THESES

E

DISSERTAÇÃO

APRESENTADAS

A' Faculdade de Direito do Recife

PARA

O CONCURSO, QUE DEVE TER LUGAR
EM ABRIL DE 1882

PELO BACHAREL

Tobias Barretto de Menezes

NATURAL DE SERGIPE

Nulli me mancipavi; nullius nomen fero; multum magnorum virorum judicio tribuo, aliquid et meo vindico.

SENECA.

RECIFE

TYPOGRAPHIA MERCANTIL

Rua das Trincheiras n. 50

1882

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA
F402 22.6.50

THESES

BIBLIOTHECA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Direito Natural

I

De todos os systhemas philosophicos, só o monismo pode dar-nos a verdadeira concepção do direito.

II

O direito não é uma entidade puramente metaphysica, nem uma abstracção resultante das leis da evolução, que ainda se acham em estado de *incognitas*, mas simplesmente a disciplina das forças sociaes, o principio da selecção legal na lucta pela existencia.

III

A sociologia é apenas o nome de uma aspiração, tão elevada, quão pouco realisavel.

Direito Romano

I

Em face da Const. 30 do Cod. *de jure dotium*(5, 12) pode-se affirmar que, pelo desenvolvimento do direito romano, a mulher casada chegou á ser proprietaria dos bens dotaes, cabendo-lhe então, *soluto matrimonio*, reivindicar, *si tamen extant*, os moveis de tal genero, alienados pelo marido.

II

Em nenhum dos momentos evolucionaes do *jus civile*, o casamento apparece como um contracto, *neque re*, *neque consensu*, e podia accrescentar: *nec verbis*, *nec litteris*.

III

A prescripção, quando todas as acções, *exceptis excipiendis*, tornaram-se prescriptiveis, inclusive aquellas mesmas, *quæ perpetuæ videbantur*, extinguia não só a acção, mas tambem o direito, em que esta se fundava.

Direito Publico

I

O ensino primario deve ser gratuito e obrigatorio.

II

O governo de um paiz pode obstar a emigração dos nacionaes.

III

O conceito do Estado é diverso do da sociedade.

Direito Constitucional

I

A disposição do art. 5 da Constituição pode ser alterada por lei ordinaria, no sentido somente de dispensar uma religião de Estado, não assim, porem, no de estatuir como tal outra qualquer, ou de restringir a permissão dos cultos, alli consignada.

II

O senado não pode reunir-se extraordinariamente para exercer as attribuições mencionadas nos §§ 1, 2 e 4 do artigo 47 da Constituição, combinado o ultimo § com o art. 27 do Acto addicional.

III

O artigo 36 § 1 da Constituição não prohibe que o senado augmente ou diminua os impostos creados pela Camara dos deputados.

Direito das Gentes

I

A prescripção não é admissivel entre as nações.

II

O direito das nações sobre o seu littoral e os seus rios só tem por limites os proprios limites da soberania nacional.

III

A superveniencia da guerra annulla os tratados anteriores, existentes entre as nações belligerantes, e *á fortiori* autorisa a sua violação.

Diplomacia

I

O tratado de alliança não tira á nação que é intimada para a prestação do subsidio, por dar-se o *casus fœderis*, o direito de examinar a justiça, ou injustiça, com que a sua alliada empenha-se na guerra, á fim de prestar, ou não, o mesmo subsidio.

II

Nos casos de guerra civil ou de contestação da soberania, o direito de enviar ministros publicos pertence ao poder que se acha na defensiva.

III

As immunidades dos ministros não os protegem, na hypothese de attentarem elles contra a ordem e tranquillidade do paiz, onde servem.

Direito Ecclesiastico

I

Entre nós não existe um direito de padroado.

II

O Estado pode prohibir que as ordens religiosas, fundadas em paizes estrangeiros, funccionem ou se estabeleçam em seu territorio.

III

O regimen concordatario não se harmonisa com a organisação e instituição da egreja.

Direito Civil (3º *Anno*)

I

A classificação dos direitos civis em reaes e pessoaes não abrange o quadro de todo o direito privado. A classificação preferivel é a que os dispõe nas cinco seguintes categorias: 1ª direito das pessoas, inclusive o das pessôas juridics e o direito autoral; 2ª direito de familia; 3ª direito das cousas; 4ª direito das obrigações, 5ª direito hereditario.

II

Nem todas as especies de *impedimentum criminis* admittem a possibilidade de dispensa; quod tamen longe aliam habet significationem, atque forsitan putari potest, perinde nempe ac si S. Pontifici desit facultas omnia dirimentia impedimenta laxandi.

III

A incapacidade juridica da mulher casada, posto que relativa, como é o proprio poder marital, seu associado logico, já não tem fundamento accommodado á razão hodierna: o fundamento historico, em que ella ainda se apoia, é um erroneo modo de comprehender e salvaguardar os interesses da familia e da sociedade.

Direito Criminal

I

E'concebivel, por direito philosophico, a tentativa da complicidade.

II

O conceito da tentativa não é applicavel á todos os crimes, mas somente áquelles que comportam a divisibilidade da acção principal, ou mais de um momento na execução do delicto.

III

O que pratica um crime por engano,—fóra da hypothese do art. 10 § 4º do Codigo criminal,—é sempre responsavel; mas só no caso de uma *aberratio delicti* lhe pode ser applicada a aggravante do art. 16 § 8.

Direito Civil (4º *Anno*)

I

O direito de representação não é excluido pelo presupposto de serem os herdeiros parentes do *de cujus* no mesmo grau.

II

O adquirente de um bem de raiz, que não transcreveu o seu titulo de acquisição, pode reivindica-lo de um terceiro possuidor de má fé.

III

Os fideicommissos universaes, constituidos em testamento, podem ser alterados em codicillo, nomeando-se outro fideicommissario.

Direito Commercial

I

A falta de registro do contracto social torna o socio commanditario solidariamente responsavel, salva porem a prova de que a sua parte na sociedade era conhecida do terceiro interessado.

II

A fallencia de uma sociedade nem sempre importa a de cada um dos socios, pois este resultado depende da natureza da mesma sociedade, bem como do caracter da quebra.

III

A divisão do capital social em acções é inconveniente, quer nas sociedades anonymas, quer nas sociedades em nome collectivo.

Direito Maritimo

I

O abandono do navio e frete livra o proprietario da responsabilidade pelas dividas, que o capitão contrahiu.

II

E' valido o emprestimo á risco, feito sobre o frete do navio, quando não se trata somente de frete á vencer.

III

Dado o alijamento dos effeitos, sobre que recahiu o emprestimo á risco, nas condições em que elle deve dar-se, o tomador fica exonerado para com o dador, satisfazendo a obrigação que no caso lhe pertence.

Hermeneutica Juridica

I

A interpretação, que é um processo logico, é tão pouco applicavel ás leis claras, como a inducção ou a deducção ás intuições do pensamento ou dos sentidos.

II

A regra á seguir, no conflicto de duas leis contradictorias é ainda e sempre a *lex posterior derogat priori* subordinada ou modificada pela—*lex posterior generalis non derogat priori speciali.*

III

Ha casos, em que concorrem as mesmas rasões, sem com tudo prevalecerem as mesmas disposições; e tanto basta para matar a força da velha *paremia*, que naõ passa de uma inducçaõ precipitada—*ubi eadem ratio, eadem dispositio.*

Processo Civil

I

A mulher que assignou a escriptura do contracto celebrado pelo marido, não pode, sobrevivendo á este, usar da acção decendial.

II

As excepções peremptorias não são meios de contestação.

III

O juiz pode conhecer de questões não deduzidas no libello, uma vez que tenham sido discutidas e provadas no decurso do processo.

Processo Criminal

I

Não obstante o art. 1· da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, que restabeleceu o art. 332 do Cod. do Proc., pode ser applicada ao escravo a pena de morte, havendo dous terços do numero dos votos, como dispõe o art. 4 da Lei de 10 de Junho de 1835.

