



34,50984  
A927c



1  
A' Bibliotheca da Fa-  
culdade de Direito da  
Recife, Recife

(N.º, Acerv.º n.º 948) O Acervo

# O Projeto do Código Criminal do Brasil

Estudos e sugestões apre-  
sentados pelo Prof. J. Aure-  
liano Corrêa de Araujo, rela-  
tor da comissão designada  
pela Congregação da Facul-  
dade de Direito do Recife

J.A.

Reg. 12  
948



IMPRENSA INDUSTRIAL, 78 - Visc. de Itaparica, 82  
RECIFE — 1937

AC. 336746  
Rq. 8751217  
C341.581  
AGG3P  
1937  
CESP

AV  
UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA

2130		
11	4	1949

## PRIMEIRA PARTE

A Comissão designada pela Congregação da Faculdade de Direito do Recife para apresentar sugestões e formular emendas ao projeto n.º 118 A, de 1935 (Codigo Criminal dos Estados Unidos do Brasil), conforme solicitação da Camara dos Deputados Federais, mediante o officio n.º 446, de 13 de abril do corrente ano, dirigido ao sr. dr. Diretor deste Instituto de Ensino, a Comissão, depois de eleger o seu Presidente, bem como o Relator dos respectivos trabalhos, passa a fazer algumas observações de ordem geral e, em seguida, formular as emendas ou sugestões que lhe inspirou o exame do aludido projeto.

---

Trata-se de um notavel trabalho, fruto de acurados estudos de tecnicos do direito e das ciencias penais, que sob a presidencia do preclaro autor do projeto, se incumbiram de rever e corrigir o texto primitivo, escoimando-o dos defeitos que porventura existiam, dando-lhe fórma elegante, linguagem clara, inteligivel, escrita por vezes em seletto vernaculo. (1)

---

(1) — Compunham a comissão revisora do projeto os illustres criminalistas drs. Evaristo de Moraes, Mario Bulhões Pedreiras, e, como presidente, o des. Virgilio de Sá Pereira.

Acolhe o projeto, em grande parte, os principios juridicos e criminologicos, bem como as medidas politico-criminaes, já consagrados nas legislações dos povos cultos, graças aos ensinamentos da Escola Criminal Positiva, que vem imprimindo em todos os centros culturais, nova orientação aos altos e graves problemas concernentes á justiça criminal e á defesa da sociedade em sua constante luta contra a delinquencia.

Assim, á Comissão apraz salientar, em ligeiros comentarios, as principais inovações que, dando ao nosso futuro Código Criminal um cunho de igualdade, senão de destaque, entre as modernas legislações penais de varios países civilizados, valem tambem como uma das manifestações de nosso progresso e de nossa cultura scientifica.

Inspirando-se nos codigos penais recentes e em alguns dos projetos em elaboração no Velho e no Novo Mundo, o projeto brasileiro apresenta como característica fundamental o acolhimento de principios já vencedores da antrope-sociologia criminal, quanto á classificação dos delinquentes, á periculosidade criminal e social, á individualização e indeterminação da pena, ao emprego das medidas de segurança, ora isoladas, ora em simultaneidade com as penas, applicaveis aos individuos perigosos e nocivos á ordem social, ainda que dependentes da verificação do crime (periculosidade post delitual), dando, destarte, uma orientação scientifica á função punitiva.

Neste sentido o projeto afasta-se do criterio tradicional da Escola Classica, para examinar a ofensa causada á sociedade não sómente pela gravidade do crime, mas pela temibilidade do homem

delinquente, segundo o exame de suas condições físico-psíquicas, ampliando assim a esfera da defesa social e tornando mais eficientes os meios destinados á repressão e prevenção da criminalidade.

Para os escôpos da defesa social, que é um dos característicos do direito penal moderno, como vemos nos codigos recentes e nos projetos em elaboração, bem como para o emprego das sanções (penas e medidas de segurança), o projeto brasileiro faz uma classificação dos criminosos de modo pratico, conforme os caracteres psíquicos, seus antecedentes, suas tendencias, suas condições morais e sociais, modelando-se na do Código italiano de 1930 e no projeto Ferri de 1921, com algumas modificações.

Assim, distingue nos arts. 40, 41 e 42 certas categorias de criminosos para cientificamente lhes aplicar as sanções penais: primarios, que podem ser momentaneos, por indole, reincidentes, profissionais, incorrigiveis, por tendencia a delinquir, que é o mesmo por indole ou por natureza, por paixão, loucos, semi-loucos, deficientes mentais, intoxicados pelo alcool e substancias entorpecentes, etc.

Mas a figura principal é a do reincidente, assim considerado quando já tiver sido condenado, que será punido como profissional, como incorrigivel e como criminoso por indole.

O delinquente primario tambem será punido como momentaneo, quando não apresentar tendencia a delinquir, e como criminoso por indole, quando pela perversidade da concepção criminosa e pela atrocidade da execução do crime, apresentar aquelas tendencias.

Em suma, pode-se enquadrar em quatro categorias ou grupos a delinquencia prevista no pro-

jecto: *a*) delinquencia leve que compreende os criminosos primarios, momentaneos e por paixão; *b*) delinquencia grave abrangendo os reincidentes, profissionais, incorrigiveis e por indole ou tendencia; *c*) delinquencia morbida, na qual são incluidos os doentes mentais e os semi-loucos de imputabilidade restrita, bem como os intoxicados pelo alcool e substancias estupefacientes; *d*) delinquencia dos imaturos e retardados no desenvolvimento cerebral, compreendendo os maiores de 16 e menores de 21 anos, os deficientes mentais e os surdos-mudos.

Efetivamente, esta classificação se impõe, porque, além de fazer a distinção positivista entre aqueles cujo crime representa u'a manifestação isolada em sua vida, dos individuos em que o ato delituoso é o corolario de um estado mental ou organico permanente, obedece ainda o criterio da Escola Criminal positiva, segundo o qual as leis de defesa social devem ser mais severas para os criminosos habituais e por tendencia, em regra perigosos, do que em relação aos momentaneos ou ocasionais que, geralmente, não oferecem perigo social. As sanções repressivas applicaveis aos primeiros destinam-se a evitar a repetição dos atos delituosos, segregando-os do ambiente coletivo, enquanto aos segundos, visam readaptá-los e prepará-los para a vida social.

A' formula da imputabilidade adotada nos arts. 18 e 19, e fundada na faculdade do individuo de normalmente determinar os seus proprios atos, o projeto associa a da imputabilidade restrita para certa classe de pessoas que, não sendo alienadas, não possuem todavia, completa integridade das funções psiquicas. E' a classe dos semi-loucos, que se encontram nas fronteiras da loucura, individuos que

não têm uma doença mental localizada, mas sómente anormalias e perturbações da função psicológica.

Essa imputabilidade restrita apesar de opôr-se aos novos ensinamentos da criminologia, vem sendo adotada pelas novas legislações penais, tendo o projeto brasileiro se inspirado diretamente no artigo 89 do Código penal italiano.

O critério da periculosidade é instituído no art. 151, sob a seguinte fórmula:

“A periculosidade social assenta na legítima previsão de que o autor do crime ou contravenção, provavelmente, o repetirá”.

Mas, como ficou registrado, essa periculosidade não é *pre-delictual*, mas sómente *post-delictum*, porque o projeto, querendo evitar lesões que porventura pudessem ocorrer contra direitos individuais, só adota o reconhecimento do estado perigoso do indivíduo depois da verificação de um fato delituoso, ainda que o agente do ato anti-social seja considerado inimputável por doença psíquica.

E assim dispõe, no art. 150:

“As medidas de segurança só se aplicam depois de cometida a infração, quando socialmente perigoso o infrator, e de acordo com a lei vigente no momento da sentença”.

E' mais ou menos o conceito adotado pelo projeto Rocco, que, no artigo 303, preceitua que “a medida de segurança só póde ser aplicada á pessoa socialmente perigosa, que tenha cometido um fato

previsto pela lei penal, ainda que não seja imputável e não punível”.

A previsão da periculosidade decorre, nos termos do art. 152: 1.º) da inimputabilidade ou da imputabilidade restrita; 2.º) da categoria em que deva ser classificado o agente do crime, conforme a descrição feita nos artigos 40 e 42 e suas alíneas; 3.º) da relação existente entre a infração e a ociosidade, a vagabundagem e a prostituição; 4.º) da relação que existir entre a infração e o uso do álcool ou de substâncias entorpecentes, ou tóxicas; 5.º) da relação entre a infração e as influências perniciosas do meio em que tenha vivido ou permaneça o criminoso.

Posto que só acolha a periculosidade após a prática do delito, o projeto inspirou-se na classificação antropológico-sociológica, que se tem feito dos indivíduos reputados socialmente perigosos, tais como os loucos, e, em geral, todos os anormais psíquicos que, não sendo de todo insanos mentais, raíam pelas cerebropatias, e compreendem um grande número de psico-neuróticos, loucos morais, nevropatas, epilépticos, além de ebrios habituais, vagabundos, viciados em meios malsãos, prostitutas, menores abandonados, etc.

Ao fixar as penas aplicáveis aos delinquentes, o projeto arma o juiz das amplas atribuições de estudar a personalidade do criminoso, atendendo ao perigo social que porventura possa ele oferecer á segurança coletiva. ás causas que determinaram o fato delituoso, á importância da participação no crime, á gravidade da ação antisocial, ao alarme ou comoção produzido no seio da sociedade e, enfim, ao dano material ou moral ocasionado pelo crime.

Si o magistrado, na imposição da pena, está

adstrito, em certos casos, á applicação no minimo e no maximo legais, noutras hipoteses, tem attribuições de livremente atenuar a pena, segundo circumstancias de ordem pessoal, moral e social, relativas ao delinquente, bem como á ação delituosa.

Os artigos 101 e 104 definem as circumstancias pelas quais os crimes se agravam e se atenuam, todos de ordem moral, social e psicologica, atinentes á pratica do crime, á natureza do criminoso, conforme a sua classificação socio-psicologica, os seus sentimentos, as suas tendencias, as suas condições psiquicas, os seus precedentes, etc.

Deste modo a pena será aumentada quando os moveis do crime forem vís; o criminoso tiver agido com premeditada surpresa, simulação, fraude, etc.; si o autor do crime é classificado como reincidente, incorrigivel, profissional, por indole, etc.

Entre outras circumstancias a pena será atenuada: *a*) quando o crime se originar de sentimentos bons; *b*) quando o seu agente fôr classificado como criminoso momentaneo e tiver vida ilibada, anterior ao delito; *c*) quando crise moral profunda ou, sem culpa sua, situação angustiosa o empolgava; *d*) quando cedeu á piedade, provocada por situação irremediavel de sofrimento em que se encontrasse a vitima, e ás suas supplicas; *e*) quando dominado pela colera ou desvairado pela dôr, produzidas por injusta provocação, ou imerecida ofensa; *f*) quando reparou o dano causado pelo crime.

Ao magistrado o projeto comete as graves attribuições de, em certos casos, e ocorridas determinadas circumstancias, aumentar ou substituir a pena, não excedendo, todavia, senão em casos es-



peciais, o maximo especifico (art. 105); e do mesmo modo e em face de circunstancias occorrentes, substituir a pena atenuada, não podendo exceder o minimo legal, nos casos descritos no art. 102 e suas alineas.

Como vimos em alguns dos artigos acima transcritos, estes principios dos projetos e leis recentes quanto ás circunstancias atenuantes e agravantes, bem como sobre a medida da pena, foram sufragados pelo nosso futuro Codigoo criminal que, ao inverso do sistema classico adotado no vigente, onde a pena é sempre proporecionada ao delicto, dá grande importancia ás condições pessoais do delinquente, ás circunstancias que podem agravar ou atenuar a pena, sobretudo ás causas que influiram na perpetração dos crimes, ao escôpo colimado, ao gráu de intelligencia ou do nivel mental do infrator, á sua vida pregressa, ás suas condições economicas e pessoais, as condições do agente depois do fato delituooso, ao dano ocasionado pelo crime, ao alarma social por este produzido, etc.

São motivos de atenuação da pena o movel honroso, a necessidade irreprimivel, o arrependimento, a indenização do dano, a bôa conduta, a anterior vida ilibada, a franca confissão, etc.; e, entre as causas que concorrem para o aumento da pena, contam-se a vida dissoluta, a repugnancia ao trabalho, o egoismo grosseiro, etc.

Esta apreciação da personalidade do criminoso e a importancia que se tem dado ao fator pessoal para a determinação da pena, é um dos principais caracteristicos dos projetos e leis penais recentes.

#### MEDIDAS DE SEGURANÇA

A' semelhança dos codigos recentes, o projeto

dá o nome de medidas de segurança a certas providências de defesa social applicaveis a determinados delinquentes, como loucos, semi-loucos, anormais psicoticos, ebrios habituais, intoxicados, etc., que apresentem estado perigoso. Principio este adoptado em relação aos individuos de imputabilidade restrita, aos quais, entretanto, se applicam simultaneamente medidas de segurança e penas, relativamente aos que, após o cumprimento da pena oferecem perigo á ordem social. Porque o projeto, no sentido da imposição das medidas de segurança, bem como quanto ao internamento de certos criminosos em estabelecimentos especiais, distingue, como fazem as legislações que procuram harmonizar os principios classicos com os positivistas, criminosos imputaveis, inimputaveis e semi-imputaveis ou de capacidade restrita.

