slander*, 1936.
- FROLA (Eug.) — *Delle ingiurie e diffamazione*, 1903.
- FROSALI — *In tema di diffamazione*, extr. da *Scuola Positiva*, 1931.
- FULCI (L.) — *L'intenzione nei singoli reati*, 1927.
- FUSTEL DE COULANGES — *A cidade antiga*, trad. de SOUSA COSTA, 1920.
- GALASSI — *La telegrafia senza fili e il Codice Penale*, in *Rivista Penale*.
- GANGA PUKEDDU — *Intorno al delitto di violazione del domicilio*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, X.
- GARÇON — *Code Pénal Annoté*, 1901-1906.
- GARRAUD (René) — *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1922.

- GASCA (Cesare) — *Diritti e doveri della stampa*, 1905.
- GAUTIER — *In Protokoll der Zweite Expertenkommission*, II e IV, 1920.
- GENY — *Des droits sur les lettres missives*, 1911.
- GERHARD (Eug.) — *Der strafrechtliche Schutz des Briefes (A proteção penal da carta)*, 1905.
- GEYER (August) — *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit (Crimes contra a liberdade pessoal)*, in *Handbuch des deutschen Strafrechts*, de HOLTZENDORFF, 1874.
- GHIRELLI — *Reati di stampa*, 1929.
- GIANNINI (Torquato) — *Trattato di diritto postale*, 1913.
— *Diritto postale*, in *Nuovo Digesto Italiano*.
- GILLES — *La presse devant le jury*, 1938.
- GIOIA — *Dell'ingiuria, dei danni e del soddisfacimento*, 1840.
- GOMEZ (Eusébio) — *Tratado de derecho penal*, 1940.
- GRISPIGNI — *Il consenso dell'ofeso*, 1924.
— *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Scuola Positiva*, 1914.
- GUSTI — *Die Grundbegriffe des Pressrecht (A noção fundamental do direito de imprensa)*.
- HAFTER (Ernst) — *Schweizerisches Strafrecht (Direito Penal Suíço)*, parte especial, I, 1937.
- HAHN (Gustav) — *Untersuchungen über die rechtliche Natur ärztlicher Engriffe (Indagações sobre a natureza jurídica da intervenção médica)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 247.
- HÄLSCHNER — *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1887.
- HOCKING — *The present status of the philosophy of Law and Rights*, 1928.
- IMPALLOMENEI — *L'omicidio nel diritto penale*, 1900.
— *Delitti contro la persona*, in *Trattato*, de COGLIOLO, 1890.
— *Codice Penale Illustrato*, II, 1890.
- IRURETA-GOYENA — *El delito de homicidio*, 1928.
- JANNITTI-PIROMALLO (E.) — *Di delitti contro la persona*, in *Il Codice Penale Illustrato articolo per articolo*, de UGO CONTI, 1935, vol. III.
— *Dei delitti contro l'onore*, idem, III.
— *Dei delitti contro la libertà individuale*, idem.
— *Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio*, idem.
- JELLINECK (Georg.) — *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905.
— *L'Etat et son droit*, trad. francesa de FARDIS, 1911.
- JHERING (Rudolf) — *Der Zweck im Rechte*, 1884.
- KELSEN (Hans) — *Teoria General del Estado*, trad. espanhola de LACAMBRA, 1934.
- KRÄHLING — *Die pressrechtliche Berichtungspflicht*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 194, 1917.