II

Em delictos definidos militares pela legislação vigente, por terem sido commettidos por militares no exercicio de suas funcções (tal o caso de deixar fugir o preso commettido á sua guarda ou conducção), cabe á autoridade civil proceder o inquerito, nos termos da Reforma judiciaria; mas isto só na hypothese do *delictum mixtum*.

III

A appellação official, estatuida pelo art. 79 da lei de 3 de Dezembro de 1841, é extensiva ao julgamento de todos os crimes.

Economia Politica

I

Nos bancos de emissão, os elementos constitutivos da taxa do desconto devem reduzir-se á um só : o aluguel do capital.

II

Não é vantajoso o systhema de um duplo, mas o de um simples padrão monetario.

III

As causas que influem sobre a taxa do salario, são de diversa natureza e, como taes, inaccessiveis a uma generalisação. O que de mais geral se pode affirmar, é que ellas são as mesmas que determinam o fluxo e refluxo do capital.

Direito Administrativo

I

A responsabilidade ministerial comprehende todos os actos do poder executivo em suas relações com o legislativo, embora approvados por este.

II

O poder legislativo não tem competencia para revogar os decretos, que são expedidos pelo executivo, conforme o art. 102 § 12 da Constituição.

III

Em relação á liberdade industrial o systhema preventivo é preferivel ao repressivo.

Recife, 27 de Março de 1882.

Tobias Barretto de Menezes.

DISSERTAÇÃO

Qual a extensão da idéia do mandato de que trata o art. 4º do Codigo Criminal?

O nosso Codigo Criminal,—seja este logo o meu primeiro asserto, do qual não posso dizer se involve um elogio, ou uma critica, em todo caso, porem, não deve causar estranhesa, pois ahi vae uma verdade quasi de geral noticia,--o nosso Codigo, repito, em muitas de suas disposições, produz uma impressão de epigrahia millenaria, de velhas e gastas inscripções lapidares. Bem como á estas, não poucas vezes, faltam lettras e palavras, que só ao esforço e paciencia dos epigraphistas é dado restabelecer, assim falta ao Codigo Criminal brasileiro um grande numero de conceitos e achados da sciencia do direito penal, que somente uma san doutrina e uma praxe regular estão no caso de supprir (1) E' certo,--e eu concordo,---que os limites theoreticos do direito não coincidem com os artigos de uma lei, ainda mesmo a mais conprehensiva e a mais cheia de detalhes; porem isto não é bastante para explicar, e muito menos justificar a chocante anomalia de serem ainda possiveis entre nós, de erguerem-se entre nós ainda questões, que não são taes, que difficilmente deixar-se-hiam suscitar no dominio da legislação penal de outros paizes.

Neste caso se acha a questão ácima proposta. Só diante do laconismo e estreiteza de ambito da respectiva disposição do Codigo, é que a ideia do mandato, considerada em suas relações quantitativas e qualitativas, ou como dizem os logicos, considerada em sua extensão e em sua comprehensão pode assumir uma feição problematica. Feição anachronica sem duvida, porque importa reduzir á um *status causæ et controversiæ* mais de um

(1) O que eu aqui entendo por *praxe*, não é a parte ceremonial e burlesca, mas a parte dramatica do direito—,é o direito em acção.

ponto liquido e assentado na sciencia,—mas assim mesmo séria, muito mais séria, do que os termos da questão induzem á suppor. O que ahi se faz notar como já um pouco fôra de tempo e alguma couza atrasado, é por culpa unicamente do legislador criminal, que traçou artigos insignes de concisão, excellentes para serem, por ventura, gravados nos cópos de uma espada, ou até mesmo na pedra de um annel, mas não para abraçarem todas as variações phenomenicas do crime, nem para satisfaserem de prompto as exigencias crescentes do espirito scientifico.

Entretanto importa declarar :—a questão de que me occupo, não é uma semente lançada no terreno esteril da pura especulação. Não se trata de pôr em jogo velhas ideias aprioristicas de um direito criminal abstracto. E' uma questão, pelo contrario, meramente positiva, levantada nos dominios do direito positivo. Tanto melhor, digamo-lo entre parenthesis,—tanto melhor para quem, como eu, reconhece na positividade o caracter essencial de todo e qualquer direito, e não admitte outros principios racionaes do justo que não sejam os resultantes de um lento processo de estratificação historica, no desenvolvimento geral das sociedades humanas.

Destarte circumscripta ao circulo da observação e da inducção, tanto quanto é compativel com uma sciencia de operações preponderantemente deductivas, como é o direito, a questão presente tem pelo menos um merito sobre outras de igual genero:—é não dar azo ao palavreado, não obstante conter materia sufficiente para um serio e profundo estudo. Encaremol-a pois mais de perto.

I

Perguntar qual é a extensão da idéia do mandato, de que trata o art. 4 do Codigo Criminal, é o mesmo que perguntar quaes são os factos da ordem juridico-penal, que devem ser subordinados a categoria daquella forma do crime, alli mencionada. Mas indagar quaes são esses factos não consiste em um simples processo

arithmetico, em uma *simplex enumeratio*, como diria Bacon, de casos reaes ou possiveis, que satisfaçam as exigencias conceituaes do mandato. Digo somente *conceituaes*, porque *legaes* não existem; o codigo não prescreveu-as.—Indagar quaes são esses factos importa sem duvida uma pesquisa de maior alcance, — nada menos que um trabalho expositivo, interpretativo e, até um certo ponto completivo da respectiva letra da lei.

Logo,—é claro,—a nossa questão poder-se-hia bem enunciar nos seguintes termos"—expor, interpretar e completar, segundo os principios reguladores da exposição das leis penaes, o art. 4 do Codigo Criminal, na parte que diz respeito ao mandato." Mas nesse mesmo trabalho expositivo, interpretativo e completivo, é que consiste a funcção de commentar qualquer disposição legal. Logo, —tambem é claro,—a nossa these ainda poder-se-hia simplificar e exprimir assim :—commentar, no que pertence ao mandato, o art. 4 do Codigo. E é justamente um commentario, não uma *dissertação* no sentido academico e usual da palavra, o que eu pretendo escrever. Tenho sempre em mente o que já disse um escriptor francez : La dissertation est verbeuse de sa nature ; elle est rarement exempte de pédanterie;l'auteur y étale avec complaisance tout ce qu'il sait—bem que isto não queira dizer que a pedanteria; segundo o modo commum de comprehendel-a, a *étalage* de conhecimentos, seja sempre digna de censura. Ante esta erronea opinião, ante este ridiculo escrupulo de *coquetterie* litteraria,não é menos rasoavel o parecer de R. Dietsch: Nur Verkennen des wahren Wesens der Wissenchaft könnte vielen den Vorwurf der Mikrologie und der zu grossen Specialität machen" —Só o desconhecimento do verdadeiro espirito da sciencia poderia levantar contra muitos escriptores a accusação de *micrologia* e demasiado especialismo." A verdade está pois no meio termo. E' o caminho do meu trabalho. A execução pode ser má, porem o methodo seguido é o unico regular.

Depois de estabelecr como presuposto logico do crime a necessidade de uma lei anterior que o qualifique

(art. 1), e como presuposto psychologico do criminoso o conhecimento do mal e intenção de o praticar (art. 3 ;) depois de differenciar o conceito do crime, dividindo-o em quatro especies ou ordens diversas (art. 2 e § 8), o Codigo passa á fazer tambem uma differenciação do conceito do criminoso, dividindo-o por sua vez em duas classes precipuas :—*autores* e *complices* (art. 4 e 5). Nestes limites,—não ha duvida :—a nossa lei penal é um modelo de simplicidade. Mas nem sempre a simplicidade exclue a imperfeição. Pelo menos é certo que o seu ponto de vista identifica-se com o dos velhos criminalistas latinisantes, os quaes tambem concebiam a delinquencia sob as unicas formas da autoria e da complicidade (2), aquella attribuida á todos os.... *qui causam dant criminis*—e esta á todos os.... *auxiliatores* ; sendo porem de notar que a proposição synthetica—*qui causam dant criminis*—é muito mais clara e comprehensiva do que a disposição tripartita do artigo 4 do Codigo.—Por quanto, ao passo que ali o conceito da autoria tem uma base philosophica na larga e fecunda ideia da causalidade, vemo-lo aqui subordinado e restricto á tres ordens de factores ou grupos de sujeitos, que não abrangem logo intuitivamente toda a extensão generica das causações criminosas. E dahi o estado de permanente controversia nas questões de applicação pratica do referido artigo.