No sistema do nosso projeto as medidas de segurança podem concorrer com a pena ou substitui-la, podendo ainda ser impostas com a sentença, ou, provisoriamente, no curso do processo, quando se trata de individuos de capacidade de imputação plena ou restrita.

E', aliás, o metodo tambem seguido pelo Código italiano e projetos suiso, alemão e austriaco, em que se acham reunidas ás penas certas medidas de segurança applicaveis a determinados criminosos. Porque os autores dos projetos referidos, á semelhança do nosso, consideram as penas como meios de defesa social distintos das medidas de segurança, impondo-se as primeiras em atenção á culpa do agente do fato delituoso, enquanto as segundas preveem sobretudo, os interesses da ordem e da segurança social.

Sem embargo dessa concepção, a Escola Penal positiva não faz distinção entre penas e medidas de segurança, porque ha entre ambas uma identidade completa, sendo, portanto, illusoria a sua distinção, conforme se expressou Henrique Ferri, em trabalho publicado na SCUOLA POSITIVA, Janeiro de 1920. E obedecendo a este criterio, ao elaborar o seu projeto em 1921, adota, sob a denominação de *sanções*, as medidas que em outros projetos apparecem divididas em penas e medidas de segurança.

O mesmo se verifica no projeto cubano de 1926, sob a rubrica de “sanções penais” e no Codigo Penal Russo de 1927, debaixo do nome de “medidas de defesa social”. Porque tanto o primeiro como o segundo inspiraram-se no notavel trabalho de Henrique Ferri.

Entretanto, esta associação das penas ás medidas de segurança, assim como a sua applicação não sómente aos criminosos inimputaveis, mas igualmente aos de capacidade de imputação restrita, é seguida com muita eficiencia pelas legislações penais recentes (Codigos italiano, argentino, peruano, etc., projetos alemão, suiso, austriaco, entre outros).

Destarte o projeto brasileiro, para a applicação das sanções penais aos agentes do crime, bem como o seu recolhimento em estabelecimentos especiais, distingue:

1) inimputaveis por doença mental, autores de crimes graves, cuja reiteração se deve presumir de sua tendencia morbida, aos quais o juiz imporá o internamento em Manicomio judiciario, si apresentarem estado de periculosidade;

2) inimputaveis autores de delitos leves, dos

quais poder-se-á esperar um melhoramento em suas tendências morbidas a delinquir. Estes podem ser recolhidos a uma Casa de Custodia para tratamento.

O recolhimento dos imputaveis como o dos de capacidade de imputação restrita que apresentem estado perigoso, será por tempo indeterminado (arts. 157 e 158). E' esta uma grande inovação do projeto no que concerne aos elevados designios da defesa social.

De feito, a Escola Criminal Positiva ensina que os inimputaveis não devem voltar ao seio do agrupamento humano, senão quando não apresentarem mais sintomas de periculosidade, porquanto a experiencia ha demonstrado que os individuos absolvidos em consequencia de doença mental, uma vez em liberdade praticam novos delitos.

A periculosidade, em tais casos, é sempre o criterio decisivo, porque, — observa Eugenio Florian, professor em Turim, — traça a esfera de aplicação do Direito de punir.

A categoria dos delinquentes de imputabilidade restrita applicam-se, segundo o artigo 159, penas simultaneamente com medidas de segurança, devendo ser as ultimas executadas depois do cumprimento das primeiras. No entanto, o projeto abre uma exceção, quando em virtude de pericia medica, se verificar ser o cumprimento da pena prejudicial ao tratamento, hipotese em que as medidas de segurança são executadas em primeiro lugar, por isso que não prejudicam o regimen curativo reclamado pelas condições fisicas ou mentais do acusado (2).

---

(2) — O des. Carlos Xavier, da Córte de Apelação do Espírito-Santo, em erudito trabalho posterior a este Relatorio, apresentado á **Primeira Conferencia de Criminologia**, julga

Em relação ainda ás medidas atinentes aos criminosos imputaveis, o Projeto faz em nossa legislação uma reforma apreciavel.

Si o magistrado, incumbido do respectivo processo, verificar ser o acusado perigoso, em face do estudo de sua personalidade, da natureza da ação por êle praticada e das circunstancias de que se revestiu o crime, poderá imediatamente impôr-lhe a pena de relegação dispensando o estagio carcerario destinado á verificação da influencia sobre êle exercida pela pena, e, na respectiva sentença, ordenará o recolhimento do condenado á colonia que melhor se ajuste ao estado perigoso por êle apresentado (art. 81).

Tratando-se tambem de criminosos incorrigiveis ou profissionais, cujo estado perigoso, conforme as expressões do projeto, relacione-se com a vagabundagem, a mendicancia, a prostituição, ou com influencias perniciosas do meio familiar, ao juiz instrutor cabe aplicar, com a pena, o internamento em colonia agricola, casas de trabalho ou reformatorio judiciario, o qual será executado depois de cumprida a pena.

Conforme dispõe o artigo 162, esse internamento, que será de um a tres anos, pôde cessar, si o juiz se convencer de que foram obtidos os objetivos visados pela medida decretada.

E' condição, porém, como se depreende do projeto (artigo 150) que tenha havido infração da lei penal. Porquanto, conforme já salientamos, o Pro-

---

"anti-cientifico punir para depois aplicar tratamento, ou curar para depois punir".

Importa, porém, observar que o Projeto se refere aos casos de periculosidade que o tratamento muitas vezes não é bastante para remover do criminoso.

jeto não prevê o estado perigoso ante-delitual, como melhor inspirados dispõem o projeto italiano, elaborado por Henrique Ferri, em 1921, o cubano de 1926, do professor Fernando Ortiz e varias leis promulgadas noutros países sobre periculosidade social.

Entretanto, no Brasil uma causa de ordem superior entrou a obra dos reformadores de nossa decadente legislação penal. E' a Constituição de 16 de julho de 1934, que, como a de 1891, adotando o principio da anterioridade da lei penal, não permite condenação, nem sequer processo sem uma lei que os estabeleça. E, os casos de retroatividade da lei, apenas são permitidos em beneficio do réu.

Contudo, não se póde negar que o Projeto arma o magistrado judicial de muito arbitrio na applicação das penas e medidas de segurança, consideradas sanções distintas, conforme os ensinamentos da Escola critica ou intermediaria em que foi se abeberar.

Além das reformas mencionadas, que são, evidentemente, as mais relevantes, o projeto contém outras inovações também dignas de registro.

1.ª) A' ação do Ministerio Publico, na representação dos crimes, materia mal regulada pelo Codigo vigente, o projeto deu maior amplitude, dispondo que todo o crime provocará a ação do M. P. para reprimi-lo, salvo os casos de representação ou de queixa previstos no Codigo". Os casos de representação do ofendido são: lesão corporal leve, atentado ao pudor, violencia carnal, rapto, contagio de molestia venerea, ou sifilitica, calunia, ou injuria, contra autoridade, ou funcionario publico em razão de suas funções.

Alguns desses crimes, que só na hipotese da

periculosidade por ele apresentada na fôrma do artigo 100 n.º 1.

A figura jurídica da tentativa ficou assim despida daquele aspecto exterior que apresentava no Código penal vigente, de modo a evitar erros e dificuldades na sua apreciação, por isso que se acha modificada quanto á fôrma e quanto á substancia.

Posto que descrita em poucas palavras, integra-se, porém, nos mesmos requisitos previstos no art. 13 do Código Penal de 1890: proposito criminoso, inicio de execução e o esforço para conseguir o escôpo colimado.

Si este não é atingido em toda a sua extensão, por haver o agente desistido, a tentativa não é punida, mas o são os atos que constituem crime ou contravenção.

Realmente, quando o crime tentado não produz efeito por força de circunstancias dependentes da vontade do autor, não existe, por certo, tentativa. Falta-lhe, como disse Tobias Barreto, o pressuposto psicologico de um ato de *querer* o crime como ele foi concebido, em toda a sua plenitude. Sendo o *dolus* essencial na tentativa, é claro que o arrependimento desfigura a tentativa, e esta não existe.

Por outro lado, póde ocorrer que, antes da desistencia se verifiquem certos atos que mereçam punição. Neste caso o projeto dispõe que, na tentativa desistida, o seu autor responde pelos atos que, por si sós, constituem crime.

Adotando o conceito da periculosidade quando o autor da tentativa fôr criminoso por indole ou reincidente, o projeto segue a doutrina da Escola

Positiva que, pelo órgão de Henrique Ferri, declara que, segundo as diversas circunstancias reais e pessoais do fato, o autor de um crime consumado pôde ser menos perigoso do que o autor da mesma figura do crime apenas tentado, devendo, portanto, a sanção repressiva adaptar-se ao gráu de periculosidade, em vez de materializar a justiça penal com o atender sómente aos resultados objetivos e externos da ação humana, em vez de os avaliar em relação á sua genese psiquica e pessoal". PRINCIPII DEL DIRITTO PENAL, pag. 531.

Assim, na tentativa, o projeto atende mais ao criterio subjetivo do que o objetivo, considerando-a em todos os casos como virtualmente realizada. E neste sentido, ao dispôr sobre a pena a ser imposta ao seu autor, não atende a circunstancia relativa a impossibilidade dos fins visados pelo delinquente ou á inidoneidade dos meios por êle empregados para a execução do *animus necandi*.

Como já observava a este respeito, Tobias Barreto, ao comentar o Codigo Criminal do Imperio, a tentativa não vale somente pelos atos materiais praticados pelo agente, mas sobretudo pelo que êle pretendia realizar, isto é, pela sua intenção e pelo alarma social que ocasiona. Ou, segundo as palavras de Henrique Ferri, como expressão da personalidade mais ou menos anti-social de seu autor.

3.<sup>a</sup> Legitima defesa. O projeto afastando-se da formula geralmente adotada pelos Codigos penais modernos, inclusive o nosso em vigor, simplifica os requisitos da legitima defesa no art. 10 e seus dois paragrafos, definindo:

“Está em legitima defesa aquele que, usando dos meios que as circunstancias

permitem, repele, de si ou de outrem, agressão atual e injusta, que não provocou, nem podia evitar sem humilhação, ou perigo”.

Estendendo a legitima defesa a todos os direitos lesados, sobretudo os atinentes ao patrimonio, ao domicilio, á liberdade e á honra, o projeto termina estabelecendo no § 2.º do artigo aludido que “a legitimidade da defesa reputa-se pelo perigo inherente ao ato, pela natureza da lesão iminente, e pelo modo de agir do agressor”.

São circunstancias todas subjetivas que cumpre sejam observadas nos casos ocorrentes pelo magistrado julgador:

Quanto aos estados de necessidade, incluídos entre os casos de exclusão da criminalidade, dispõe o projeto:

“Encontra-se em estado de necessidade aquele que infringe a lei penal para preservar um bem, seu ou de outrem, notadamente a vida, a integridade corporea, o patrimonio, a liberdade e a honra, do dano relevante com que o ameaça perigo atual, que não tenha voluntariamente provocado, nem doutra maneira pudesse evitar”.

Os casos de violencia fisica irresistivel, obediencia hierarquica, legitima defesa, estados de necessidade, tiveram formula correta, clara e mais compativel com os nossos principios juridico-criminais.

Para que a obediencia hierarquica exclua a criminalidade, são necessarias, segundo o projeto as seguintes condições:

a) que a autoridade seja competente para dar a ordem; b) que esta não seja ilegal, salvo quando,

por condições especiais, não puder o executor ter consciência da ilegalidade.

E, em seguida, tratando dos excessos, tanto nos casos de obediência hierárquica, quanto nos estados de necessidade e de tentativa, prescreve que os acusados responderão pelo excesso, sendo, porém, a pena atenuada, excetuados os casos de criminosos por índole ou reincidentes porque, nesta hipótese, a pena será aplicada de acôrdo com o estado perigoso dos agentes do delicto.

E' sempre o criterio antropologico orientando o julgador na imposição da pena, por isso que êle tem de atender ás condições mentais ou psicicas do delinquente.

Entretanto, não se applicará pena ao autor, no caso de excesso de legitima defesa, quando este fôr excusavel pela surpresa da aggressão, ou pelo estado de excitação, ou de mêdo, que ela tiver provocado no agredido.

O mesmo dar-se-á quando, nos casos de necessidade, as circumstancias do fato e as condições pessoais do acusado excusarem o excesso.

Aqui ha talvez inconvenientes e dificuldades de interpretação ocasionados pela casuistica da lei. Conviria deixar certas hipóteses ao criterio do juiz, quando tivesse de interpretar os casos occorrentes na pratica judiciaria.

4.º) A materia concernente á co-autoria acha-se tambem modificada pelo projeto.