BIBLIOGRAFIA

383

- KRIEGSMANN — *Mittäterschaft und Raufhandell seit Feuerbach (Co-autoria e rixa desde Feuerbach)*, 1907.
- LANG — *In Protokoll der zweiten Expertenkommission*, III.
- LE FUR — *Les grands problèmes du droit*, 1937.
- LE POITEVIN — *Traité de la presse*, 1903.
- LEITE FILHO (Solidônio) — *Comentários à Lei de Imprensa*, 1925.
- LEMOS (Floriano de) — *Direito de matar e curar*, 1933.
- LEONE — *Relazione tra l'ingiuria e la diffamazione circa l'estremo della comunicazione a più persone*, extr. de *Annali di Dir. e Proc. Penale*, 1935.
- LIEPMANN — *Die Beleidigung, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (Exposição comparada do direito penal alemão e estrangeiro)*, 1909.
- LISZT (FRANZ VON) — *Tratado de direito penal alemão*, trad. de JOSÉ HIGINO, II, 1899.
— *Das Reichs-Pressrecht (O direito de imprensa do império alemão)*, 1880.
- LISZT-SCHMIDT — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito alemão)*, 1927.
- LOLLINI — *Sulla necessità della "exceptio veritatis"*, in *Archivio Giudiziario*, LVII.
- LOMBARDI — *Il reato di violazione di domicilio*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, IV.
— *Delitti contro l'inviolabilità dei segreti*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, IV.
- LONGO (Michele) — *Commento al Codice Penale Italiano*, 1911.
- LOSCHIAVO — *Osservazioni in tema di rissa*, in *Giustizia Penale*, 1934.
- MACEDO SOARES — *Código Penal*, 1924.
- MAGGIORE — *Principii di diritto penale*, II, 1934.
- MANZINI (Vincenzo) — *Trattato di diritto penale italiano*, edições de 1926 e 1937.
- MARCIANO (Genaro) — *Il nuovo Codice Penale*, 1932.
- MASI — *La rissa*, 1934.
- MAYER-ALLFELD — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal alemão)*, 1907.
- MAZZIOTTI (Matteo) — *La posta, il telegrafo, il telefono*, in *Trattato di diritto amministrativo*, de ORLANDO, VII, 1914.
- MELO FRANCO (A. Arinos) — *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, 1930.
- MILLER — *On criminal law*, 1924.
- MIRKINE-GUETZEVITCH — *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 1928.
- MOFFA — *Pubblicazione abusiva di corrispondenza*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, XXI.

- MOMMSEN — *El derecho penal romano*. trad. espanhola de DERADO, II, sem data.
- MONTESQUIEU — *L'esprit des lois*, ed. Genebra, 1.771.
- NATALE (G.) — *I reati di diffamazioni e i diritti della stampa*, 1908.
- NEGRI (Ambrogio) — *Delitti contro la libertà*, in *Trattato*, de CAGLIULO, II, 1888.
— *Dei delitti contro la inviolabilità del domicilio*, idem.
- NÖLTIGUNG — *Der Hausfriedensbruch (A violacão da paz doméstica)*, 1934.
- NOSEDA (Enea) — *Dei delitti contro la libertà*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, VI, 1909.
— *Dei delitti contro l'invioabilità del domicilio*, idem.
- OLIVEIRA (Elias de) — *Criminologia das multidões*, 1934.
- OLIVEIRA E SILVA — *Da calúnia e injúria*, 1941.
- OLSHAUSEN — *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1927.
- ONDER — *Censura, critica e diffamazione nel nuovo Codice Penale*, in *Scuola Positiva*, 1932.
- OVERBECK E THORMANN — *Das schweizerische Strafgesetzbuch (O Código Penal Suíço)*, 1940.
- PACCHIONI — *Offesa per mezzo di testamento*, in *Rev. de Direito Penal*, ed. Jacinto, 1933.
- PAILLARD — *Les franchises de l'historien et la diffamation envers la mémoire des morts*, 1866.
- PANNAIN — in *Nuovo Digesto Italiano*, verb. "rissa".
- PAOLI — *Esercizio di un diritto, consenso dell'offeso e dolo*, in *Annali di Dir. e Proc. Penale*, XIV, 1935.
- PERAZONER (Costanzo) — *Dei delitti contro la libertà*, 1891.
- PERGOLA — *Se le società private siano soggetti passivi di ingiuri e diffamazione*, in *Giustizia Penale*, 1912.
— *Indebita pubblicazione di corrispondenza*, in *Supplemento alla Rivista Penale*, XIX.
- PERRAUD-CHARMENTIER — *Le secret professionnel*, 1926.
- PESSINA (Enrico) — *Elementi di diritto penale*, 1885.
- PEYTEL (Adrien) — *Le secret médicale*, 1935.
- PFLÜCKERER (Wolfgang) — *Der Wahrheitsbeweis bei Beleidigung (A prova da verdade nas ofensas à honra)*, 1933.
- PILI — *Diffamazione e pubblica censura*, 1924.
- PIMIANTA (Louis) — *Le secret professionnel de l'avocat*, 1937.
- PINTO DA ROCHA — *O segredo profissional*, 1935.
- PLANIOL E RIPERT — *Traité pratique du droit civil français*, III, 1926.
- POTULICKI — *Le regime de la presse*, 1929.
- PUGLIA — *Scienza del diritto privato e scienza del diritto penale*, in *Scuola Positiva*, IV.