Com effeito, diz elle : São criminosos como autores os que commetterem constrangerem ou mandarem alguem cometter crimes"—Muitissimo bem, se estas tres ultimas proposições, ou por assim dizer, estes tres segmentos déssem a somma do circulo inteiro da realidade dos factos.

Não é porem dubitavel que tal condição tenha sido preenchida ? O Codigo não parece lacunoso ? Considerado como uma definição da autoria, o art. 4 é uma

(2) Rossi.—*Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*—253.

fonte de disputas, pois que o sujeito se mostra mais extenso que o attributo. Na simples expressão—*os que commetterem*,—por menos questionavel que ella pareça, ha sempre motivo de duvida.. Ninguem hesita, é verdade, sobre o que seja e em que consista o facto de *commetter um crime*. As modalidades são innumeras, porem a forma é uma só:—a de praticar a acção criminosa por sua propria conta, de modo que a vontade do delinquente é a causa unica do delicto. Mas isto não basta para deixar tudo liquido. Os casos de coautoria immediata, em que muitos individuos se reunem para a realisação de um crime, que entretanto um somente d'entre elles é sufficiente para commettel-o, e de facto commete-o, —como serão devidamente apreciados, de accordo com o Codigo, se este não poz em relêvo a ideia de uma tal coautoria ? Qualquer dos associados é um autor perpetrante, ou dado o crime, na hypothese figurada, por um só do grupo, ficam os outros para com elle na relação de complices ? A doutrina está assentada sobre este ponto ; mas ninguem dirá seriamente que o Codigo tenha-o collocado á cima de qualquer contestação. O mesmo acontece com a autoria dos que *constrangem*.... Não é que eu julgue digna de nota a falta de distincção entre o constrangimento *physico e psychico*, falta que aliás parece ter sido supprida pelo § 3 do artigo 10, ainda que me incline á crer que ahi mesmo se trata somente do constrangimento psychico, pois o physico, pela nimia raridade, não estava no caso de uma inducção juridica. . *ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt*. Nem tambem faço cabedal de acharem-se confundidas a vis *absoluta e a vis compulsiva*, desde que praticamente os resultados são os mesmos. Ou trate-se de uma coacção de tal arte, que fica sempre livre ao coagido reagir contra ella,—caso em que o *constrangente* pode entrar na categoria do *mandante*,—ou se trate de um constrangimento absoluto, que não deixa espaço para a liberdade,—em ambos os casos o constrangente é criminoso como autor. Porem a cousa não é assim tão simples como se suppõe. Os factos de constrangimento absoluto

podem complicar-se de uma circumstancia particular, que gera uma questão difficil, até hoje ignorada pela sciencia e pela praxe (3). Eis aqui :—existem certos crimes, por cuja natureza está determinado que só possa ser considerada como agente punivel aquelle que praticou mesmo physicamente a acção externa, que contem os caracteres objectivos desses crimes, nos quaes, por conseguinte, não se concebe que o autor punivel possa utilisar-se da actividade de uma outra pessoa como meio de executar o acto exterior criminoso. Estes crimes são, entre outros, os mencionados nos arts. 169, 221, 249 e 250 do Codigo.

Comprehende-se facilmente que alguem possa commetter um homicidio, forçando, por exemplo, uma enfermeira á dar ao seu enfermo, em vez de remedio, veneno. Comprehende-se a possibilidade de falsificar-se um documento, de subtrahir-se um papel verdadeiro, por meio de outrem, que á isso se constrange. Mas não è igualmente comprehensivel que se possa commetter um perjurio ou um incesto, por intermedio de outra pessoa, que constrangidamente os pratica. Esta differença conceitual dos delictos involve, como se vê, uma questão momentosa, com a qual entretanto não é aqui o lugar proprio de occupar-me, segundo a sua importancia. Enunciei-a somente como um exemplo da difficuldade enorme, em que nos collocam o litteralismo juridico, não permittindo que certas lacunas da lei sejam suppridas por outro cacaminho que não o da reforma, e o *chauvinismo* nacional, para quem o Codigo é um *chef-d'œuvre* da sabedoria humana, cuja reformabilidade é tão imcomprehensivel como a do decalogo.

Além dos que *commetterem* e dos que *constrangerem*, são ainda criminosos, como autores,—conclue o art. 4.— os que *mandarem alguem commetter crimes*. E' o ponto central da nossa these. Já vimos que a autoria immediata, a autoria propriamente dita, manifesta-se debaixo de

(3) Gamp—*Gerichtssaal*—Bd. XXVII—72.

um só schema: o de perpetrar o agente a acção punivel por si mesmo, sem o antecedente causal da vontade de outrem; assim como o constrangimento se dá sob duas formas unicas,—a *physica* e a *psychica*,—sendo que cada uma dellas é ainda manifestavel sob uma dupla forma,—o da *vis absoluta* e o da *vis compulsiva*. Quaes são agora os *modos de ser* da autoria pelo mandato? Eis a questão.

II

Logo em principio importa observar que o Codigo não usa mesmo da expressão—*mandato*;—foi a doutrina quem a creou e introduziu na praxe. Mas em vez de esclarecer, a doutrina concorreu, dessa maneira, para turvar a ideia da cousa; porquanto, já existindo determinado na esphera juridico-civil o conceito do mandato, como uma das formas que tomam as relações contractuaes, era facil transportal-o ao dominio do direito penal, e provocar destarte, como de facto, a mais estranha confusão. O mandato criminal ficou assim reduzido á proporções acanhadas, e muito a quem dos limites, que lhe foram, segundo supponho, traçados pela propria lei.

Com effeito, o Codigo diz que são tambem criminosos como autores os que.... "mandarem alguem commetter crimes."—Mas o que é e em que consiste mandar alguem commetter um crime? A casuistica ordinaria do mandato, isto é, a figuração dos diversos modos, porque se pode mandar alguem praticar uma acção ou omissão punivel, não esgota a ideia contida nessa disposição, se não é que se pretenda attribuir ao legislador uma estreiteza mental digna de lastima. Eu creio que elle não pensou claramente, até onde podia estender-se, no mundo dos factos, a participação criminosa do mandante; mas não é crivel que elle tenha querido restringir á tal ponto a ideia do mandato, que bastasse uma dose de habilidade, á cima do commum, para o autor intellectual de um delicto desviar de si o raio da justiça. E' preciso ás vezes estabelecer esta distincção entre o pensamento e a vontade do legislador; sem o que não ha meio de justifical-o

em mais de um ponto, que se apresenta como erraneo e extravagante.

Na formação e applicação da lei, o legislador *induz* e o juiz *deduz*. A sciencia compete ratificar as inducções de um, e esclarecer as deducções do outro.

E' fóra de duvida que o nosso legislador criminal exerceu mal a sua funcção logica, entendendo subsumir ou induzir sob a expressão *os que mandarem alguem commetter crimes* todos os casos, em que um homem, influe, persuade e determina outrem á practica de uma acção crimicosa. Nenhuma das diversas accepções classicas do verbo—*mandar*—é bastante comprehensiva para constituir uma synthese desses casos (4) Mas é tambem certo que elle não quiz, nem podia querer a impunidade de um sem numero de factos visivelmente delictuosos, sob o pretexto de não darem no molde ordinario de uma *ordem, commissão ou encargo* directo para alguem os perpetrar.