Em poucas palavras define-se a codelinquencia :

“Responde pelo crime, como se o houvera cometido, quem tiver determinado, ou instigado, o seu autor a cometê-lo, para êle concorrido, ou á sua execução prestado assistencia. Na có-autoria,

as relações, qualidades e circunstancias de carater pessoal são incomunicaveis” (art. 29).

Neste unico artigo o projeto compreende todas as fórmulas de participação criminosa, em seus aspectos de mandato e de cumplicidade, materia que se espalha nos arts. 17, 18, 19, 20 e 21 do Código penal vigente.

É conforme o sistema adotado em relação á periculosidade criminal, distingue na codelinquencia, as relações, as circunstancias e as qualidades pessoais dos delinquentes ou partícipes do crime, ordenando, no artigo 100, que o juiz ao fixar a pena atenda á personalidade do criminoso, á sua classificação psicologica e ao perigo social que ele exprima.

De modo que, no *concursum plurium ad delictum*, este criterio será devidamente observado.

5.ª) O projeto ampliou os casos de ignorancia da lei penal (art. 26 do Código vigente), excluindo a responsabilidade quando a ignorancia é devida á força maior, ou impossibilidade manifesta, ou quando, verificando-se que a ilegalidade é elementar na qualidade da infração, tratar-se de infrator analfabeto ou estrangeiro ainda não familiarizado com a lingua do país e seus costumes.

Fóra destes casos, a pena poderá ser livremente atenuada (art. 30 e seus incisos).

Em caso de erro de fato, o projeto distingue duas hipoteses: na primeira, quando o individuo tiver agido sob a influencia de uma apreciação erronea dos fatos, se esta o favorecer, de acordo com ela será julgado. Na segunda, si o acusado podia evitar o erro usando das precauções adequadas, e a lei reprime o ato como culposos, responderá por culpa.

Ficou assim alterado o art. 26, letra B do Co-

digo penal em vigor, que se occupa "do erro sobre a pessoa ou cousa a que se dirigir o crime", afastando, portanto, as varias questões suscitadas quanto aos casos de *aberratio ictus* e *aberratio delicti*. Ou melhor, alude apenas ao *error facti* e ao *error juris*, não se ocupando da *aberratio ictus*, como fazem algumas legislações recentes que acham bastantes os principios gerais sobre a especie.

6.ª) A materia sobre pluralidade de crimes e concurso formal e material dos delitos, que estava regulada confusamente no Código atual, dando margem a erros de interpretação, como se observa na pratica forense, o projeto a regula com clareza no art. 110.

Quando o individuo fôr processado como autor de mais de um crime, aplicar-se-lhe-á a pena mais grave, que será aumentada em proporção com a gravidade dos crimes, as circunstancias em que foram cometidos, senão tambem á classificação antropologica do criminoso, não excedendo, entretanto, a metade da pena applicavel pelo crime mais grave.

Quando a pena do crime mais grave fôr de prisão, a execução da pena total será rigorosa, salvo se as condições do condenado o não permitirem (art. 111). Estas normas aplicar-se-ão tambem ao que é julgado por um novo crime, não tendo ainda cumprido a pena anterior, bem como ao que, com unidade e identidade de ação, viola diversas leis criminaes, ou diversos dispositivos de uma delas (art. 112).

Aplica-se, porém, pena accessoria ou medida de segurança, quando qualquer um dos crimes reclame uma ou outra.

7.ª) Tratando da embriaguez o projeto só exclúe ou diminúe a responsabilidade nos casos de

alcooolismo ou intoxicação crônica, ou quando provier de caso fortuito ou força maior. Quando, porém, a embriaguez, que produzir estados de inconsciência, ou perturbação grave da consciência, conforme a formula da imputabilidade prevista no art. 19, fôr voluntaria, não exclúe nem atenua a capacidade de imputação.

Acabou-se assim com aquele escandalo, a que se referia Henrique Ferri, quando os Codigos favoreciam a pratica da embriaguez estabelecendo a irresponsabilidade dos ebrios habituais.

8.<sup>a</sup>) O projeto consagra um artigo especial aos delitos passionais, objeto ainda de controversias e discussões entre os criminalistas e psiquiatras.

Dispõe a lei em elaboração que poderá ser suspensa a pena de prisão imposta ao criminoso primario, por prazo fixado entre 3 e 6 anos, para o homicidio ou tentativa de homicidio, e entre 2 e 4 anos, para a lesão culposa grave, quando o ato criminoso fôr cometido sob o dominio da paixão que as circunstancias tornarem excusavel.

9.<sup>a</sup>) A' semelhança das novas e recentes legislações penais, o projeto inclúe, entre novas figuras de crimes, a referente ao contagio venereo ou sifilitico, mediante contacto libidinoso, punindo os autores com detenção por tres meses, no minimo, podendo a multa, que é tambem imposta, ser cumulada em certos casos.

Si, porém, o contagio fôr intencional, a pena será de prisão elevando-se até tres anos.

10.<sup>a</sup>) No homicidio doloso o tempo da prisão será de cinco anos, no minimo, ou com detenção, se o homicio é culposo. O crime será agravado se concorrerem as circunstancias do art. 165 e suas alíneas: a) quando o criminoso fôr filiado á quadri-

lha ou bando, ou assistido por outrem; b) mediante o uso de automovel, aviões ou barcos, ou outros veículos, aos quais imprimisse velocidade excessiva; c) por pagamento antecipado ou prometido, etc.

A materia respeitante ás concausas, assunto muito controvertido no Codigo vigente, o projeto dispõe em poucas palavras, que “nas *concausas* a responsabilidade pelo resultado será excluida, se sobrevier causa independente da ação do infrator, sufficiente para produzi-lo, mas subsistirá quanto aos atos puniveis anteriores. Amplo como é, este artigo póde, na pratica determinar erros e injustiças.

11.ª) Ao contrario do Codigo atual, o projeto inclúe em seu texto o homicidio preterintencional, que ocorre quando o individuo, “com ato tendente a produzir lesão corporal, causar a morte”.

Neste caso aplicar-se-lhe-á a pena do homicidio, sendo, porém, diminuida de um terço até a metade.

12.ª) Entre os crimes contra o patrimonio o projeto inclúe o furto simples e o qualificado, que é o cometido por meio de violencia contra a pessoa. A pena será aplicada de acordo com a classificação psicologica do criminoso e a sua periculosidade social. A palavra *roubo* não é empregada no projeto.

13.ª) Afigura-se-nos que o projeto quis fazer uma inovação no que concerne á reparação do dano causado pelo crime, compreendendo não somente os danos materiais, mas tambem os *morais*, cuja liquidação constitúe materia muito debatida entre os juristas.

No entanto, quando estabelece que a referida indenização a ser feita á vitima do delito, ou aos seus herdeiros, constitúe uma circunstancia capaz

de restringir a pena imposta ao acusado, alude apenas á reparação *material* do crime.

A obrigação de indenizar, que é solidaria na co-autoria e transmite-se aos herdeiros do criminoso, será condicionada pela capacidade economica do mesmo.

Adotando os mesmos principios da legislação actual (Consolidação das leis penais, artigo 70), quanto aos efeitos civis da sentença criminal, dispõe o projeto que “toda sentença criminal de condenação, desde que passe em julgado, se considerará sentença exequenda, a ser liquidada no juizo civil, para o fim exclusivo de apurar-se o *quantum* da indenização devida pelo condenado á vitima do crime, seus herdeiros ou conjuges”.

Neste sentido o projeto, como as nossas leis penais vigentes, está aquem do Código Criminal de 1830, que, na parte 1.ª, capitulo 5.º, occupando-se desta materia, tornava obrigatoria a indenização dos danos materiais ocasionados pela ação criminosa pelo juizo criminal, independentemente da ação civil, proposta fóra do juizo da condenação, exceptuados os casos em que “o ofendido preferir ou usar da ação civil contra o delinquente” (artigo 31, § 3.º).

Efetivamente, a indenização será illusoria se não fôr executada perante o mesmo juiz prolator da sentença condenatoria, e mediante procedimento *ex-officio* do Ministerio publico.

Os representantes da Escola Positiva, pelo órgão de Garofalo, propugnaram pelo direito de ressarcimento dos danos materiais originados dos fatos delituosos, mas, ao mesmo tempo, criticavam o modo de execução adotado nas leis em vigor.

Para Garofalo, a reparação deve considerar-se como uma obrigação directa do Estado, por meio de

uma ação publica que êle proprio deve exercitar.

14.º) Nos crimes contra os costumes o projeto inclúe o estupro, os atos contrarios ao pudor e os casos de sedução, termo preferido ao de deflora-mento.

Tratando do estupro, dispõe que a favor das menores de 16 anos, ha a presunção relativa de violencia; e das menores de 14, a presunção é absoluta. Na pratica este dispositivo provocará, de certo, dificuldades na sua applicação. Melhor seria que fosse sómente fixada uma idade, a de 14 anos para a presunção de violencia.

Os casos de sedução ficarão limitados á mulher virgem de 14 e 18 anos, bem como á circumstancia de ser o ofensor o noivo da ofendida, ou a quem tenha feito promessa de casamento, em cuja seriedade devesse razoavelmente acreditar. A pena será de um a tres anos de prisão.

A este respeito o projeto esposou a doutrina dos comentadores de nossa lei penal que censuravam a circumstancia de ser fixada em 16 anos a idade em que a menor está sujeita á sedução, sendo certo que alguns Codigos europeus estabelecem a idade de 14 anos, apesar da puberdade ser ali mais retardada do que nos climas tropicais, em que o desenvolvimento fisico e, portanto, o mental precipita-se permitindo á mulher, mais cedo, as faculdades de raciocinar e determinar os seus atos.

Ocupando-se do rapto o projeto exclúe o absurdo em que incorreu o Codigo vigente, quanto ao rapto por sedução de mulheres casadas e de solteiras maiores de 21 anos, estabelecendo que só por meio de violencia, ameaça, ou artificios será punido com prisão por seis mêses a dois anos, se visar o casamento, e por um a tres anos si o fim é o comer-

cio sexual fóra do casamento, o individuo que raptar alguma mulher, ou a retiver pelo emprego daqueles meios. (3)

A maior de 16 anos poderá, por si, exercer o direito de representação contra o raptor, mas si com este tiver casado, o prazo correrá do dia em que passar em julgado a sentença que rescindiu o casamento.

O adulterio que, por um absurdo, ainda figura em nosso Codigo Penal, como fato delituoso, o projeto não inclúe em seu texto, no que andou bem inspirado.

15.<sup>a</sup>) Ao definir o crime politico o projeto inspirou-se na doutrina preconizada por Henrique Ferri, aceitando quasi na integra o conceito dado pelo criminalista italiano no art. 13 do seu projeto de 1921, assim expresso:

“Sono delitti politico-sociali quelli comessi esclusivamente per motivi politici o d’interesse coletivo”.

Excluindo a palavra exclusivamente e acrescentando o termo sectario, o projeto brasileiro define no art. 6.<sup>o</sup>:

“São crimes politico-sociais os cometidos por motivos politicos, ou de interesse coletivo, ou sectario”.

No paragrafo unico deste artigo exclúe da definição: a) os crimes em que a criminalidade comum supera a especifica, pela desproporção entre o crime cometido e o fim politico-social visado;

---

(3) — Como applicador do direito, sempre entendi que o termo *sedução* constante do artigo 270 do Codigo vigente, refere-se ás menores, por isso que as maiores só podem invocar a violencia. Mas alguns tribunais têm interpretado de modo contrario attribuindo a sedução tambem ás maiores.

b) os crimes em que, sob motivos politicos, ou de interesse coletivo, aparentes, movel pessoal se dissimula ou, sendo os mesmos reais, com eles corre”.

Retomando assim a materia sobre crimes politicos, contida no Codigo Penal de 1891, o projeto deu-lhe uma orientação científica, adotando a doutrina criminologica quanto ao conceito do crime politico e ao dos seus autores. A despeito de alguns Codigos, como o italiano, o russo e certamente o da Alemanha, agora promulgado, divergindo dessa orientação científica, considerarem o chamado delinquente politico como um ser perigoso, ao menos em relação aos atos praticados contra o regime politico adotado, applicando-lhe penas rigorosas.

16.ª) O projeto ainda faz varias reformas na vigente legislação penal brasileira ao definir e regular os crimes de lesão corporal grave e leve, dano, estelionato, receptação, calunia, injuria, homosexualidade, corrupção de menores, proxenetismo, ofensa publica ao pudor, infanticidio, abortamento, suicidio, bigamia, etc.

Entre os crimes de perigo comum, inclúe o incendio, o uso de explosivos e de substancias toxicas, atentados com dinamite, fabricação de bombas e gazes toxicos. E nos delitos contra a saúde publica consigna varias figuras: envenenamento alimentar, poluição de agua potavel, fabricação e venda de produtos nocivos, difusão de germens patogenicos, favorecimento ao uso de toxicos, etc.