BIBLIOGRAFIA

385

- QUEIRÓS DE MORAIS — *Delito de Rixa*, 1946.
- RAMELLA — *Dell'abusiva pubblicazione di corrispondenza*, in *Rivista Penale*, XXXIV.
- RAVIZZA — *La violazione di domicilio come mezzo per commettere altri reati*, in *Rivista di Dir. Proc. Penale*, I, 1921.
- RENDE — *Ingiuria e diffamazione*, in *Nuovo Digesto Italiano*.
- RIETZCH — *Angriffe auf die persönliche Freiheit*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936.
- RIPERT E PLANIOL — *Traité pratique du droit civil français*, III, 1926.
- ROCCO (Atturo) — *L'oggetto del reato*, 1932.
- ROHR — *In Protokoll der zweiten Expertenkommission*, II.
- ROMANELLI — *Volontà tacita del soggetto passivo e fine illecito del soggetto attivo nel reato di violazione di domicilio*, in *Annali di Dir. e Proc. Penale*, 1935.
- ROMEIRO (J. M. M.) — *Dicionário de Direito Penal*, 1905.
- ROSENFELD (Ernst) — *Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit (Crimes e delitos contra a liberdade pessoal)*, in *Vergleichende Darstellung*, parte especial, V.
— *Nötigung*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, de SOMLO-ELSTER.
- SALTELLI-DI FALCO — *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, 1931.
— *Sul cosiddetto "animus injuriandi"*, in *Annali di Dir. e Proc. Penale*, XIV, 1935.
- SAMPAIO DÓRIA — *Os direitos do homem*, 1942.
- SAMPAY — *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, 1942.
- SAUTER (Fritz) — *Das Berufsgeheimnis und seine strafrechtlicher Schutz (O segredo profissional e sua proteção penal)*, 1910.
- SCARLATA — *Delitti contro l'inviolabilità del domicilio*, 1895.
- SCHÄFER — *Geheimsschutz (Proteção de segredos)*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht*, col. por GÜRTNER, 1936.
- SCHMIDT- LISZT — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1927.
- SCHOPENHAUER — *Aphorismen zur Lebensweisheit*, 1913.
- SEMMOLA (G.) — *Il reato di diffamazione*, 1834.
— *La censura pubblica nei liberi ordinamenti e la repressione delle ingiurie*, 1889.
- SEVERIANO (Jorge) — *Código Penal*, III, 1942.
- SIGHELE (Scipio) — *La teoria positiva della complicità*, 1894.
- SIQUEIRA (Galdino) — *Direito Penal Brasileiro*, parte especial, 1924.
- SILVA FERRÃO — *Teoria do Direito Penal*, 1857.
- SOLER (Sebastián) — *Ley, historia y libertad*, 1943.
- SOUSA LIMA — *Medicina Legal*, 1924.

- STEPHEN — *New commentaries on the laws of England*, III, 1928.
— *A digest of the criminal law*, 1887.
- STOOS (Karl) — *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (Tratado de direito penal austriaco)*, 1913.
- TAMBARO (Ign.) — *La libertà della stampa e il diritto penale*, 1896.
- THIEL — *Injuria und Beleidigung, in Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 62.
- THILO (Emile) — *La responsabilité professionnelle du médecin*, 1936
- THORMANN e OVERECK — *Das schweizerische Strafgesetzbuch (O Código Penal Suíço)*, 1940.
- TOCQUEVILLE — *Autorität und Freiheit*, trad. alemã, Rascher & Cia., 1935.
- TORRACA — *Il Codice Penale e la stampa nei reati di diffamazione*, 1891.
- VANNINI (Ottorino) — *Il delitto di omicidio*, 1935.
- VESCOVI — *Ingiurie e diffamazione, in Digesto Italiano*.
- WINDSCHEID — *Pandetti*, trad. italiana de FADDA e BENZA, págs. 650 e segs.
- WOLFF (Hans) — *Der strafrechtliche Schultz des Berufsgeheimnisses (A proteção penal do segredo profissional)*, 1908.
- WORMS (René) — *Les attentats à l'honneur*, 1890.
- ZÜRCHER — *In Protokoll der zweiten Expertenkommission*, II, III e IV.