Talvez se me objecte que ahi mesmo é que reside a questão, isto é, em saber se os autores mencionados na ultima parte do art. 4 vão alem dos que *ordenam commissionam ou encarregam* outrem da perpetração de um crime ; objecção esta que ainda pode ser reforçada pela consideração de ficarem comprehendidos na amplitude do art. 5 todos os que, não obstante provocarem a ideia do delicto e seu commettimento, não se deixam todavia medir por aquella bitóla. Porem isto é inacceitavel. Admittindo,por hypothese, que o codigo tivesse querido realmente limitar,como figuramos,a autoria do mandante, o que elle teve em mira, nesses limites mesmos,punir mais fortemente que qualquer outra participação delictuosa, e elevar, por assim dizer, á segunda potencia da criminalidade, não foi por certo a *forma* dessa autoria, (*forma*) massomente o seu *conteúdo*. Ora este o facto da juncção de duas causas voluntarias e livres, influindo uma sobre outra, para produzirem um phenomeno criminoso. Mas esta causação complexa não se dá unicamente

(4) Vide—Aulette—verbo *mandar*.

pelos modos indicados. Qual seria pois a rasão, por qne o Codigo devesse restringir assim o circulo da autoria mediata, como quem attribuisse mais peso ao accidente do que á substancia do crime?

"Quando o legislador, diz Merkel, opéra com ideias, que não se acham desenvolvidas dentro do espaço da legislação, não incumbe ao jurista immergir-se na alma delle e tirar de lá a definição e fixação dos conceitos questinados. Por quanto o silencio do legislador não pode ter o sentido de uma proposta de enigmas. Esses conceitos, ou fazem parte da sciencia, ou entram no dominio intellectual do povo. O legislador indicando-os, sem exprimir um modo particular de comprehendê-los, sanccionа a intuição que vigóra na esphera, á que elles pertencem.-(5)".

Tal é pouco mais ou menos o nosso caso.

Ao tempo da confecção do codigo, a ideia do mandato em materia criminal era uma dessas que não se achavam bem desenvolvidas dentro do espaço da legislação; mas já a sciencia tinha chegado á alguma cousa de certo e determinado neste sentido. Não era licito ao nosso legislador interromper a continuidade do desenvolvimento juridico e presuppor para esse e *outros* conceitos do genero uma extensão inferior áquella que a sciencia lhes reconhecia. Nós tinhamos, é verdade, um meio efficaz de tirar á limpo a intenção do legislador:— era recorrer ás *fontes* directas do Codigo e assistir de novo á sua genesis, pela leitura das discussões parlamentares; porem os fastos do parlamento são pauperrimos de dados instructivos á tal respeito. (6)

Resta-nos pois, sem que aliás tomemos o *trabalho* de mergulhar na alma de quem fez a lei, somente apreciar os materiaes que estavam ou podiam estar á dispo-

(5) Holtzendorff's *Handbuch des deutschen Strafrechts*—II 72.

(6) O que, á meu ver, appareceu de mais *significativo* na *occasião em que se* tratou de semelhante assumpto foi a offerta feita á Camara por José Silvestre Rebello de um exemplar do Codigo criminal, da Luiziana (*Sessão de* 12 *de maio de* 1830).

sição do legislador, para *formular* o artigo do Codigo, á que nos referimos, e na parte que nos interessa.

O mandato criminal já existia na velha legislação portugueza, á que eramos sujeitos, e justamente nos termos, em que o nosso legislador o admittiu, quero dizer, como um equivalente da autoria physica.

A Ord-do Liv-5° tit. 35–pr.· e §1 falla de qualquer pessoa que matar outra, ou *mandar* matar,,— bem como de "toda a pessoa que á outra dér peçonha para a matar, ou lha *mandar* dár. Já se vê por tanto que o Codigo brasileiro, desviando-se,no modo de comprehender o mandato, da doutrina consagrada pelo *Code'pénal*, que em alguns outros pontos lhe serviu de modêlo, não teve outro merito se não o de manter se no terreno da historia.

O que ha de proprio e original de *sua* parte é a maior generalidade da formula legal, traçada para todos os crimes, e não para esta ou aquella especie somente.

Porem no seio da velha legislação mesma já a ideia do mandato, em sua significação primitiva de *ordem* ou *encargo* directo de commetter um crime, se *havia* differenciado e assumido outras formas. E'assim que a citada Ord-do Liv-5° tit–54 pr., tratando do falso testemunho, diz que a mesma pena do perjuro haverá o que *induzir,e corromper* alguma testemunha, *fazendo-lhe* testemunhar falso".... Nestas condições, não é crivel que, quando a lei antiga formára uma ideia mais larga da autoria intellectual, não a limitando ao simples mandato, o Codigo brasileiro retrocedesse alguns seculos, e fosse collocar-se quasi no ponto de vista da primeira phase evolucional do direito em tal assumpto.

Mas não é tudo. Nada obstava que o legislador criminal, por força de um liberalismo ignorante ou de uma ignorancia liberalisante, que estava então na epocha de sua melhor florescencia,entendesse realmente dever abandonar os presuppostos historicos de um novo direito penal, como barbaros, despoticos e em regra menos favoraveis ao criminoso do que á sua victima, e quizesse tomar um outro ponto de partida. Admittamos pois que assim fosse, e que o legislador não tivesse com effeito querido

dar á autoria intellectual se não o sentido estricto do mandato. Qual seria a consequencia ? E' que elle teria saltado por cima de millennios, e revestido dest'arte um caracter de anterioridade ao proprio direito romano !... Retiro a hypothese ; a consequencia é absurda. Vamos á provas mais positivas.

III

A ideia da participação criminosa ou da codelinquencia não era desconhecida dos romanos. Mas levanta-se a questão de saber, se o respectivo direito estabelecera o principio geral de uma punição contra todo e qualquer participante do crime ; e ha quem responda negativamente. Entre outros, Rein assim se exprime :— "O direito romano não tinha um principio geral sobre a penalidade do autor e dos mais concurrentes,—como em regra os romanos não gostavam da generalisação;—mas elle dava para cada crime determinações especiaes, e na maioria delles collocava a actividade do autor e dos participantes nas mesmas condições de penalidade ; o que se explica pelo facto de que o direito romano, logo que deixou atrás de si o primeiro grau do seu desenvolvimento, entrou á dar menos valor á relação objectiva do que á manifestação da má vontade". (7) E nesta opinião Rein é secundado por Hälschner, que tambem diz :—"O direito romano é de pouca importancia para a doutrina da codelinquencia ; ainda que o facto de um *concursus plurium ad delictum* não lhe tenha escapado, ainda que em geral elle faça menção dos *socii* e mais detalhadamente do provocador e dos auxiliadores do crime, todavia falta-lhe o conhecimento da distincção essencial da culpa dos diversos participantes, tanto que todo o interesse concentra-se em saber, quem é, em regra, punivel como autor, ao passo que a differença conceitual das especies de participação é posta de lado." (8)

---

(7) *Criminalrecht der Romer*—185.
(8) *Systhem des Preuss. Strafrechts.* Bd. I—301.

Entretanto, por mais respeitaveis que me pareçam os dois escriptores citados, sinto-me obrigado á rejeitar as suas opiniões. E isto, ainda quando achasse-me sosinho no modo de ver contrario. Porem felizmente não estou só. Em primeiro lugar, e em favor da ideia de que os romanos não foram tão maus criminalistas, quanto aquelles escriptores parecem suppor, eu encontro apoio na autoridade de Köstlin, que se exprime desta maneira: —"Não raras vezes ouve-se affirmar que o direito penal foi tratado com escassez pelos juristas romanos. Mas isto sem razão. Neste dominio elles prestaram e deram tudo que podia-se esperar de taes espiritos. Uma grande parte do direito penal romano está intimamente ligado com o direito privado, e é ahi exactamente que as *fontes* romanas correm tão abundantes, como em qualquer das partes mais bem elaboradas do seu direito." x(9) Em segundo lugar, e no que toca em particular á questão da codelinquencia, maxime da autoria intellectual, basta que os textos tenham quem os interpelle. O trabalho é penoso, porem fecundo.

Bem antes que os juristas dos tempos modernos chegassem á construir uma theoria completa sobre o assumpto, já os romanos haviam-na formulado e traduzido na pratica, dando á concurrencia moral e autonomica, na esphera criminal, o mesmo valor juridico da autoria physica ou autoria propriamente dita. E' verdade que a participação positiva não apparece no direito romano sob uma forma geral para todos os delictos; mas nota-se que todas as especies de influencia, que se possa prestar á acção dos outros, foram ahi tomadas na devida conta. Os exemplos são em grande numero, porem limito-me aos seguintes, tirados do disposto á respeito de crimes bem diversos entre si.