Ocupa-se ainda dos crimes contra a segurança das comunicações e transportes, da moeda falsa, falsificação de marcas officiais e dos pesos e medidas, falsificação de documentos publicos ou privados, dos crimes contra a administração publica, dos

delitos funcionais, dos crimes contra a administração da justiça, contra a organização social e política, contra a Nação, e, finalmente, trata das contravenções, criando novas fórmulas com aspectos variados e matizes diversos.

17.<sup>a</sup>) A parte sobre as penas é importante, fazendo o projeto algumas inovações apreciáveis.

As penas cominadas dividem-se em principais e accessorias. As primeiras são a multa, o exílio local, a detenção, a prisão, a relegação. As segundas são a interdição de direitos, a publicação da sentença, o confisco dos instrumentos do crime e dos proventos dele resultantes, a expulsão de estrangeiro.

A pena de detenção terá por minimo oito dias e por maximo tres anos, sendo aplicada de preferencia a criminosos primarios, podendo, todavia, converter-se em prisão quando imposta a delinquentes comprehendidos na classificação dos arts. 40, 41 e 42 (reincidentes, incorrigiveis, por tendencias), ou quando os moveis dos crimes praticados forem vis.

A pena de prisão, salvo disposição em contrario, terá por minimo um ano e por maximo trinta anos. Será sempre simples quando imposta a mulheres, e se abrandará conforme as exigencias da gravidez e do parto. A pena de detenção será cumprida em estabelecimentos especiais, ou, na falta destes, na penitenciaria em secção exclusivamente destinada ao seu cumprimento. (4)

A detenção que não exceder de um mês, póde ser cumprida em casa, segundo as circunstancias do fato e as condições do condenado, ao criterio do juiz.

---

(4) — O internamento do inimputavel será sempre por tempo indeterminado (art. 158).

A pena de prisão será cumprida nas penitenciarias e prisões comuns destinadas aos imputáveis; nos estabelecimentos especiais destinados aos criminosos de imputabilidade restrita, que só a cumprirão nos comuns, quando aqueles não existirem.

A execução da pena suspende-se nos casos de criminoso primario, quando não são vis os moveis do delicto, ou quando a suspensão não é contra indicada pelas circunstancias do crime, pelos antecedentes pessoais, familiares e sociais do condenado, ou pela categoria criminal em que foi classificado.

O livramento condicional applica-se quando o delinquente primario tiver cumprido metade da pena, e dois terços tratando-se de criminoso por indole, ou reincidente, apurado que do conjunto da vida carceraria do condenado se possa presumir-lhe a correção, ou de suas aptidões e propósitos presuma-se ou deduza-se que ele procurará viver de trabalho honesto.

Não ha duvida que o criterio de se inferir a correção e a rehabilitação do condenado está sujeito a muitos erros. Mas não temos outro meio para a applicação das medidas quanto ao livramento condicional a ser concedido aos delinquentes.

Além disso, a lei, no caso de não serem verificadas as condições que se presumiam no condenado, estabelece medidas de segurança social contra êle, revogando o livramento condicional, para o fim de submetê-lo de novo ao regime carcerario.

O projeto não concede livramento condicional ao condenado que não repara o dano causado com o crime, estando em condições de fazê-lo na medida de suas posses.

Ha uma evidente humanização no cumprimen-

to das penas, que ora são brandas, ora rigorosas, podendo as ultimas ainda ser minoradas, depois de cumprida a metade, si o sentenciado merecer o beneficio.

A segregação rigorosa não excede de 6 meses, salvo em caso especial.

Concluindo o tempo da segregação, começará o do trabalho em comum durante o dia, com isolamento nos intervalos de repouso e durante a noite.

No primeiro ano do regime o trabalho será no interior do estabelecimento, ou nas dependencias. Do segundo ano em diante, poderá ser ao ar livre, em obras e serviços publicos.

Pode-se, portanto, assegurar, quanto ao sistema carcerario, que no projeto brasileiro, não ha mais o isolamento celular que o insigne sociologo criminalista Henrique Ferri dizia ser uma aberração do seculo XIX.

18.ª) Entre as causas da extinção da condenação, o projeto incluiu o perdão judicial e o casamento do ofensor com a ofendida.

A primeira, isto é, o perdão judicial, tem sido preconizado pelos criminalistas da Escola Positiva, e Henrique Ferri reputa a sua inclusão no Codigo Italiano de 1930 como um dos grandes meritos da importante consolidação de leis criminais. A segunda veio sanar um defeito do nosso Codigo ainda em vigor, si bem que já se tenha manifestado a jurisprudencia no sentido de que, perante o direito e a moral, só o casamento da ofendida com o seu ofensor, e não com terceiro, como muitas vezes se pretendeu, expunge o crime, suspende a ação penal e até a condenação do acusado nos delitos praticados contra a honra da mulher.

19.ª) A criação do Conselho de patronatos

para os egressos da prisão, instituto de ha muito propugnado pelos corifeus da sociologia criminal, tambem é uma das boas inovações do projeto.

Quanto á assistencia religiosa nas prisões, o projeto resolve a questão muito suavemente, não dando carater obrigatorio ao culto religioso, nem o banindo dos carceres.

Assim, dispõe que o Estado não subsidiará nenhum culto religioso na Colonia, nem o proibirá desde que os sentenciados o reclamem.

Em suma, o projeto do nosso futuro Codigo Criminal compõe-se de dois livros contendo 483 artigos. O livro primeiro, dividido em titulos, capitulos e secções, tem duas partes — uma geral, que se ocupa do crime, do criminoso e do ofendido, bem como das penas e das medidas de segurança; e outra especial que compreende os crimes contra a vida, a saúde e a integridade corporea, a honra, o patrimonio, a liberdade pessoal, os costumes a familia, a Nação, a administração publica, social, politica, etc. O segundo livro occupa-se das contravenções e abrange setenta e tres artigos.

A parte mais importante é, sem duvida, a do livro primeiro e especialmente a geral, em que estão compreendidas as disposições relativas aos factos delituosos, á pessoa dos delinquentes, ás sanções penais e ás medidas de segurança tendentes á tutela da sociedade.

O fundamento caracteristico do projeto é a adoção das penas como meios repressivos, ao lado das medidas de defesa social de carater preventivo, applicaveis aos criminosos, principalmente inimputaveis e, quando imputaveis, conforme a sua classificação antrop-psicologica e o gráu de periculosidade que porventura possam apresentar.

A despeito do conubio que o projeto faz dos principios da Escola Classica com os da Escola Criminal Positiva, no estudo do crime, do criminoso e das sanções punitivas e preventivas, aliás de accordo com a tendencia ecletica seguida pela novas legislações, todavia procura ampliar os meios de defesa da sociedade, tutelar as instituições, amparar a familia, a moral, garantir a autoridade dos julgamentos da justiça, defender o Estado, os seus órgãos e as suas funções.

Ao aludirmos a algumas das fontes em que se abeberou o projeto brasileiro, visamos apenas o estudo comparativo entre êle e as novas legislações penais, afim de destacarmos as formulas que julgamos melhor inspiradas, e não o objetivo de diminuir a obra, aliás brilhante, de seus autores. Tanto mais que, como observa Emilie Garçon, professor de Direito Criminal da Universidade de Paris, ha uma evidente semelhança entre todos os Codigos e projetos atuais, que obedecem, por assim dizer, a uma lei de imitação.

Mas toda essa penetração reciproca das leis repressoras corresponde ás necessidades da civilização atual e ás aspirações da consciencia publica universal.

E' certo que, em virtude do cunho científico que o projeto apresenta e, principalmente, do arbitrio judicial nele adotado, precisamos, para bem interpretá-lo e executá-lo, de juizes cultos, versados nas ciencias juridico-criminologicas, o que não possuímos senão em pequeno numero. Mas, nem por isso, devemos deixar de promulgar umCodigo moderno, contendo principios científicos que já figuram nas leis penais dos povos cultos: codigos penais da Russia, da Italia, da Argentina, da Dina-

marca, da Grecia, do Perú, da Espanha, do Mexico, e projetos em elaboração de Cuba, da Suissa, da Austria, da França, da Belgica, da Alemanha, (este convertido no código ultimamente promulgado), nos quais são evidentes as reformas verificadas em relação ao direito de punir.

Que se ministre aos nossos magistrados, como se vem de ha muito procedendo nos países cultos, uma educação científica, associando-se ao ensino do direito propriamente dito os conhecimentos indispensaveis das ciencias criminologicas, para que elles possam bem comprehender as innovações introduzidas em nossa lei penal e applicar o novo Código, conforme as reformas impostas pelos reclamos das sociedades modernas em pról de sua defesa e de sua estabilidade. (5)

---

(5) — Nesta parte o relator fez uma rapida exposição da materia com ligeiros comentarios, não só porque a ella tem de aludir, em parte, quando tratar das emendas, senão tambem para evitar que este relatório fique demasiadamente extenso.



## SEGUNDA PARTE

Depois de haver destacado as principais inovações contidas no projeto, á Comissão incumbe a tarefa de, ao lado dos aplausos feitos á laboriosa obra dos autores do nosso futuro Código criminal, aduzir as observações e os reparos que se seguem.

### IMPUTABILIDADE CRIMINAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL

Conquanto muito apreciavel a reforma que o projeto faz em nossa decadente legislação penal, como se pôs em evidencia nas considerações expostas acima, importa, todavia, salientar que não foi ela integral, porquanto os seus autores fizeram algumas concessões aos principios da Escola classica, conforme as doutrinas que os criminalistas ecleticos veem adotando na elaboração dos Codigos modernos, no sentido de harmonizar num só corpo de lei principios doutrinarios até certo ponto antagonicos: de um lado o conceito classico da imputabilidade criminal e, de outro, o principio positivista da classificação dos criminosos, da periculosidade social e das medidas de segurança, que são o resultado das novas doutrinas criminologicas.

Daí afirmar Luiz Jimenez de Asúa que o dualismo politico-criminal adotado nos atuais projetos e em alguns Codigos penais já em vigor, em que ao lado das medievais idéas de imputabilidade e de pena reúnem os novos conceitos sobre estado perigoso e medidas de segurança, dá a esses documentos a apparencia de dois Codigos distintos encader-nados juntos, sob a illusoria intenção de fundi-los. (Conferencias sobre o novo Codigo Penal Argentino na Universidade de Buenos-Aires).

Destarte, o preceito basilar da Escola criminal positiva — a imputabilidade legal e a responsabilidade social, a primeira derivada da lei e a segunda apreciada em face da sociedade — fundamento de todas as reformas para o estudo científico do criminoso, da periculosidade criminal e do emprego das sanções (penas e medidas de segurança), não foi atendido pelos autor e revisores do projeto, que se revelaram presos aos preceitos classicos, sempre ferteis em provocar controversias, e questões inuteis relativamente á responsabilidade criminal, segundo a tradição classica que distingue criminosos imputaveis e não imputaveis e até uma terceira categoria — a dos semi-imputaveis ou de capacidade de imputação restrita ou limitada, como adota o projeto brasileiro, á semelhança de outras leis penais estrangeiras. O que importa fazer uma reforma fragmentaria e incompleta, que não corresponde a uma orientação segura e geral, capaz de atender aos complexos problemas da defesa coletiva.

Com efeito, observa Eugenio Flerian, a Escola criminal positiva ensina que, na defesa contra os delinquentes, é preciso prescindir do livre arbitrio, porquanto a existencia deste é seriamente

posta em duvida pela ciencia e negada pela physio-psicologia. Não se póde, pois, dar á imputabilidade penal e, por consequencia, á defesa coletiva uma base tão oscilante. E acrescenta que a imputabilidade criminal deriva da existencia da propria sociedade. Quando se demonstra que um homem foi causa fisica de uma determinada ação, classificada como crime, surge nele a responsabilidade perante a sociedade. Daí o principio de que o homem é penalmente imputavel porque o é socialmente. (6)

Em consequencia, somente o principio da imputabilidade legal, applicavel a todos os criminosos, sem distincção de suas condições fisicas e mentais, ou de seu estado de normalidade ou anormalidade psiquica, que os autores do projeto não quiseram aceitar, é de molde a imprimir uma orientação consentanea com as reformas exigidas pelas legislações modernas e atender ás necessidades reclamadas pelos altos interesses da defesa social.

Pelas normas da responsabilidade legal, pondera Henrique Ferri, no relatorio que precedeu o seu projeto de Codigo elaborado em 1921 e no qual se têm inspirado, em parte, as novas legislações penais, — pelos principios da imputabilidade legal temos apenas de mudar a qualidade e a quantidade da sanção repressiva, para adaptá-la ao grau de periculosidade e inadaptabilidade social do criminoso pela segregação por tempo indeterminado. E aduz que a responsabilidade legal para todos os criminosos — quaisquer que sejam as suas condições physio-psicologicas, “é a norma suprema da jus-

---

(6) — In *Trattato de Diritto Penale*, edição 1934 vol. II, pag. 1.012.

tiça penal como serena e severa ordem estatal de defesa coletiva contra a criminalidade”.

E' certo que os autores do projeto brasileiro, fundando a imputabilidade criminal na consciencia e na faculdade do individuo de normalmente determinar os proprios atos, segundo a formula consignada no art. 18, procuram afastar-se do conceito classico do livre arbitrio, para apoiar-se na voluntariedade dos atos.