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NESTE VOLUME

[SAIR](#)

[IMPRIMIR](#)

[AJUDA](#)

[ÍNDICE](#)

[VOLTA](#)

[SEGUE](#)

CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

Legislação nova

1. A L. 6.538, de 22 de junho de 1978, dispendo sobre os serviços postais, passou a regular também a matéria penal, revogando certos artigos do CP e introduzindo outros. A nova lei revoga o art. 151 *caput* CP, e seu parágrafo único, e formula a incriminação da quebra do segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo de correspondência. Essa lei revoga, igualmente, em parte, os artigos 293, incisos I e III, e 303 CP.

Violação de correspondência

2. Em seu art. 40, a L. 6.538 reproduz o preceito da norma contida no art. 151 CP, de modo que permanecem inteiramente válidos os comentários que neste volume se referem ao mesmo: "Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem". A expressão *indevidamente*, indica que estamos diante de um tipo *aberto*.¹ Nos tipos abertos desaparece a função indiciária da tipicidade, porque não se encontra no tipo a descrição completa do comportamento punível, que depende da transgressão de outras normas especiais que o tipo pressupõe.

3. A expressão *indevidamente*, no art. 40, indica que a ilicitude do fato se excluirá se forem observadas as dispo-

¹ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Bushatsky, 1978 (3.^a edição), n.º 159.

sições legais e regulamentares, que permitem a alguém tomar conhecimento da correspondência fechada dirigida a outrem. O art. 10 da L. 6.538 esclarece que a correspondência pode ser aberta: I — quando é endereçada a homônimo, no mesmo endereço; II — quando apresenta indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos; III — quando apresenta indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos; IV — quando deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude da impossibilidade de sua entrega ou restituição. Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

4. Por *correspondência* entende-se “toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através de via postal, ou telegrama”. *Telegrama* é “a mensagem transmitida por sinalização elétrica ou radioelétrica, ou qualquer outra forma equivalente, a ser convertida em comunicação escrita, para entrega ao destinatário”. Essas definições constam da lei (art. 47 L. 6.538).

5. A pena cominada ao crime passa a ser a de detenção até seis meses ou pagamento não excedente a vinte dias-multa. O CP vigente não prevê, na Parte Geral, o mínimo da pena de detenção (ao contrário do que ocorria com o CP de 1969, art. 37 parágrafo único). Em conseqüência, entende-se que a pena “até seis meses” significa de um dia a seis meses.

6. A pena patrimonial passa a ser prevista segundo o sistema de dias-multa, que havia sido incorporado ao CP de 1969, mas não consta do CP vigente. Falta, portanto, uma disciplina geral da matéria. O sistema, no entanto, está previsto na L. 6.538, sobre drogas, e no Código Eleitoral (L. 4.737, de 15 de julho de 1965). Este último dispõe (art. 286): “A pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Nacional, de uma soma de dinheiro, que é fixada, em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, um dia-multa e, no máximo, 300

dias-multa. O montante do dia-multa é fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, devendo este ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado, mas não pode ser inferior ao salário mínimo diário da região, nem superior ao valor de um salário mínimo mensal”.

7. Essas disposições, embora não obriguem, podem servir de inspiração ao juiz. Limite mínimo do dia-multa é, naturalmente, o do salário mínimo diário da região. Limite máximo não deve haver. Prever um limite máximo para a pena cominada em dias-multa é apenas uma forma de proteger os ricos. As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem.

Sonegação ou destruição de correspondência

8. No § 1.º do art. 40, a nova lei dá redação diversa ao crime previsto no art. 151, § 1.º, inciso I CP: “Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte”. O momento consumativo agora não é mais o da sonegação ou destruição, mas, sim, o do aposseamento. O tipo subjetivo requer especial fim de agir (dolo específico), representado pelo propósito de sonegar ou destruir. A efetiva sonegação ou destruição será mero exaurimento do crime, que pode influir na medida da pena.

9. Será, nesse caso, irrelevante que a correspondência seja aberta ou fechada e que o agente tenha, ou não, tomado conhecimento de seu conteúdo. A ação incriminada consiste em *apossar-se*, ou seja, em apoderar-se indevidamente da correspondência, com o propósito de sonegá-la (ocultar ou desviar) ou de destruí-la (rasgar, queimar, inutilizar).