Assim lê-se na L. 11. D. *De injuriis et famosis libellis*—(47, 10) Non solum is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit, verum ille quoque continetur, qui *dolo fecit* vel qui *curavit*, ut cui mala

(9) *Lehre vom Morde und Todschlag*—17.

pugno percuteretur. (Comparar com Inst. liv. 4· tit. 4. §11.)

Do mesmo modo :--L. 15 D. *ejusdem tituli.* --Ait prœtor : qui adversus bonos mores convicium cui fecisse *cujusve opera* factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret : in eum judicium dabo.

Assim tambem : --L. 4 § 4 D. *Vi bonorum raptorum et de turba* (47,8)—Hoc autem edicto tenetur non solum qui damnum in turba dedit, sed et is, qui *dolo malo fecerit*, ut in turba damni quid daretur.

Mais ainda :—L. 1 § 1 D. *Ad legem Juliam magestatis* (48,4)....quo tenetur is, cujus *opera dolo malo* consilium initum erit.

Não fica ahi. L. 5. D. *de extraordinariis criminibus* (47,11) In eum cujus, *instinctu* ad infamandum dominum servus ad statuam confugisse compertus erit, &&.

E mais : L. 7 D. *Ad legem Julian de vi publica* (48,6)....de vi publica tenetur, qui necaverit vulneraverit *jusseritve* quid fieri.

L. 7. § 4 D. *Arborum furtim cœsarum*) 47,7) Sive autem quis suis manibus, sive dum *imperat* servo arborem cingi subsecari cœdi, hac actione tenetur. Idem et si libero *imperet.*

No mesmo circulo de ideias :—L. 11 § 5 D. *De injuriis et famosis libellis* (47,10) Si *mondatu* meo facta sit alicui injuria, plerique aiunt tam me *qui mandavi* quam eum qui suscepit injuriarum teneri. Proculus recte ait si in hoc te *conduxerim*, ut injuriam facias, cum utroque nostrum injuriarum agi posse, quia *mea opera* facta sit injuria. Idemque ait et si filio meo *mandavero.*

L. 5 Cod. De *accusationibus et inscriptionibus* (9,2) ....prœter principalem reum, *mandatorem* quoque ex sua persona conveniri posse ignotum non est.

L. 1. D *Ad legem Juliam peculatus* (48,13) .. ne quis ex pecunia....auferat neve in rem suam vertat *neve faciat*, quo quis auferat & &c.

L. 8. 32 § 1. D. *Ad legem Julìam de adulteriis coercendis.* (48,5) — Qui domum suam, ut stuprum fieret, sciens prœbuerit vel quœstum ex adulterio uxoris suœ fe-

cerit,—*quasi adulter* punitur. — Non tamen prohibetur accusator..cum quoque accusare, qui domum suam præbuit vel *consilio fuit*, ut crimen redimeretur.

L. 50 § 1. D. *De furtis* (47,2) Consilium autem dare videtur, qui *persuadet et impellit atque instruit* consilio ad furtum faciendum..

L. 1. D. *De lege Pompeia de parricidiis* (48,9)... si quis patrem matrem.. occiderit *cujusve dolo malo* id factum erit etc, etc.

Finalmente: L. 15. D. *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* (48,8). Nihil interest, occidat quis an *causam mortis præbeat.*

Do exposto é facil de inferir que ideia formavam, e que importancia attribuiam os romanos á participação intellectual. As expressões — *cujus ope, consilio, cujus dolo malo id factum erit, quive id fieri jusserit faciendumve curaverit*, e outras que apparecem em quasi todas as *leges judiciorum publicorum*, são caracteristicas da maneira por que elles comprehendiam o papel dos instigadores, provocadores e maus conselheiros na genetica do crime. Não era somente pelo *mandatum* ou pelo *jussus*, que podia dar-se o correato da instigação, punivel com as mesmas penas impostas á acção principal. Mas todos os modos, directos e indirectos, por que alguem induzia outrem, fazia que outrem (*fecerit, ut*) commettesse este ou aquelle delicto, entravam na comprehensão da autoria moral. Isto é claro e indubitavel.

Posto de parte o direito cononico, em mais de um ponto influenciado pelo direito romano, porem sempre dirigido pelo principio da subjectividade e attendendo menos para o *crime* do que para o *peccado*, é licito affirmar que a ideia romana da participação criminal, como acabamos de expô-la, achou apoio no espirito das epochas e legislações posteriores. A velha escola juridica italiana, representada por nomes, como, entre outros, Clarus e Farinacius, foi quem primeiro sujeitou o conceito da codelinquencia á uma dialectica rigorosa. Julius Clarus principalmente, em seus—*Sententiarum receptarum libri quinque*,— firmou a doutrina, sob o ponto de vista triplice do

consilium,*do mandatum* e do *auxilium*. E não deixa de ser notavel que muita cousa do que elle disse, ha mais de trezentos annos (1560), ainda hoje goze, entre os criminalistas, de geral acceitação, quando não acontece que alguns, menos lidos do que é preciso, dêm como verdade nova e descoberta propria aquillo que o illustre contemporaneo de Giordano Bruno já considerava liquido e esclarecido. (10)Farinacius,por sua vez, occupou-se da questão e fê-la render, applicando-lhe uma larga casuistica, em relação á todos os *persuadentes*, *inflammantes*, *instigantes*, *hortantes*, *incitantes et instruentes*, —*nam persuasio*, *inflammatio*, *instigatio*, *hortatio*,*instructio non differt a consilio*. E o conselho, segundo elle, de accordo com Clarus, equivalia ao mandato, no sentido de dever-se impor ao conselheiro a mesma pena que ao autor aconselhado. Farinacius,—pode-se dizer—deixou assentada a doutrina do conselho; e á elle remontam (1581) muitas ideias, que hoje são triviaes na theoria e na praxe criminal. (11)

Passando ás mãos dos criminalistas succedentes, a doutrina da autoria mediata pode ter-se enriquecido intensiva, mas não extensivamente. Foi assim que, por exemplo, Benedicto Carpzow, á quem a sciencia é devedora de não poucas acquisições, manteve os dados de seus antecessores italianos, apenas addicionando-lhes alguma cousa de novo sobre a theoria da *receptatio*. Dest'arte a ideia do mandato, quero dizer, da autoria intellectual, em sua evolução historica, entrou no dominio dos tempos e dos Codigos modernos.

---

(10) Por exemplo :—Benoit Champy, em sua monographia sobre a complicidade, que aliás é interessante, parece exultar de haver creado uma formula para distinguir o autor do complice; e é a seguinte :—o facto em questão deu nascimento ao crime, ou somente facilitou-o ?—No primeiro caso, co-autoria ; no segundo, complicidade. Ora, este modo de ver, que Champy ingenuamente chama—*notre theorie*,—Julius Clarus já o conhecia até os detalhes !...

(10) Entre outras, a expressão e a ideia de *corpo de delicto* : —Inquisitionem non posse contra aliquem formari, nisi constet de *corpore delicti*, dixi.

IV

Na serie das leis penaes do vigente seculo, o Codigo Criminal brasileiro occupa, chronologicamente, um lugar intermedio ; e é muitissimo provavel que dos seus antecedentes, fosse ao *Code Pènal* sobre tudo, que elle pedisse inspirações. Isto até naquelles artigos, que divergem do modêlo, e nos quaes se nota, como no art. 1, um intuito allusivo ao legislador francez. Nem sempre o nosso codigo foi feliz nessas divergencias ; mas tambem é innegavel que o legislador teve seus momentos de bom senso juridico, desviando-se de proposito da trilha do *Code penal*. Foi assim na delimitação dos conceitos de *autoria* e *complicidade*. Ao passo que o direito francez restringira uma aos actos executivos ou de concurrencia material e directa para a execução de um crime, e a outra aos actos de participação secundaria, como elles são definidos no art. 60 do *Code*, a nossa lei penal afastou-se desta norma, distribuindo os autores em tres classes, e não dando á complicidade outro caracter juridico se não o de ser, genericamente, a concurrencia directa para o crime por meios diversos dos meios cooperativos já elevados á posição de autoria. E ao passo tambem que pela lei franceza o mandato ficou sendo um modo de funccionar como complice, pelo nosso Codigo, ao contrario, o mandato veio á exprimir uma funcção de autor. Verdade é que, na pratica, esta differença entre as duas legislações quasi que não tem importancia, em virtude do principio de assimilação penal de complices e autores, seguido pelo *Code*. Mas mesmo assim, permanece incontestavel que o nosso legislador andou mais bem avisado na sua maneira de apreciar a criminalidade do mandato.