E' o sistema tambem adotado por quasi todas as legislações recentes e projetos em elaboração, tais como o Codigo Italiano de 1931, que assenta a responsabilidade criminal na “capacidade de entender e de querer” (art. 18), e na consciencia e na vontade (art. 45); o argentino de 1922, na consciencia de determinar os proprios atos (art. 37); o peruano de 1924, na faculdade de, no momento de obrar, apreciar o carater delituoso do ato ou de se determinar, segundo esta apreciação, formula identica a do projeto austriaco; o projeto alemão na livre determinação da vontade, condição da punibilidade, embora reconheça como apreciaveis, para a medida da pena, os motivos determinantes do ato delituoso, o fim e as condições pessoais e sociais do autor, como aliás tambem leva em linha de conta o nosso projeto.

Ora, pouco importa que os artifices destas formulas pretendam justificá-las, como fez o Ministro Alfredo Rocco, autor do projeto italiano de 1927, reformado em 1929, e convertido em 1931 no Codigo Penal vigente, afirmando não se fundar no criterio livre-arbitrista, mas na voluntariedade do ato, como se a “liberdade de querer” ou a vontade não estivesse condicionada pelos motivos determinantes dos atos humanos, ou se não fosse, como di-

zia Wundt em seus notaveis estudos de psicologia experimental ou fisiologica, a manifestação necessaria de um estado mental, produto de influencias externas, função direta de fatos fisiologicos.

E é um dos chefes da Escola Classica alemã, o professor Birkmyer, que, ao contestar as doutrinas deterministas dos representantes da Escola Criminal Positiva, dizia não ser possivel justificar a existencia do direito de punir, si se suprime a liberdade de querer.

Por sua vez, o eminente Garraud, que não é positivista, escreve que “em realidade, não ha, quanto á responsabilidade criminal, senão duas teorias logicas: a classica, segundo a qual o homem é responsavel perante a sociedade porque o é moralmente; e a teoria positivista, em virtude da qual o individuo só tem uma responsabilidade penal, pelo unico fato de viver em sociedade” (Traité de Droit Criminel, vol. II, n.º 280).

Consequentemente, capacidade de entender e de querer, faculdade de determinar os proprios atos, de obrar, de apreciar o carater do ato, de determinar a vontade, com condição de penalidade, são formulas disfarçadas ou atenuadas do livre arbitrio, conforme o conceito classico em que assenta o antigo direito de punir: — *libertas judicií, libertas consilii*.

São formulas caducas já combatidas pelos principios scientificos e que não deveriam figurar nas modernas legislações penais, por isso que, além de falsas e illusorias, são ferteis em provocar controversias inuteis, que, desde seculos veem perturbando a função judicante e desmoralizando o direito de punir por toda a parte.

Outras considerações podem ainda ser feitas

em torno da questão da imputabilidade adotada no projeto.

#### A SEMI-IMPUTABILIDADE

Na ultima parte do artigo 19 fala-se de imputabilidade restrita, que se acha associada á imputabilidade integral, diferenciando-se apenas em que na capacidade de imputação restrita a lei presuppõe menor gráu de capacidade para apreciar a ilegalidade de ato, ou, como dispõe o projeto, para “normalmente determinar os proprios atos, em virtude de doença mental, desenvolvimento intellectual retardado ou tolhido, grave alteração da consciencia”.

Diz o projeto: “Se esta faculdade (a de determinar os proprios atos), não estando abolida, estiver entretanto sensivelmente diminuida por alguma das causas especificadas, a imputabilidade será restrita”.

Basta um ligeiro defeito mental para a diminuição da imputabilidade, ou, *ex-vi* do projeto; é necessaria uma grave diminuição da capacidade de imputação ou da faculdade de determinar o homem os seus proprios atos?

Daí se vê quantas dificuldades aparecerão na pratica judicial quando da applicação dos dispositivos sobre a imputabilidade e semi-imputabilidade, dependentes de causas identicas de ordem psicologica e psico-patologica, em que é preciso medir gráus de doença mental, de desenvolvimento e retardamento intellectual e de alteração da consciencia. E' preciso que o juiz ou o perito encarregado de examinar o estado mental dos delinquentes, possúa um frenometro para medir e descrever os gráus de

capacidade de imputação que eles possam revelar á pericia psiquiatrica.

Que de duvidas e de hesitações não se apoderariam do espirito de magistrado, quando, em face das falhas e deficiencias peculiares, em tais casos, á pericia medico-legal, tivesse de aplicar penas restritas, na conformidade do gráu de imputabilidade apresentado pelo agente do crime!

Além disso este sistema de semi-responsabilidade que infelizmente está sendo sufragado por alguns criminalistas e incluído nas recentes legislações, apesar de fortemente combatido pelos sectarios da Escola Criminal positiva, por prejudicial e anti-cientifico, apresenta o grande inconveniente de determinar a applicação de penas de curto prazo, como consta do projeto brasileiro, ficando assim a sociedade mal protegida, no contacto de individuos perigosos, que deveriam ficar segregados do convívio coletivo.

Do estudo das condições merais do criminoso se verifica que, em um grande numero de casos, os que maiores anomalias mentais apresentam são os mais perigosos. E adotado o criterio de aplicar a pena conforme o maior ou menor gráu de anomalia psiquica do criminoso,—tanto vale medir-lhe o gráu de imputabilidade de acordo com o estado mental semi-patologico que apresentar — os delinquentes de menores anomalias mentais, autores de delitos de pouca importancia, teriam, sem duvida, uma imputabilidade mais ampla, ou melhor, menos restrita e, pois, uma pena mais elevada do que os grandes criminosos, que maior periculosidade oferecem ao agregado social.

Nestas condições, a Comissão julga conveniente substituir a materia constante dos arts. 18 e 19 do

projeto, quanto á imputabilidade integral e á imputabilidade criminal restrita, pela seguinte formula (ou outra qualquer com os mesmos efeitos), adotada pelos projetos cubano e italiano, respectivamente da autoria dos eminentes criminalistas professores Fernando Ortiz e Henrique Ferri:

Artigo 18 — Os autores e participes de um crime são sempre legalmente responsáveis, exceptuados os casos de justificativa do fato delituoso.

§ 1.º — O crime é justificado para os efeitos das sanções penais, quando cometido por aquele que se ache:

- I) em estado de legitima defesa;
- II) em estado de necessidade;
- III) em opposição á execução de ordens ilegais;
- IV) na execução da lei, ou em obediencia a superior hierarquico, e em exercicio de funções publicas;
- V) nos limites de uma autorização de direito publico ou privado.

Suprima-se toda a materia concernente ás questões da imputabilidade e da semi-imputabilidade, contida nos artigos referentes aos menores, surdo-mudos, intoxicados pelo alcool e substancias entorpecentes, bem como comprehendida na parte sobre as medidas de segurança, alusiva á previsão da periculosidade, aos internamentos dos imputaveis, dos não imputaveis e dos de imputabilidade restrita (arts. 20, 21, 22, 23, 24, capitulo II; 152, 157, 158, 159, capitulo VI, entre outros).

Substituam-se os artigos 151 e 152, que aludem á periculosidade social e aos fundamentos sobre a sua previsão, pelo seguinte:

Artigo ... — As sanções penais serão applicadas ao criminoso conforme o perigo que elle oferecer

á segurança social. O gráu de periculosidade verifica-se pela gravidade e modalidade do fato criminoso, os motivos que o determinaram e a personalidade psiquica do agente do crime.

Artigo... — As circunstancias indicativas da periculosidade no criminoso são:

a) tendencia a delinquir manifestada pela reincidencia e habitualidade;

b) a precocidade na pratica de crime grave, a vagabundagem, a ociosidade;

c) a precedencia ao crime de motivos ignobeis ou vis;

d) condições psiquicas que, não constituindo doença mental, se revelam antes, durante e após a pratica do ato criminoso;

e) as relações de parentesco com o ofendido (pai, filho, irmão, marido, mulher);

f) premeditação ou preparação refletida do ato criminoso;

g) revelação de insensibilidade moral do autor do crime, manifestada pela maneira de executar o fato anti-social, pelo instrumento nele empregado, creação de dificuldade de meios de defesa da vitima;

h) ter praticado o crime como sicario, isto é, por promessa, dativa, pagamento em dinheiro.

Por estes meios objetivos e subjetivos poder-se-ão verificar as circunstancias reveladoras da periculosidade do criminoso, talvez com maior possibilidade de acertar do que as consignadas no artigo 152 do projeto, como meios de previsão do estado perigoso.

### IMPUTABILIDADE DOS MENORES

No artigo 20 o projeto dispõe que são inimputáveis os menores de 16 anos, acrescentando que o Código de Menores estabelecerá as condições em que o menor de 21 anos, será ou não imputável. O que importa admitir a imputabilidade dos maiores de 16 anos.

O critério tradicional adotado quanto á idade dos menores, para aplicação de medidas de ordem medico-pedagógica ou correcional, como fazem algumas legislações modernas, fixando umas a idade de 16 anos, como o projeto suíço, outras a de 14, e ainda outras a de 10 anos, conforme determina a lei russa de 30 de novembro de 1929, que modificou nesta parte o Código Penal, tem sido, todavia, criticado pelos corifeus da Escola Criminal positiva, que julgam mais acertado deixar á margem o numero de anos, para atender ás condições pessoais do menor. Porque, como pondera Henrique Ferri, o numero de anos é um elemento secundario que deve integrar-se com as condições pessoais, familiares e sociais dos menores, evitando-se uma redução mecânica obrigatoria, ora da metade, ora de um terço, das medidas de defesa social applicadas aritmeticamente aos menores, o que tem sido adotado sem a menor eficiencia.

Assim, seria conveniente substituir o artigo 20 do projeto brasileiro sobre a imputabilidade dos menores, pelo seguinte:

Artigo 20 — O Código dos menores estabelecerá as condições morais e materiais, em que serão applicadas medidas de segurança, de defesa social e de assistência respeitantes aos menores delinquentes ou abandonados, bem como ao seu internamen-

to em estabelecimentos especiais — liberdade vi-  
giada, colocação em casa de famílias honestas, ins-  
titutos de educação, escolas medico-pedagogicas,  
escolas profissionais, agricolas, etc., conforme as  
suas condições morais, fisicas e sociais, reveladas  
em crime, contravenção, tendencia a delinquir, ou  
apenas em vagabundagem, abandono, ociosidade, etc.

### DO CRIME PASSIONAL

O projeto no artigo 120, afastando-se do Codi-  
go Penal italiano em que se inspirou, em grande  
parte, contempla o crime passional, isto é, pratica-  
do por criminoso primario sob o dominio de paixão  
excusavel, podendo a execução da pena, neste caso,  
ser suspensa quando não fôr contraindicada pelas  
circunstancias do crime, pelos antecedentes do  
condenado, ou pela categoria criminal em que deva  
ser classificado. Excetuam-se da suspensão da  
pena, os criminosos que apresentem máus antece-  
dentes pessoais, familiares ou sociais, circumstan-  
cias estas cuja verificação ainda desacertadamen-  
te incumbe ao Conselho de Sentença ou Tribunal do  
juri por ocasião do julgamento do acusado. O que  
é um erro clamoroso.

O projeto neste ponto incide nas constantes  
censuras que se increpavam e se increpam ás leis  
vigentes, que, em relação ao Tribunal popular, ar-  
mam os juizes leigos das graves atribuições de jul-  
gar questões tecnicas relativas ao estado mental dos  
criminosos, sem conhecimento de principios ele-  
mentares de psico-patologia forense.

Além disso ha o inconveniente de estabelecer  
penas de curtos prazos, especie de responsabilidade  
de atenuada para essa debatida classe de crimino-

sos: — pena no mínimo por crime contra a vida ou integridade corporea, podendo ser suspensa por prazo fixado entre tres e seis anos, para o homicidio, e entre dois e quatro anos, para a lesão corporal grave (projeto, art. 120, § 1.º).

O projeto inspirou-se mal no Código argentino de 1922, que, no artigo 81, impõe uma pena atenuada (3 a 6 anos de reclusão, ou um a tres de prisão) a quem matar a outrem estando em *estado de emoção violenta e que as circunstancias fizerem excusavel*, — quasi os mesmos termos do nosso projeto.

As legislações recentes, salvo raras exceções, têm excluído de seus textos o chamado crime passionnal, por isso que a paixão, os afetos e as emoções são estados normais em que se manifesta a alma humana.

Não ha ação honesta ou deshonesta — escrevem Saltelli e Romano, comentando o artigo 90 do Código italiano, segundo o qual os estados emotivos ou passionais não excluem nem dirimem a responsabilidade — não ha ação honesta ou deshonesta, moral ou imoral, licita ou ilicita, que não seja determinada por um motivo emocional ou passionnal.

Apenas rarissimos estados emocionais, oriundos de uma intensa dôr moral têm sido atendidos, não como causa de dirimente da imputabilidade, mas como circunstancia atenuante.