Segredo de correspondência

10. Defeituosamente, a L. 6.538 prevê também a violação de segredo profissional relativo à manutenção do sigilo de correspondência. O art. 41 dessa lei dispõe: “Violar segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo de corres-

pondência, mediante: 1. divulgação de nomes de pessoas que mantenham, entre si, correspondência; 2. divulgação, no todo ou em parte, de assunto ou texto de correspondência de que, em razão do ofício, se tenha conhecimento; 3. revelação do nome de assinante de caixa postal ou o número desta, quando houver pedido em contrário do usuário; 4. revelação do modo pelo qual ou do local especial em que qualquer pessoa recebe correspondência.”

11. Trata-se aqui de *crimes próprios*, pois o sujeito ativo será apenas quem exerce cargo ou função no serviço postal ou de telegrama. Não se exclui, como é óbvio, a participação do *extraneus* (art. 26 CP). As ações previstas são a de *divulgar* ou a de *revelar*, já estudadas nos comentários aos artigos 153 e 154 CP.

12. A pena cominada é de detenção, de 3 meses a um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa. Este crime não concorre com o de violação de correspondência (art. 40), que é por este consumido.

Ação penal

13. A ação penal é pública. A autoridade administrativa, a partir da data em que tiver ciência da prática de crime relacionado com o serviço postal ou com o serviço de telegrama, é obrigada a representar, no prazo de dez dias, ao Ministério Público Federal contra o autor ou autores do ilícito penal, sob pena de responsabilidade (art. 45, L. 6.538). Pretendeu o legislador fixar, para todos os crimes, a competência de Justiça Federal. Equivocou-se, porém, pois alguns crimes são *comuns* e têm caráter geral. A competência da Justiça Federal é fixada constitucionalmente. Este é o caso da violação de correspondência, que pode ser praticado por qualquer pessoa. A ação penal pública agora não depende mais de representação. A competência é da justiça comum, exceto para o caso em que os crimes são praticados por funcionários do serviço postal ou telegráfico.

Instalação ou Utilização Ilegal de Estação ou Aparelho Radioelétrico

14. A disposição contida no art. 151, § 1.º, IV, CP, está revogada pelo Código de Telecomunicações (L. 4.711, de 27/8/62), que, em seu art. 70, dispõe: “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 a 2 anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos. Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou do aparelho ilegal.” Essa redação foi dada pelo Dec.-lei 236, de 28/12/67 (art. 3.º).

O CP de 1969 havia suprimido a incriminação do fato cujo conteúdo é nitidamente contravençional.

SAIR

IMPRIMIR

AJUDA

ÍNDICE

VOLTA

SEGUE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE ASSUNTOS

(Os números referem-se às páginas)

AMEAÇA

Ação penal — 188
 Conceito — 183
 Elementos do crime — 183
 Histórico — 180

APLICAÇÃO DA PENA

Critérios — 359

ARMA

Conceito — 161

CALÚNIA

v. Crime contra a honra
 Boa fé — 69
 Conceito — 63
 Consumação e tentativa — 67
 Contra os mortos — 74
 Divulgação por outrem — 71
 Erro — 69
 Notoriedade do fato imputado — 84
 Prova da verdade — 77

CÁRCERE PRIVADO

v. Sequestro

COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

Ilícitos penais — 241

COMUNICAÇÃO TELEGRÁFICA
OU RADIOELÉTRICA

Ilícitos penais — 241

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Agravantes especiais — 158
 Coação para impedir suicídio — 179
 Conceito — 149
 Concurso de crimes — 158
 Crimes afins — 155
 Elementos do crime — 149
 Exclusão do crime — 174
 Histórico — 146
 Sujeito passivo — 155
 Tratamento médico arbitrário — 174

CORRESPONDÊNCIA

Conceito — 232, 390

CORRESPONDÊNCIA
COMERCIAL

Elementos do crime — 245

CRIME CONTINUADO

Conceito — 157

CRIME CONTRA A HONRA

Ação penal — 130
 Bibliografia — 32
 Calúnia — 37, 63
 Causas do aumento de pena — 110