Não cabe aqui, por ser estranho á nossa questão, fazer a critica das vistas contrarias á doutrina consagrada pelo Codigo. O que nos importa, é mostrar que o mandato, considerado por elle como *causa sufficiente para produzir o effeito criminoso*, como diria A. Feuerbach, isto é, o mandato, qualificado de autoria, não vai somente até onde chegam as ideias, que vulgar-

mente acompanham essa palavra, porem muito além. Os motivos que poderam determinar o legislador á conferir á actividade mandante um augmento de valor juridico sobre a complicidade em geral, são os mesmos que me determinam á crer que a ultima parte do art. 4 é muito mais ampla,do que a lettra da lei parece significar.

Esses motivos foram hauridos na relação de causalidade que existe entre a acção do mandante e o delicto, *mediatizados* pela acção do mandatario, e nestas condições, não ha razão de suppor qne outros factos, onde se estabelece uma relação identica, deixem de ter os caracteristicos da autoria, só por que a linguagem vulgar não lhes dá o nome de mandato.

Para que um homem seja responsavel por um phenomeno offensivo do direito, é antes de tudo preciso que entre uma acção ou omissão do mesmo homem e o phenome criminoso haja um *nexo causal*, isto é, que uma acção ou omissão sua seja causa mediata ou immediata desse facto. Ora, é por força deste principio que o mandante, no sentido ordinario da expressão, é responsavel pela acção criminosa do mandatario. Mas só se diz que um homem é causa da acção de outrem, quando elle, intencional ou não intencionalmente, o *determina* de qualquer modo á pratica-la.

Não é portauto admissivel que o legislador tivesse considerado como o unico modo de ser causa moral de um crime alheio, de *determinar* alguem á perpetrar um crime, o mandato em termos restrictos, o mandato *imperativo* ou *de commissão.* (12)

Dir-se-ha talvez que esta maneira de interpretar é por extensão analogica, incabivel no direito criminal. Mas eu declaro alto e bom som que não tenho, como os criminalistas francezes e seus epigonos, um *santo horror* da analogia (13). Não conheço no genero maior extravagancia.

---

(12) A expressão--causa moral—[*causa moralis*] applicada ao mandante, remonta á Böhmer, no seculo passado.

(13) Como se a analogia não fosse uma operação logica, tão

Hegel disse uma vez que um juizo acertado, quando succede tornar-se bem commum da multidão. converte-se de repente em um tôlo prejuizo. A exactidão destas palavras se manifesta ao vivo na questão da analogia.

E'uma verdade que o raciocinio analogico não deve ser empregado abusivamente no direito criminal, isto é, no sentido de multiplicar os delictos, pois á estes se pode adaptar o pensamento do philosopho medieval á respeito dos seres:—*non sunt multiplicanda præter necessitatem.*—Mas o vulgacho dos criminalistas *apoderou-se* dessa verdade e transformou-a n'uma tolice, á cujos encantos já não resistem até espiritos notaveis.(14).

Qual seja porem a rasão por que a analogia, em toda e qualquer hypothese, deve ser excluida do direito penal, é o que ninguem ainda tomou o trabalho de dizer-nos de modo satisfactorio. Dado que fosse, todavia, evidente e irrecusavel o que pretendem esses senhores, a nossa causa ficava no mesmo pé. Não é tanto pelo que.. *ad exemplum legis* vindicandum est, como pelo que... *ex scriptura legis descendit*, que a autoria intellectual, de que trata a ultima parte do art---4 do Codigo, se me *afigura* um conceito de proporções mais largas do que as palavras do mesmo artigo parecem indica—lo. *Etsi maxime verba legis hunc habent intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.* Assim, e dentro das raias da propria lei, a ideia do mandato estende-se á todos os casos, em que um individuo, *sciens prudensque*, determi-

---

competente como qualquer outra! O ridiculo desta especie de *analogophobia* sobe de ponto entre nós que temos um Codigo, no qual a analogia representa um importante papel. Por exemplo: —não ha artigo de lei,que ordene expressamente a punição do mandante; quando pois, *verbi gratia*, o mandante de um homicidio vae acabar seus dias na cadeia, é só em virtude de um raciocinio analogico. Sendo assim, para que tanto medo da analogia, ?. !

(14) Haus—*Principes generaux* du droit pénal belge-151-. O que este autor, aliás consideravel, bem que seja dos que ainda *soffrem* da mania transcendental dos: *principes éternels du juste*, escreveu sobre tal assumpto, é digno de lastima.

mina outrem á commetter, tambem sciente e conscientemente, uma acção ou omissão criminosa.

Tal a intelligencia, que reputo a unica verdadeira, da respectiva disposição do Codigo. Ahi se acha comprehendida toda e qualquer influencia psychologica ou intellectual, provinda de uma pessoa e exercida sobre a vontade de outra, que é levada, por *força* dessa mesma influencia, á tomar uma deliberação e perpetrar um certo crime; isto ao envêz do que se dá, por um lado, com a coacção physica on psychologica, pela qual a vontade desapparece e o pretenso perpetrador se converte em instrumento nas mãos do coagente, e ao envez do que succede, por outro lado, com a complicidade intellectual, que limita-se á confirmar e reforçar no autor a deliberação já existente.

As exigencias conceituaes do mandato, assim exposto, são as seguintes:—1º— que a vontade do mandante se tenha proposto praticar uma acção punivel, certa e *definida*, pelo *medium* da actividade physica de outrem;—2º-que elle, em consequencia deste *animus delinquendi*, tenha determinado, por um meio *efficaz*, uma outra pessoa á commetter a acção criminosa; 3º- que essa outra pessoa, em virtude da determinação de sua vontade por intermedio do mandante, tenha commettido a acção respectiva. —E'facil mostrar :-existe uma distincção essencial entre o mandato e a autoria propriamente dita; e é que naquelle a acção punivel commettida e a vontade criminosa do mandante são *mediatizadas* pela vontade criminosa do agente physico, ao passo que nesta o crime tem sua causa unica na vontade do autor. Ainda *faz* parte do conceito do mandato,—que exista entre o acto do mandante e o acto do mandatario não só um nexo causal, mas tambem um nexo chronologico de antecedente e consequente. A vontade dolosa do mandante é sempre anterior a vontade dolosa do mandatario. Esta circumstancia torna comprehensivel que o mandato, quando se dirige a um *jam alias facturus*, se reduza á simples complicidade, bem como que a aprovação posterior dada á um crime, por mais *significativa* que ella

seja, não possa todavia assumir o caracter de autoria moral.

Eu disse que o mandante devia determinar o mandatario, por *um meio efficaz*, á pratica do delicto. Mas esta *efficacia* do meio é toda relativa ás condições pessoaes, ás condições de tempo, lugar e outras, em que se acha o autor. Não ha mistér de meios geralmente conhecidos como fortes, para induzir outrem á praticar um acto criminoso. O contrario importa uma opinião erronea, que arrasta consequencias exquisitas, se não disparatadas.

Foi assim que Mittermaier viu-se obrigado, por força desse erro, á excluir a *commissão* dos meios de mandato (15). Associo-me neste ponto á opinião de Haeberlin, o qual diz que para o conceito do mandato é *indifferente* saber, por que meios o agente foi determinado á realizar o delicto (15). O principio é applicavel ao nosso direito, excepto quanto a um ou outro caso de *concursus necessarius*, como a peita e o suborno, onde o meio do mandato, que é a paga ou a influencia pessoal, é um elemento substancial do crime; porem no mais, pode elle apenas alguma vez constituir circumstancia aggravante.