Não se leva em conta, como faz o Código russo, os estados emocionais ou passionais, senão quando têm carater patologico, ficando assim incluídos nos casos de loucura ou doença mental definida nos artigos que se occupam de incapacidade de imputação por anomalias psiquicas. Todos os demais casos, quando a perturbação origina-se de disturbios pas-

sageiros da atividade mental, são considerados como simples atenuantes da sanção penal.

Entre nós o denominado homicídio passional tem sido uma calamidade, porque é uma ameaça constante aos interesses da defesa social, que na hora presente preocupam os sociólogos criminalistas e os homens de Estado em todos os povos cultos, como se vê das leis que têm sido promulgadas, algumas já depois dos respectivos Codigos, como na Belgica (lei de segurança social de 9 de abril de 1930), na França (projeto de 1932), na Russia (lei de 11 de outubro de 1929, posterior ao Codigo Penal), além dos projetos austriaco, de 1928, suíço, de 1929, alemão de 1930, hoje Codigo criminal segundo as ultimas noticias, certamente depois de mutilado para se amoldar ou adaptar ao novo regime politico, pois que estava arquivado desde 1931, visto como os representantes do nazismo não viam com bons olhos alguns de seus liberais dispositivos, sobretudo quanto aos crimes politicos, cujos autores devem ser hoje considerados como entidades perigosas.

Melhor seria que o projeto não incluísse no seu texto essa figura de crime, limitando-se a consignar como circunstancia atenuante.

Assim, a Comissão sugere a suspensão do artigo 120 e seus paragrafos incluindo no artigo 101, como circunstancia atenuante — ter o acusado cometido o homicidio ou lesões corporais sob o imperio de um estado de emoção ou de paixão incoercível, que não tenha sido determinado por motivos anti-sociais.

Fica assim modificada tambem a alinea VI do artigo 101 do projeto,

### CLASSIFICAÇÃO DE CRIMINOSOS PELO JURI

No artigo 108 o projeto arma o juiz da competência de classificar os criminosos e fixar a pena nos julgamentos do juri. Mas ao mesmo tempo dispõe que somente depois que os jurados reconhecerem ser o criminoso primario um delinquente *por indole*, é que este será assim classificado. De modo que o juiz faz e os jurados desfazem, desde que a classificação porventura feita pelo magistrado na presidência do Tribunal popular, fica dependendo da apreciação ou da homologação dos juizes leigos, a cujas luzes o juiz togado deve obedecer.

Ora, isto é um grande contrasenso. Porque vale dizer que a lei comete aos juizes de fato, na sua grande maioria cidadãos iletrados, como se observa sobretudo no interior dos Estados, a competência para classificar criminosos e decidir quanto á sua categoria antropologica e seu estado mental. Nesse sentido o projeto amplia as incongruências existentes na atual legislação do Brasil, que por isso é tão acerbamente censurada pelos criminalistas da Escola Positiva.

Desde que a decadente instituição do juri figura no texto da Carta juridico-política de 16 de julho de 1934, seria curial que o nosso futuro Código deixasse as modificações que devem ser feitas na organização do juri ao Código do Processo Criminal em elaboração. Porquanto, a Constituição Federal vigente, dispondo apenas, como a de 1891, que será mantida a instituição do juri, podem as leis processuais fazer as modificações reclamadas pelos interesses da segurança e da defesa social, conforme tem decidido o Supremo Tribunal, hoje Côrte Suprema de Justiça,

A' vista disto, seria preferivel não se ocupar o projeto da competencia do juri, melhor cabivel em dispositivos de leis processuais. Por consequente, o artigo 108 deve ser suprimido ou substituido pelo seguinte:

Artigo... Ao juri compete decidir sobre as contravenções previstas no Livro II deste Codigo, comprehendidas nos artigos 411 e seguintes, sendo o respectivo processo regulado pelo Codigo de Processo Criminal.

Si, porém, é conveniente ocupar-se o Codigo Penal da competencia do juri, deve-se suprimir a segunda parte do artigo 108, na qual o projeto dá ao Conselho de Sentença atribuições para classificar criminosos. Basta que lhe seja conferida a faculdade de individuar as circumstancias que reconhecer quanto ao fato criminoso.

Do mesmo modo, deve ser suprimido o § 2.º do artigo 120, que comete aos juizes leigos, no juri, as graves atribuições de, no julgamento de criminosos, decidir não somente sobre circumstancias do crime, antecedentes do criminoso, mais ainda quanto á categoria criminal em que deva ser classificado o réu.

Os dispositivos do § 2.º do artigo citado são assim concebidos:

“Suspender-se-á a execução da pena toda a vez que, respondendo a quesitos da defesa, declarar o Conselho de Sentença não militar contra a suspensão nenhuma das restrições do n.º IV do artigo 119, e que êle a julgue conveniente”.

Tais dispositivos nos dão a impressão de que não foram escritos por tecnicos das ciencias penais, conhecedores dos defeitos do Tribunal do juri, cuja falencia vem sendo desde muito proclamada.

### CONCEITO DO CRIMINOSO POR INDOLE

Com o descrever o tipo do criminoso por *tendencia a delinquir* ou *por indole*, da classificação de Von Liszt, os autores do projeto brasileiro, como os do Codigo italiano, não quiseram reconhecer o tipo antropologico do *criminoso nato*, cuja imputabilidade era objeto de controversias entre os criminalistas, sendo ora afirmada, ora negada, conforme as tendencias filosofico-criminais de cada um. (7)

Daí desprezarem as palavras criminoso "por institiva tendencia a delinquir", segundo o artigo 108 do projeto primitivo do Ministro Rocco, de 1927, para adotarem somente criminoso "por tendencia a delinquir", ainda que Henrique Ferri, em uma celebre preleção proferida na Universidade de Roma, sobre o referido projeto tivesse afirmado que o criminoso "por *tendencia a delinquir*" do definitivo, já revisto em 1929, hoje Codigo italiano em vigor, não é mais do que o *criminoso nato* da concepção lombrosiana. E êle assim o empregou no seu projeto elaborado em 1921, no qual se inspiraram em grande parte os autores da grande codificação penal italiana.

Entretanto, consultadas as intenções dos autores do Codigo da Italia, como por certo os do nosso projeto, verifica-se que eles não quiseram fixar no delinquente por indole, ou por tendencia a de-

---

(7) — O criminoso por indole, como o momentaneo, o projeto foi buscar na classificação do criminalista alemão Franz von Liszt. No primeiro, tipo tarado com tendencias ao crime e caracteres anti-socials, predominam condições individuais, ou fatores de ordem organica ou individual, enquanto no segundo, preponderam fatores externos, ou condições exteriores, E', numa palavra, o criminoso de ocasião.

linquir os caracteres antropologicos do criminoso nato, mas do *louco moral*, nome classico dado por Prichard, tambem conhecido por amoral perverso (Colin e Demay), ou ainda "invalido moral", segundo Mairret e Euziére, que lhe consagraram uma monografia, em que descreveram o seu *curriculum vitae*, todos os seus caracteres fisio-psicologicos e todas as manifestações de sua pervertida personalidade.

E' o tipo do individuo aparentemente normal plenamente imputavel, conforme a tradicional distincção classica entre imputaveis e não imputaveis, isto é, "capaz de entender e de querer", segundo a formula do Codigo italiano, ou capaz de "determinar normalmente os proprios atos", nos termos do nosso projeto, por isso que não apresenta disturbios da inteligencia ou da vontade, mas somente alterações profundas do senso etico-social, perversão dos sentimentos, revelando no crime aquela especial *malvagità e periculosità* da lei italiana, ou a perversidade na concepção e atrocidade na execução, do art. 42, alinea II do projeto brasileiro.

Neste sentido se expressa Alfredo Rocco, no Relatorio que precedeu o projeto de 1929, ao tratar do delinquente por tendencia:

"A ciencia psiquiatrica tem identificado estes individuos, nos quais o defeito do senso moral e social não se associa a nenhum disturbio psicologico na esfera intelectual e volitiva; possuem inteligencia lucida e vontade normal, ainda que privados da capacidade etico-social, necessaria á vida no consocio humano. De *indole perversa* e perigosos, têm para o delito uma disposição, uma inclinação, uma *tendencia* sempre pronta a explodir em face de determinadas circunstancias ambientais. O delin-

quente por tendencia é, portanto, caracterizado pela anormalidade e pela especial malvadez e periculosidade. Mas, ao mesmo tempo, deve ser considerado imputavel”.

Conviria, portanto, suprimir da classificação que faz o projeto, o nome de criminoso *por indole* ou tendencia a delinquir, que se afigura ou dá a idéa do “criminoso nato”, sobre o qual a doutrina criminologica sempre esteve em divergencia, e adotar o de “*amoral perverso*”, que é o tipo descrito no Codigo italiano, conforme declarou o Ministro Alfredo Rocco, em seu Relatorio, e tambem perfi lhado pelos autores do projeto brasileiro. Porquanto sobre a existencia desse tipo anti-social, inafetivo e de inteligencia normal, a doutrina criminopsiquiatrica se harmoniza. O nome comum é “louco moral”, termos classicos, mas improprios, porque como observam Mairret e Euziére, a loucura dá uma idéa de doença mental, enquanto que os “invalidos morais” não são doentes psicicos, sinão anomalos constitucionais.

Da mesma maneira impõe-se a substituição do nome de criminosos *incorrigiveis*, conforme adota o projeto no artigo 42, pelo de habituais, contido em quasi todos os Codigos e projetos recentes, como o projeto Ferri de 1921, o cubano de 1926, os Codigos argentino e italiano, ora em vigor.

O projeto brasileiro seguiu neste particular o francês e a lei belga de 1930, que adotam a categoria de criminosos *corrigiveis e incorrigiveis*, classificação falsa e empirica, como pondera o professor de Turim, Eugenio Florian, em seu TRATTATO DE DIRITTO CRIMINALE,

## DELITO DO CONTAGIO VENEREO

O projeto, á semelhança de algumas das novas legislações penais, inclúe entre as figuras de crimes, a referente ao contagio venereo ou sifilitico, mediante contacto libidinoso, punindo os autores com a pena de detenção por tres meses, no minimo, além de multa, que póde ser cumulada.

Isto na contaminação culposa, porque nos casos do contagio doloso ou intencional, a pena, dispõe o artigo 180, ultima parte, a pena será de prisão, elevando-se até tres anos.

Parece, portanto, que o projeto não compreende, o que constitúe uma lacuna, os casos de contagio extra-genital, isto é, por meios que não sejam o “contacto libidinoso”, conforme expressões legais.

A contaminação póde operar-se de varias maneiras, tanto pelo contacto intra sexual, como pelo extra sexual, como a transmissão de nutrizes a lactantes e vice-versa, a falta de asseio ou limpeza em objeto de uso domestico, copos sujos, cobertores e lençoes infectados dos hoteis ou casas de pensões, transmissores de germens patogenicos.

A prova dessa classe de crimes oferece grandes dificuldades na sua produção, como na sua apreciação, ficando a punibilidade de tais delitos sujeita a enganos e erros inevitaveis.

Melhor seria que o legislador estabelecesse medidas de higiene preventiva e repressiva, no sentido da profilaxia da sífilis e das doenças venereas, vigilancia rigorosa das meretrizes, que deviam ser submetidas a exames em postos sanitarios, medidas estas exequiveis e mais efficientes, do que a representação legal em virtude da dificuldade, senão impos-

sibilidade de serem colhidas provas evidentes desta especie de crime.

#### CONCEITO LEGAL DO CRIME

Quanto ao conceito de crime. No sentido meramente legal ou do direito positivo, as legislações ora não definem o ato litigioso, ora limitam-se a dizer que a infração consiste na violação da lei penal.

As primeiras, como o vigente Código italiano, apenas declaram que “as infrações se distinguem em delitos e contravenções segundo as diversas especies de penas para elles respectivamente estabelecidas neste Código. (8)

O nosso Código penal em vigor diz que a violação da lei penal consiste em ação ou omissão; constitúe crime ou contravenção. E no art. 7 define “crime a violação imputavel e culposa da lei penal”.

Na definição do projeto primitivo do Des. Sá Pereira, antes das emendas dos revisores, “crime é a ação humana violadora da lei penal”.

Segundo o projeto que ora examinamos, “o ato humano violador da lei penal é crime ou contravenção”.

Neste conceito os autores ou revisores do projeto não evitaram a critica que se ha feito a estas definições legais, quasi identicas ás de alguns Códigos que não se abstiveram de definir o crime.

Neste sentido o celebre penalista alemão Biding afirma ser inexata a terminologia das leis penais quando assim definem crime, porquanto “o agente

---

(8) — O código penal espanhol de 1932, define: São delitos ou contravenções as ações e omissões voluntarias punidas pela lei.

que comete uma infração não viola a lei penal, mas o principio que deu origem ao artigo do Código. O individuo, *ad exemplum*, que pratica um crime de homicídio não infringe o texto do Código a êle referente, pois que o texto da lei, ao inverso, adapta-se perfeitamente aos fatos praticados. O que, porém, o agente do crime viola é o principio que proíbe matar.