- Consentimento do ofendido — 61
- Crítica literária, artística ou científica — 123
- Decadência — 131
- Difamação — 37, 84
- Direito comparado — 32
- Disposições comuns — 110
- Elemento subjetivo — 50
- Exclusão de pena — 116
- Histórico — 34
- Imunidade judiciária — 117
- Injúria — 37, 90
- Meios de execução — 38
- Modalidades — 37
- Natureza jurídica — 43
- Objetividade jurídica — 39
- Ofensas equívocas — 127
- Qualificativas — 110
- Sujeito passivo — 44
- CRIME CONTRA A INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA**
- Ação penal — 244
- Bibliografia — 227
- Conceito de correspondência — 232, 390
- Correspondência comercial — 245
- Direito comparado — 227
- Formas qualificadas — 243
- Generalidades — 230
- Histórico — 228
- Legislação nova — 389
- Violação de correspondência — 232
- CRIME CONTRA A INVIOABILIDADE DOS SEGREDOS**
- Bibliografia — 247
- Direito comparado — 247
- Divulgação de segredo — 249
- Objetividade jurídica — 248
- Violação de segredo profissional — 254
- CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL**
- Crime contra a liberdade pessoal — 141
- Generalidades — 133
- CRIME CONTRA A LIBERDADE PESSOAL**
- Ameaça — 180
- Bibliografia — 143
- Constrangimento ilegal — 146
- Direito comparado — 143
- Noção preliminar — 144
- Redução a condição análoga à de escravo — 198
- Seqüestro — 188
- DESTRUIÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA**
- Elementos do crime — 239
- Legislação nova — 391
- DIFAMAÇÃO**
- v. Crime contra a honra*
- Conceito e elementos — 84
- Contra funcionário público — 88

DIVULGAÇÃO DE SEGREDO

- v. Crime contra a inviolabilidade dos segredos*
Elementos do crime — 249

DOENÇAS DE NOTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA

- Violação de segredo — 285

EMBRIAGUEZ

- Responsabilidade penal — 347

ERRO DE FATO

- Legítima defesa putativa — 309

ESTAÇÃO OU APARELHO RADIOELÉTRICO

- Código de Telecomunicações — 393
Ilícitos penais — 242

GENOCÍDIO

- Exposição sobre o crime — 363

IMPUTABILIDADE

- v. Responsabilidade penal*

INJÚRIA

- v. Crime contra a honra*
Conceito — 90
Formas do crime — 95
Injúria real — 107
Melos executivos — 95
Provocação e retorsão — 96

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

- Exposição — 309

LEI DE IMPRENSA

- Exposição sobre a L. 2.083 — 279
L. 2.083 — 293

PLÁGIO

- v. Redução a condição análoga à de escravo*

REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

- Conceito do crime — 199
Histórico — 198

RESPONSABILIDADE PENAL

- Anormalidades psíquicas — 347
Critérios psicológicos — 352
Desenvolvimento mental incompleto ou retardado — 340
Doença mental — 337
Embriaguez — 347
Imputabilidade — 331
Método biopsicológico — 334
Perícia e quesitos — 354
Redução facultativa da pena — 344
Responsabilidade diminuída — 341

RIXA

- Bibliografia — 7
Conceito e elementos — 14
Concurso de crimes — 28

Crime qualificado — 23
 Direito comparado — 7
 Histórico — 8
 Participação — 22
 Solução do código — 12
 Tentativa — 28

SEGREDO DE CORRESPONDÊNCIA

Legislação nova — 391

SEQUESTRO

Conceito — 191
 Crimes afins — 196
 Elementos constitutivos — 193
 Formas qualificadas — 196
 Histórico — 188
 Objetividade jurídica — 191

SONEGAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

Elementos do crime — 239
 Legislação nova — 391

TELEGRAMA

Conceito — 390

VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

v. *Crime contra a inviolabilidade de correspondência*
 Ação penal — 392
 Elementos do crime — 232
 Legislação nova — 389

VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Bibliografia — 203
 Definição — 211
 Direito comparado — 202
 Elementos do crime — 211
 Exclusão do crime — 224
 Formas qualificadas — 220
 Histórico — 204
 Lugares excluídos da proteção legal — 225
 Meio para outro crime — 209
 Objetividade jurídica — 207
 Titular do direito — 211

VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL

Conceito do crime — 254

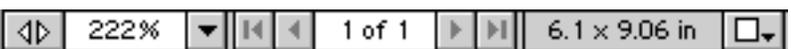
VOLTA



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**