E'impossivel enumerar os meios, de que o mandante pode servir-se para *fazer* nascer no animo do mandatario o conhecimento do mal e a intenção de o praticar.

A vontade humana tambem tem a sua mechanica, e ha mistér de *forças* que ponham-na em jogo. Se é certo que uma vontade energica pesa mais que o mundo, e offerece menos que o mundo um ponto de apoio á alavanca de Archimedes, é igualmente certo que uma vontade fraca se amolga com facilidade á pressão dos homens e das cousas. Os meios que determinam alguem, e esta determinação é sempre uma fraqueza,—á commetter uma acção criminosa, são innumeros, é verdade, mas podem reduzir-se á classes, que abrangem quasi

(15) *Archiv des Criminalrechts*—A d. 3, 125.
(16) *Gerichtssaul*: &—624.

todos. Assim costuma-se mencionar a *commissão*,—que não preciza ser expressa por palavras, algumas vezes basta. que o seja por gestos e signaes,—a *ordem*, a *vis compulsiva*, até onde esta deixa intacta a liberdade de obrar, a *supplica*, a *suscitação* ou *utilisação proposital de um erro*, *até* onde tambem este não exclue a imputabilidade, o *louvor* e o *applauso*, o *conselho*, e mesmo *a expressão de um dezejo*, como as *formas* mais geraes, sob que sôe realisar-se o mandato, o qual pode dar-se,—note-se bem,—não só por actos positivos, mas ainda por actos negativos.

Pela natureza da autoria intellectual, segundo temo-la até aqui estudado, é evidente que o *dolus* lhe é essencial. Não existe mandato *culposo* (17). Daqui resulta que, quando pela suscitação de um erro, succede que o mandatario seja um simples instrumento do mandante, sem que haja culpa alguma de sua parte, ou mesmo havendo-a em qualquer grau, porem na ausencia completa do *dolus*, dá-se o que os criminalistas *qualificam* de *mandato apparente* (*scheinbare Anstiftung*—dizem os allemães). Sirva de exemplo o seguinte facto referido por Mittermaier:—Uma mulher (sem duvida um pouco ingenua) ouvira dizer que havia um meio de *fazer* reviver o amor de seu marido, que ella julgava extincto·

Um seu visinho, inimigo occulto daquelle, e á quem ella dirigiu-se para pedir *informações*, apontou-lhe, como meio apropriado, um certo pó, que era entretanto de naturesa toxica, e cuja applicação teve por consequencia a morte do homem. (18) Eis aqui um caso bem caracterisado de *mandato apparente*. A vontade criminosa do visinho é com *effeito* mediatisada pela vontade da mulher, mas esta não encerra, nem mesmo em dose minima, o *dolus* precizo para *formar* o delicto, e por isso

---

(17) Geyer-*Holtzendorff's Handbuch* II,322 e 338—Schwarz—Commentar... 151.-John-*Entwurf mit Motiven*... 248. Schutz *Lehrbuhch:* 153.

(18) Archiv... Bd. 3, 142.

desapparece a ideia da participação, da *societas delicti*, que entra na comprehensão do mandato.

Aos que por ventura ainda insistissem sobre a interpretação restrictiva da terceira parte do art–4, eu poderia que se dignassem de applicar ao exemplo indicado a bitola do nosso direito. Qual seria entre nós a pena do maligno insinuador da mulher estolida? De duas uma :– ou tinha-se de acceitar da doutrina, pois que o *facto* não cabia na categoria do constrangimento, o conceito do *mandato apparente*, e punir o pretenso mandante, como se *fosse* autor physico e immediato,-ou havia–se de deixar impune, por escrupulos de interpretação, um delicto gravissimo, que punha-se fóra da acção da justiça por *effeito* de uma cousa, que aliás constitue para outros uma circumstancia aggravante, isto é, por *effeito* da *fraude*.

Nada porem de mais ridiculo do que esta renuncia do direito de punir um malvado com um simples–*curia ignorat jura*.

O crime do mandante, mesmo isolado do crime do mandatario, admitte a sociedade ; e dahi o *co–mandato* (*Mitanstiftung*, como se diz em allemão), o qual pode ser simultaneo, ou successivo. A *formula* do primeiro : —A + B mandam C commetter um crime. A *formula* do segundo :–A transmitte a B, por qual quer dos meios do mandato, o designio, que este *faz* seu, de commetter um crime por intermedio de terceiro. O primeiro é commum na praxe ; o segundo porem, bem que menos conhecido, não é por isso menos acceitavel.

Como ideia coordenada com o mandato de mandato, é concebivel tambem o mandato de complicidade.

Alberto Berner é de opinião que, nesta hypothese, não existe participação criminosa do mandante ; elle deve ficar impune.(19) Não me parece porem acertado este modo de pensar. Verdadeira considero a opinião de Schwarz, que admitte aquella *forma* do mandato, não só como logicamente concebivel, mas tambem como praticamente realisavel e sujeita á pena. Assim

(19) *Grundsätze des Preussischen Strafrechtes*—28.

como o mandante do mandante é um mandante, do mesmo modo o mandante do complice é um complice; e esta doutrina é tanto mais admissivel, quanto é certo que ella se adapta ao nosso direito. Para quem só comprehende o *directamente* do art-5 do Codigo no sentido subjectivo, que é o verdadeiro, um homem, que manda outrem auxiliar alguem na pratica de um delicto, não é mais nem menos do que um complice.

Igualmente, se não ainda mais clara é a concepção da complicidade do mandato. Por exemplo:- A empresta á B a somma de dinheiro por este dezejada para o *fim* de, com ella, determinar C á assassinar D. Realisado o homicidio, não ha duvida que A concorreu directamente para o delicto de B; e por que este se acha logica e juridicamente associado ao delicto de C, tambem A concorreu para elle, posto pue a relação de causalidade entre o seu acto e o acto de C seja uma relação mediata. Assim sob a ideia geral de participação pode subsumir-se não só o mandato de mandato, o mandato de complicidade e a complicidade do mandato, como até mesmo a complicidade da complicidade-in *infinitum*; -o que nos abre uma perspectiva semelhante, como diz Geyer, á uma dessas grandes salas, cujas paredes cobertas de espelhos repetem cada objecto em innumeras imagens, e *offerece* uma enorme *difficuldade* pratica. Mas as *difficuldades* praticas não excluem a verdade existente no *fundo* de uma theoria

Agora uma outra questão. E' concebivel a tentativa do mandato ? E dado que o seja, o nosso codigo deu entrada á essa doutrina ? Quanto ao primeiro ponto, as opiniões são divergentes. Criminalistas como Bauer, Zachariæ, Luden, Heffter e outros admittem aquelle conceito. Outros porém como Goltdammer, Otto, Hugo Meyer e não poucos mais, combatem uma tal idéa. Como a opinião dos autores, tambem varia a legislação de diversos paizes. Assim, por exemplo, o Codigo penal de Wurtemberg (art. 79), o de Brunswik (art. 37), o de Altenburgo (art. 36), o de Thüringe (art. 34) o de Sachsen (art. 64), dão conta da tentativa de mandato. Ao

contrario o *Code pénal*, o Codigo da Prussia (art. 34), os codigos de Hesse (art. 72), de Oldenburgo (art. 31), Lubeck (art. 32), o codigo do imperio allemão (art. 48), e ainda outros, consagram doutrina differente. Qual é entretanto a theoria mais rasoavel?

Se eu estivesse incumbido de discorrer *de lege ferenda*, não hesitaria um só momento em acceitar a doutrina da primeira ordem de autores e legislações. Mas não tenho essa incumbencia; e como tal, limitando-me ao *de lege lata*, sou obrigado a dizer:—o nosso codigo não admittio a tentativa do mandato. Para isso seria mister que elle tivesse feito do ultimo um crime autonomo e independente da acção principal.