O mesmo applica-se em relação ao crime de roubo, porquanto, o que o individuo infringiu não foi o artigo que define o roubo, mas o principio que proíbe roubar. (9)

Apesar de sutil, esta critica tem sido sufragada por alguns criminalistas, como George Vidal, Joseph Magnol, A. Prins, etc.

Por conseguinte, melhor definição que escaparia á censura acima registrada:

Constitúe crime ou contravenção o ato humano violador do principio juridico contido na lei penal.

#### DA CO-AUTORIA

A' co-autoria, o projeto consagra apenas um artigo, o 29, no qual comprehende todas as fórmulas da participação criminosa, inclusive a cumplicidade em seus aspectos, que a lei penal vigente contempla em artigo distincto.

Mas, em compensação, não atendeu somente ao criterio puramente objetivo dos varios modos de participação, como é do Código de 1890, ainda inspirado nas idéas da Escola classica; atendeu

---

(9) — Biding, *Die Normen und ihre Uebertretungen*, citado por Adolfo Prins, *Ciencia Penal e Direito Positivo* pag. 124.

tambem ao criterio subjetivo, pelo qual se verifica nos concurrentes de toda ação criminosa os caracteres de sua personalidade, destacando em cada um deles o seu estado mais ou menos perigoso.

Daí estabelecer o projeto, na ultima parte do art. 29 que, "na co-autoria, as relações, qualidades e circunstancias de carater pessoal são incomunicaveis".

Os autores do projeto entenderam, como Artur Rocco, ao explicar o art. 117, do projeto primitivo do Codigo italiano, que se não podem distinguir com nitidez as correlações da autoria das da cumplicidade, de modo que todos os partícipes do crime são responsaveis em relação ao fato delituoso, Mas, quanto á medida da pena, é possível admitir um *plus* ou um *minus* de responsabilidade penal e, em consequencia, uma menor medida de pena. Isto em face da personalidade dos concurrentes do crime, de sua periculosidade, e não em virtude do conceito classico, segundo o qual é medida a quota de responsabilidade de cada um dos compartícipes da ação criminosa.

A respeito da extensão do mandato, vemos que o Codigo Criminal do Imperio usava a expressão "os que mandarem alguém cometer crimes", formula que, segundo os seus comentadores, não abrangia todos os casos em que, na expressão de Tobias Barreto, "um homem inflúe, persuade e determina outrem á pratica de uma ação criminosa".

E, posto que alguns interpretes da lei penal, principalmente na pratica judiciaria, tivessem dado maior extensão á formula legal, o certo é que os autores do Codigo penal de 1890, procuraram uma formula mais ampla, nela incluindo não só o mandato por dadas, promessas, ameaças etc., mas

tambem o mandato simples, consistente em uma ordem ou comissão como uma das modalidades do ato de *provocar* ou *determinar* outrem a cometer um crime.

O projeto agora elaborado para o novo Codigo penal do Brasil emprega as palavras *determinar* ou *instigar*, contidas no art. 29, que é assim concebido:

“Responde pelo crime como se houvera cometido, quem tiver *determinado*, ou *instigado* o seu autor a cometê-lo, para êle concorrido, ou á sua execução prestado assistencia”.

Empregando o termo *instigar*, afigura-se-nos — sem embargo de Eugenio Florian afirmar, nos seus comentarios ao Codigo italiano de 1930, que as palavras *determinar* e *instigar* são equivalentes, — afigura-se-nos que os autores do projeto brasileiro quizeram dar mais amplitude ao mandato, tornando-o compreensivo não só dos casos em que um individuo determina, ordena, manda, encarrega, ou comete a outro individuo a perpetração de um crime, senão igualmente inflúe, persuade, estimula, incita, aconselha a outrem á pratica de um ato delituoso.

Todavia é de observar que, conquanto bem redigida e sobria, a formula do nosso projeto é insufficiente como norma para todos os casos em que pôde ser executado o mandato.

Os seus autores, procurando dar-lhe formulas simples, claras, compreensíveis, evitando dificuldades na sua interpretação e evitando que a nova lei assumisse certas feições casuisticas, incidiram, por outro lado, no defeito contrario: deixaram-na, em alguns artigos, deficiente e capaz de provocar

duvidas e erros de interpretação quando tiver de ser aplicada aos casos occorrentes.

Assim, no mandato o projeto omitiu certas circunstancias objectivas essenciaes e accidentaes do crime, como o tempo da participação (*concursum antecedens, concomitans, subsequens*), o excesso, as differenças relativas ao crime cometido e ao convencionado, isto é, quanto á sua natureza e á sua gravidade ou sejam crimes juridicamente distinctos. Não cogita tambem dos casos sobre a imputabilidade do mandatario, como nas hypotheses de instigação ou determinação a menores, a loucos, circunstancias estas previstas no Codigo italiano e em alguns dos novos projetos de leis penais.

Releva ainda acrescentar que, não aludindo o projeto ao mandato oneroso ou mercenario, isto é, por dadas, promessas, pagamento, etc., fórma evidentemente mais grave do que no caso de mandato simples ou gratuito, posto que esta especie de determinação criminosa esteja comprehendida nos mesmos dispositivos legais, convinha considerar agravado o mandato mercenario, ou que fosse cominada pena maior do que nos demais casos de instigação ou determinação para a pratica do ato criminoso.

#### DA TENTATIVA

Na tentativa de homicidio, o projeto, si bem que tivesse procurado dar uma fórma mais simplificada e menos casuistica do que o Codigo Penal vigente, limitando-se a dizer que “o crime é tentado quando a execução, já iniciada, não se cónsuma por circunstancias accidentaes”, reproduz, todavia os mesmos requisitos que *ex-vi* da lei em vigor, integram a figura do crime tentado.

Do atual Código vigente afasta-se, contudo, quando adota o criterio da periculosidade do criminoso para os fins de applicação das penas, ao mesmo tempo que se inspira na doutrina dos criminalistas germanicos, aliando ao criterio objetivo o subjetivo no conceito e na imposição das sanções penais.

A pena applicavel á tentativa é a mesma para o crime consumado, podendo, porém, ser atenuada quando o seu autor nao apresentar caracteres de periculosidade. Pune ainda o crime tentado com uma pena limitada, ainda que o agente tenha empregado meio inidoneo, ou contra objeto improprio, ao inverso do Código atual, que não pune a tentativa “no caso de inefficacia do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim, a que se propoz o delinquente”.

O nosso projeto adotou mais ou menos o criterio do Código argentino de 1922, que, no art. 44, dispõe que:

“Se o crime era impossivel, a pena será diminuida de metade e poderá reduzir-se ao minimo legal ou mesmo excluir-se conforme o gráu de periculosidade revelado pelo delinquente”.

O Código do Perú admite, no art. 97, a possibilidade de pena igual para o crime frustrado.

Talvez melhor inspirado andasse o Código italiano (projeto Rocco), estabelecendo que não ha crime quando pela inidoneidade da ação ou pela inexistencia de seu objeto seja impossivel o evento danoso ou perigoso (projeto art. 52, Código penal, art. 49). Embora, em tais casos, sejam applicadas ao agente medidas de segurança.

O projeto Ferri de 1921 e o cubano de 1926

tambem excluíram a distinção entre crime tentado e frustrado.

Do mesmo modo deliberou a Conferencia Internacional para a unificação do direito penal, reunida em Varsovia, em novembro de 1927, que “a tentativa de um crime ou delito impossivel não é sujeita a pena”, devendo-se, todavia, aplicar se uma medida de segurança, em tais casos.

Não ha duvida que, como já observou Carrara, na pratica, insuperaveis dificuldades aparecem quando se procura fazer distinção entre crime tentado e frustrado.

A' vista disso, é, pois, aconselhavel que ao nosso projeto seja suprimida a parte relativa á punibilidade dos meios utilizados, como prevê o § unico do art. 5.º, podendo ser applicadas aos agentes dessa especie de atos anti-sociais medidas de segurança, em vez de pena, quando apresentarem sintomas de periculosidade, conforme têm adotado as leis e projetos recentes. (10)

Por outro aspecto da questão, mais acertado andaria o projeto se não aludisse a atos preparatorios, distinguindo-os de atos de execução, como fez o Codigo italiano em vigor, em face da dificuldade de separá-los.

No caso de desistencia da tentativa, é bastante estabelecer que o seu agente responderá pelos atos que constituírem crimes á parte, como dispõe o referido Codigo italiano

Porquanto, o proprio Carrara, a quem aprouve a principio, para distinguir atos preparatorios

---

(10) — Com a modificação sugerida o projeto melhor adaptar-se-ia ás doutrinas ecleticas em que geralmente se inspirou.

de atos de execução, chamar aos primeiros equívocos e aos segundos unívocos, abandonou depois este critério por considerá-lo erroneo e falso.

#### DA PRESCRIÇÃO

Ocupando-se da prescrição das penas, o projeto de nosso Código modificou o sistema ora em vigor na legislação penal, conforme o Decreto n.º 4.780 de 27 de dezembro de 1923, que modificou o art. 85, do Código Penal de 1890 quanto aos prazos da prescrição, sem alterá-lo, todavia, em sua essência.

Entre estas reformas, o projeto dispõe que a pena de prisão prescreve em trinta e cinco anos, quando a condenação impuser pena de igual natureza, por tempo de trinta anos, de modo a ficar reformado profundamente o regime do Decreto 4.780, que dispõe prescrever em vinte anos a pena que exceder de 12 anos, isto é, a de 30 cominada em homicídio qualificado.

Assim também quanto á pena de mais de 10 anos, que, nos termos do projeto, art. 138, só prescreverá em 25 anos, ao contrario da lei vigente que fixa o prazo de 16 anos para a prescrição da pena de mais de 10 até 12 anos. E assim por diante em relação ás penas de menor prazo.

No que concerne á prescrição da ação penal, dispõe o Código em vigor, no art. 78, que está subordinada aos mesmos prazos fixados para a da condenação, excetuados os casos especificados nos arts, 275, 277 e 281 (lenocínio, adulterio, direito de queixa privada).

Sobre este assunto, o Decreto 4.780, de 1923, acima citado preceitúa que as disposições atinen-

tes á prescrição da pena applicam-se, de acordo com o que estabelece o art. 78 do Codigo, á prescrição da ação penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstratamente cominada na lei, ou pela que fôr pedida no libelo, ou, enfim, pela que fôr imposta em sentença de que sómente o réu houver recorrido.

Tratando deste ponto, dispõe o projeto, no art. 16, que a ação criminal prescreve: *a)* em 20 anos, quando o maximo generico da pena de prisão puder ser atingido (no homicidio trinta anos); *b)* em 15, se o maximo especifico não se fixar em menos de 10, nem a mais de 15 anos; *c)* em 10, se, partindo de 5 anos, não atingir a 10.

O projeto neste sentido apenas modificou, para torná-los mais curtos, os prazos estabelecidos na lei penal vigente.

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934, no art. 113, alinea 27, dispõe que:

“A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu”.

Principio este hoje reputado em todos as legislações dos povos civilizados como um dogma.

Por consequencia, não podendo ser mantidas as alterações do projeto quanto aos prazos de prescrição das penas, por colidirem com os dispositivos da Constituição Federal, relativamente ás condemnações proferidas no regime do Decreto 4.780 de 27 de dezembro de 1923, convém suprimir as modificações do projeto ou harmonizá-las com os dispositivos da lei anterior, afim de evitar que eles se contraponham aos da Carta juridico politica de 16 de julho,

### A EUTANASIA COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE

Na alinea 18 do art. 101 o projeto acolhe a eutanasia ou homicídio piedoso como circunstancia atenuante, dispondo que será diminuida a pena quando o agente do crime “tiver cedido á piedade, provocada por situação irremediavel de sofrimento em que se encontrasse a vitima e ás suas supplicas”.

A ninguem deve ser conferido o direito de matar quaisquer que sejam as condições em que se possa encontrar um enfermo, quando mesmo se reconheça a incurabilidade do doente e este suplique no sentido de lhe ser tirada a vida, afim de libertá-lo do sofrimento. Tanto mais que se não deve incluir na lei um ato que fere os sentimentos humanos e sociais.

Além disso, o criterio da incurabilidade das doenças é uma questão ainda aberta entre os terapeutas e patologistas.

Quanto a outro aspecto da questão, afirmam eles que “a medicina possui meios efficientes para aplacar as dôres humanas”, acrescentando que a “agonia não é sempre acompanhada de dôr, pois frequentemente a consciencia do moribundo não está obscurecida e a morte sobrevem quando a sensibilidade cerebral conciente se tem extinguido” (Henrique Morselli, *L'uccisione pietosa*, pag. 152).

Sob o ponto de vista juridico não é menos controvertida a questão, si a encararmos quanto ao consentimento por parte do enfermo que, em situação angustiosa de dôr fisica e moral, não pôde ter capacidade para deliberar sobre seu destino no momento mais aflitivo de sua existencia.