Na tentativa do mandato, como ella é concebivel, comprehendem-se tres casos: 1.º quando aquelle que quer induzir um outro á perpetrar um delicto, não consegue despertar nelle a intenção criminosa; o mandatario não se deixa *mandar*; 2.º quando o mandato é bem succedido, só porque o mandatario chega á tomar a deliberação de commetter o crime, mas não chega a executal-o, nem mesmo a tental-o; 3.º quando o mandante encontra um individuo *omnino facturus* (segundo a expressão da L. 1 § 4 D. *de servo corrupto*), isto é, um individuo já determinado ao crime, e que por isso não póde mais ser induzido á pratical-o. Nenhuma das trez hypotheses se acha positivada em nossa lei penal.

Mas do principio da impunidade do *conatus* o Codigo parece ter feito excepções, que aliás confirmam a regra. Os arts. 90, 99 e 119 tratam de delictos que tem alguma semelhança com a tentativa em questão. A provocação por escriptos ou discursos é um delicto *sui generis*; mas a lei não altera a natureza dos factos, podendo apenas dar-lhes um maior ou menor valor juridico; e o facto da provocação, conforme a sua energia, póde assumir todos os caracteres de um mandato. O contrario seria absurdo, quão absurdo é admittir, por exemplo, que o homem que por meio de um discurso na praça publica provoca outros á praticarem um assassinato, e ainda este immediatamente se dando, não tem responsabilidade crimi-

nal. Os delictos, cuja provocação é ameaçada com penas pelos citados artigos, tem duas phases: a tentativa e a consummação. Dado o caso que, pelo meio indicado, um desses crimes se consummasse, qual seria a pena do provocador? E' uma questão que levanto; não é preciso explana-la.

O Codigo, repito, não deu entrada á tentativa, de que se trata. Será um bem ou um mal? A resposta é difficil. Mas cabe aqui observar que alguns paizes, cujas leis penaes não consagravam esse principio, acabaram por sentir a necessidade da cousa. Foi assim que a questão Duchêsne na Belgica deu lugar á lei de 7 de Julho de 1875, e esta, por sua vez, occasionou o art. 49 a do *Strafgesetzbuch* da Allemanha (1876). Ambas as disposições punem o mencionado *conatus*.

Ainda outros pontos do assumpto. A idéa do mandato é applicavel, em regra, a todos os delictos. Tem-se procurado muitas vezes estebelecer excepções tiradas da diversidade dos motivos. Mas o motivo da acção é tão pouco decisivo, como o do mandato mesmo. A intenção commum póde repousar sobre motivos diversos. Nem mesmo os delictos de funcção, os chamados *crimes de responsabilidade*, constituem legitimas excepções, pois que, quanto a elles, o mandato se especialisa em peita ou suborno.

O chamado *excessus mandati*, que é tambem uma das questões do nosso programma, não tem entretanto a importancia que se lhe costuma dar. O que faz illusão á tal respeito, é a analogia tomada das relações juridico-civis. Actualmente ha completo accordo em que, tambem no mandato, como em todas as formas da criminalidade, não se admitte a *presumptio doli*; as regras geraes sobre a imputação penal, quer dolosa, quer culposa, dão a medida das soluções reclamadas. A responsabilidade do mandante chega somente até onde o crime do mandatario é um producto do mandato. A determinação ou induzimento de um e a acção criminosa do outro devem cobrir-se como causa e effeito.

Semelhantemente o arrependimento do mandante

Bem entendido :—não é o arrependimento subjectivo, porém o objectivo, significado por factos. Nelle distinguem-se dous momentos :—o mandato póde tornar-se sem effeito, ou porque o mandante extinguio a força dos motivos, que determinavam o mandatario, ou porque elle oppoz-se directamente ao commettimento do delicto. No primeiro ponto de vista resolve-se todas as difficuldades, mantendo-se o principio :—a acção punivel é imputavel ao mandante, quando ella é o resultado do mandato. Se elle recúa em tempo, e não obstante o mandatario executa o crime, já fal-o por motivos autonomicamente proprios. Porém releva notar :—os motivos postos em jogo pelo autor intellectual podem permanecer, mesmo depois que elle os procurou abolir. Por exemplo : A provocou o ciume de B, para induzi-lo á matar C, e busca depois, mas em vão, acalmar esse ciume. Pelo que toca aos obstaculos oppostos á realisação do crime, não ha duvida que elles podem ser efficazes ou inefficazes, considerados em si mesmos, assim como podem vir cedo ou tarde. Quando a inefficacia ou a demora é attribuivel á culpa do mandante, não lhe aproveita o seu arrependimento Na mesma classe de obstaculos inefficazes ou tardios está a denuncia, que por ventura dê o mandante á autoridade publica, do delicto a commetter-se, se por ella não se chega á impedi-lo. Ainda que isto aconteça por desleixo da autoridade, não ha razão para negar a causalidade entre o mandato e a acção criminosa, e descobrir uma interrupção dessa causalidade no desmando do funccionario. Nem mesmo tem ahi applicação o principio da compensação da culpa (19). Quanto ao arrependimento do autor physico, é de facil comprehensão, segundo o exposto sobre o mandato mallogrado ou improficuo, que o mandante não é responsavel, quando, tendo suscitado a intenção do mal no espirito de um outro, este, antes de entrar no estadio da tentativa, abandona por si mesmo o projecto criminoso. Mas a cousa é bem diversa, quando o

(19) Schwarz—*Commentar*....161.

mandatario, depois de já ter-se feito culpado de um tentamen, recúa da cousummação, que ainda lhe é possivel. Um tal recuamento nada tem que ver com o mandante, o qual deve ser punido como réo de um *conatus delinqueudi*, ao passo que o mandatario só tem de responder pelo que ha de objectivamente criminoso no facto. Se porém o autor intellectual quiz por ventura mesmo que o delicto só chegasse ao gráu da tentativa, elle converte-se então n'um *agent provocateur*,—conceito que é estranho ao nosso direito penal,—e póde ao muito considerar-se autor *culposo* de qualquer mau resultado, attribuivel á imprudencia.

A dialectica do mandato ou o seu desenvolvimento logico leva-nos mais adiante. Que influencia exercem entre si,—costuma se questionar,— as relações pessoaes do mandante, e do mandatario? A resposta não é duvidosa. Todas as circumstancias, que influem sobre a penalidade de uma determinada pessôa, isto é, que tem um caracter subjectivo, não podem affectar a penalidade de uma outra. Circumstancias ao contrario, que transformam o crime em um crime essencialmente diverso, e que possuem por conseguinte um caracter objectivo, devem ser tomadas em consideração á respeito de todos os que cooperam sciente e conscientemente para o delicto. Esta doutrina, apparentemente simples, tem todavia difficuldades occultas, que se fazem valer, quando trata-se de examina-la nos detalhes e de traçar a linha de separação entre circumstancias objectivas e subjectivas. Em todo o caso, permanece verdadeiro que o principio director, na esphera da penalidade, é o da *individualisação*, isto é, o principio, segundo o qual a existencia desta ou daquella especie de intenção criminosa deve ser apreciada *individualmente* em qualquer dos participes do crime. E' a opinião vigente de criminalistas notaveis, entre estes o italiano Tolomei, o qual ainda observa que a escola juridica do seu paiz sempre rendeu homenagem á semelhante intuição (20).

---

[20] *Diritto e procedura penale*—330.

O mandato ainda comporta outros problemas, bem que de caracter puramente processual. Mas é inopportuno aqui discutil-os. Contento-me com a indicação de alguns. Sirvam de exemplo a prescripção e a flagrancia, que, segundo ás relações de influencia reciproca entre o mandante e o mandatario, podem dar nascimento á questões de não pouca monta. Eu deixo-as de lado; pois que ellas, em summa, não se acham contidas na extensão da idèa do mandato.

Tanto quanto é compativel com um trabalho de tal natureza, o thema está esgotado. Só resta-me pois repetir o que disse no principio :—a execução póde ser má, porém o methodo seguido é o unico verdadeiro.

Recife, 2 de Abril de 1882.

Tobias Barreto de Menezes.