Em um sistema juridico, no qual a pena se impõe em nome da sociedade, observa A. Prins, não é

possivel derogar por convenções particulares as leis de ordem publica. O homicidio, ainda que solicitado pelo doente, não póde encontrar excusa no consentimento deste. O que constitúe a essencia do delicto é ser um ato anti-social, lesivo da ordem juridica. De sorte que a vontade privada, inclusive a do ofendido não póde apagar a criminalidade do ato.

Em discurso proferido na Academia de Medicina do Rio de Janeiro, o professor Leonidio Ribeiro, depois de elogiar a obra dos autores do projeto para o Codigo Penal brasileiro, manifesta-se contra a introdução, no texto do projeto, da eutanasia, observando que “não póde aplaudir o dispositivo que diminúe a pena de qualquer individuo que se decida a suprimir a vida de seu semelhante, realizando aquilo que se chama o homicidio piedoso”.

Por consequente, se bem que o homicidio compassivo seja adotado por algumas legislações, ora como dirimente da imputabilidade, ora como simples circumstancia atenuante, a consciencia juridica o vem rejeitando, mesmo no carater de atenuação da imputabilidade criminal.

Assim, a Comissão propõe seja excluida do projeto a circumstancia atenuante, prevista no art. 101, alinea IV, relativamente á eutanasia ou homicidio piedoso.

#### PARTE ESPECIAL — DO INFANTICIDIO

No que respeita ao infanticidio o projeto fez uma reforma completa na legislação penal vigente, reduzindo o crime aos atos praticados pela mulher, durante o parto, ou sob a influencia do estado puerperal, de que resulta a morte do recém-nascido,

punindo o infanticídio com a pena de prisão por tres annos, ou com detenção por seis meses, no minimo. E, ao mesmo tempo, contempla o crime praticado, antes de conhecido o parto, pelo pai ou irmão da puerpera, para occultar a deshoira da filha ou da irmã.

A pena de prisão nestes casos será por metade, podendo o juiz convertê-la em detenção, na fórmula do art. 61, isto é, quando se tratar de criminoso primario (arts. 168 e 169).

O projeto revogou o requisito da idade do recém-nascido, isto é, os sete primeiros dias do seu nascimento, subordinando-o ao tempo do parto ou ás influencias do estado puerperal. Mas, mesmo nestas condições, não distingue as hipoteses do infanticídio praticado por meios directos e indirectos, isto é, por comissão ou omissão, conforme a fórmula do art. 298 do Código penal vigente.

Todavia ha, nos dispositivos do projeto, algumas lacunas que releva destacar.

Em primeiro lugar, cominando o projeto uma pena atenuada ou pela metade, para os casos do infanticídio praticado pela mulher, sob a influencia do estado puerperal, não atendeu senão em parte a certos estados de inconsciencia patologica que podem ocorrer por occasião do parto, não diminuindo sómente a imputabilidade, como entenderam os autores do projeto, mas a excluindo por completo.

Com effeito, ensinam os tratadistas da Medicina legal que podem resultar do puerperio, violentos processos fisicos, intensos conflitos psicologicos, estados passionais capazes de ocasionar não só perturbações passageiras, mas a supressão completa da consciencia. E nesses disturbios mentais a mulher pôde atentar contra a vida do filho, sem que

se lhe possa atribuir responsabilidade mesmo diminuída

Ainda a morte do recém-nascido pôde ocorrer independentemente da vontade da parturiente, nos casos, *verbi gratia*, em que o parto é clandestino e a mulher, isolada, é acometida daqueles fenomenos morbidos que a impossibilitam de socorrer o filho.

Ao que nos parece, estes casos não foram previstos, ao menos com clareza, pelo projeto, que, aludindo ao infanticídio ocorrido durante o parto, ou ainda sob a influencia do estado puerperal, não admite, em nenhuma hipotese, a imputabilidade da infanticida, si bem que a pena seja diminuída.

Neste sentido, o professor da Universidade de Buenos Aires, Nerio Rojas, numa ligeira analise feita ao projeto brasileiro, escreve que a influencia do estado puerperal não pôde ser uma circunstancia constitutiva do delito, porque ou ela é fisiologica, isto é, normal e, neste caso, pôde aplicar-se a toda mãe que mata o filho, ou ela é patologica, e, nesta hipotese, comporta uma alteração psiquica que a converte em dirimente, ou ainda, pôde ser um simples estado de emotividade incapaz de por si só, impelir a mulher ao crime. (11)

Por outro lado, o projeto exclúe o caso da *honoris causa* em favor da mulher, quando o crime é praticado para ocultar a deshonra. Porquanto, segundo o artigo 169, só aos parentes da puerpera (pai ou irmão) a lei atenúa a responsabilidade, punindo com a metade da pena em que incorrerem.

A omissão dessa circunstancia a favor da mulher constitúe uma grande lacuna do projeto, por

---

(11) — Arquivos de Medicina Legal e Identificação, edição de Março de 1935, pag. 13 e seguintes).

isso que desde Beccaria foi ella introduzida nas legislações dos países civilizados em favor das mães, que matam os filhos recém-nascidos, quando illegítimos, levadas por sentimentos de honra. Circunstancia esta que, encarada com certa amplitude, não deve ser admitida sómente como atenuante, mas também, em casos especiais, como excusativa da propria imputabilidade criminal, conforme os ensinamentos da psico-patologia. Tais são os estados emocionais em que podem encontrar-se, algumas vezes, mulheres honestas que foram impelidas ao crime em terriveis momentos de desespero, quando feridas pela desgraça, pelas contingencias da miseria, pelo abandono, pelas humilhações da vergonha, e, em grande numero de casos, não dispõem de meios para amparar e manter o filho.

Neste particular ainda se expressa o professor argentino acima citado, observando ser injusto suprimir a ocultação da deshonna como movel do crime praticado pela mãe, para transferi-la aos parentes desta. Do mesmo modo julga erroneo suprimir o termo de sete dias de existencia da criança, como adota o Codigo atual, para substitui-lo pelo tempo do estado puerperal, cuja duração é variavel e discutida.

E acrescenta que, si a influencia do estado puerperal não póde ser uma circumstancia elemental do delito pelas razões já expostas, — isto é, porque si é patologica conduz á irresponsabilidade e se normal não póde atenuá-la, — o melhor elemento capaz de qualificar o crime é a ocultação da deshonna. O fator biologico proposto, neste caso, pelos autores do projeto suisso e sufragado pelo brasileiro é um erro.

## DO ABORTAMENTO

Dispondo sobre o abortamento, o projeto, distingue, nos arts. 170, 171, 172, 173, as seguintes fórmulas:

a) aborto determinado pela propria mãe, que o provoca; b) por terceiro com ou sem o consentimento da mulher, sendo a pena de tres anos de prisão para a primeira hipotese e de 5 para a segunda; c) si resultar a morte da mulher a pena será mais elevada: 2 a 6 anos si o agente provar ter agido com o consentimento da vitima; 3 a 9 anos, no caso contrario; d) abortamento necessario para salvar a vida da mulher, com o consentimento desta, caso em que não haverá applicação de pena, quando praticado por medico diplomado, salvo si, ocorrendo a morte, seja esta resultante de impericia, imprudencia ou negligencia.

Como no infanticidio, applica-se uma pena atenuada quando o crime é praticado pelo pai ou pelo irmão da mulher para ocultar a deshonra.

Conforme observa o professor Nerio Rojas, no abortamento necessario ou legal, o projeto tem o defeito de restringir o recurso terapeutico á sua indicación mais extrema — o projeto diz “recurso extremo para salvar a vida de alguma mulher” — excluindo o preventivo no sentido de evitar um perigo para a saúde ou a vida da mulher, como aliás o sufraga o Codigo penal argentino.

Ao contrario de alguns Codigos modernos, como, *verbi gratia*, o italiano de 1930 (art. 551) e o espanhol de 1932 (art. 119), o projeto brasileiro só contempla no beneficio da *levioris penae*, os parentes da mulher (pai ou irmão); conforme tambem adota no infanticidio, excluindo assim a mulher que pratica o abortamento ou consente que

outra pessoa o faça, para occultar a sua deshonra. O que é uma evidente injustiça.

Não foram igualmente previstos no projeto os casos em que a mulher é menor de 16 anos, ou não tem capacidade para prestar o seu consentimento, ou ainda quando este é obtido mediante violencia, ameaça, engano, sugestão, etc., hipotese estas previstas noutras legislações.

Tão pouco pune o projeto, como prevê o Codigo italiano, a simples instigação á mulher grávida para abortar, ministrando-lhe meios idoneos. A pena prevista na lei italiana para esta hipotese é de 6 meses a 2 anos.

Tambem não prevê o projeto brasileiro os casos em que o individuo ministra a uma mulher, que supõe grávida, meios directos para a provocação do abortamento, ou nela pratica atos visando este objectivo.

Quanto a esta ultima hipotese, que é prevista no Codigo italiano de 1930, a lei francesa de 27 de março de 1932, alterou o artigo 317 do Codigo penal da França, para nele incluir os casos em que das manobras abortivas praticadas em mulher que não se encontre grávida, resulte a morte ou lesão corporal. A punição dos seus autores tambem se impõe.

Os comentadores do Codigo italiano, manifestando-se a esse respeito, escrevem que o "novo Codigo estabeleceu nitidamente a punibilidade da tentativa, em relação a todas as fórmulas do aborto, porque a sua não punibilidade, sobretudo na época presente, era um grande contraste com a actual politica demografica e etica". (12)

---

(12) — Carlos Saltelli e Eurico Romano — COMMENTO pag. 803.

Relativamente ás penas a serem impostas, o projeto afastou-se tambem de algumas legislações que punem com sanções mais rigorosas.

O Codigo penal italiano, *verbi gratia*, impõe a quem provoca o abortamento de uma mulher com o seu consentimento a pena de 2 a 5 anos; e no caso contrario, a de 7 a 12 anos. Si resulta a morte da mulher, que não consentiu, a pena será de 12 a 20 anos; si uma lesão corporea, 10 a 15 anos. Quando o consentimento é obtido, a pena será de 5 a 12 anos, no caso de morte, e de 3 a 8 se ocorreu uma lesão corporea. Em todos os casos, si o abortamento é provocado para salvar a honra propria ou de um proximo parente, a pena será reduzida á metade ou a dois terços.

Nestas condições, convem incluir no projeto em discussão os seguintes casos em que o consentimento da mulher não deve ser atendido, tratando-se das hipoteses previstas nos arts. 171 e 172, relativas ao chamado aborto criminoso:

1.º) quanto ás menores de 16 anos; 2.º) ás pessoas que, por qualquer motivo, não estejam em condições de poder determinar normalmente os proprios atos, segundo a expressão usada pelo projeto quando trata da imputabilidade; 3.º) quando o consentimento é obtido por meio de violencia, ameaça, engano, sugestão, etc. E bem assim as hipoteses acima, registradas relativamente: *a*) a extensão da *honoris causa* á mulher e não somente aos parentes, como prevê o projeto no art. 171, ultima parte; *b*) aos casos em que as manobras criminosas forem praticadas contra mulher que, suposta grávida, não o esteja e lhe occasiona a morte ou lesões corporeas.

Tratando-se do abortamento legal deve ser in-

cluido não somente o recurso extremo para salvar a vida da mulher, mas também o preventivo afim de evitar um perigo iminente para a saúde e a vida da mesma.

Quanto ao abortamento procurado espontaneamente pela mulher e procedido sob a orientação e a técnica do médico especialista em obstetria, o melhor seria deixá-lo sem punição, *ad nutum* da mulher, que quisesse libertar-se do fruto da concepção, ainda imaturo, em hospital ou estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado. Isto, porque, como bem pondera o prof. Edgar Altino, entre nós é difícil chegar-se a verificação da prática legitimamente criminosa do abortamento. De modo que o art. 300 do vigente Código penal é como se não existisse.

Além disso, si no infanticídio, como observam os criminalistas, os seus autores revelam por vezes periculosidade, no abortamento, ao revez, os protagonistas não apresentam senão raramente estado perigoso e em grau inferior.

Conforme escreve Enrico Altavilla, professor da Universidade de Napoles, "o aborto é um delito para o qual mais contribuem delinquentes passionais e de ocasião".

Os profissionais do aborto é que estão a merecer uma particular atenção. Nos pequenos e nos grandes centros ha individuos que se consagram a esta profissão. As mulheres muitas vezes perdem a vida quando entregues a estas terriveis manobras.

(13)

Por consequencia justo será que a lei reprima

---

(13) — Enrico Altavilla, *Delitti contro la persona, la integritá e la sanitá della stirpe.*

com sanções rigorosas os profissionais, em benefício das condições éticas da sociedade, e, ao mesmo tempo, regule os casos em que, sob o imperio de circunstancias especiais de ordem moral, economica ou social, a mulher recorra ao poder publico para remediar um estado penivel especial.

Neste sentido o novo Codigo argentino já admite o abortamento quando a prenhez é oriunda de una violação ou de um atentado ao pudor cometido sobre uma mulher em estado de idiotia ou de loucura, desde que o seu representante legal o requeira (art. 86). Na Russia sovietica, onde esse delito foi porventura melhor observado em suas inevitaveis manifestações, o Codigo de 1926 permite o abortamento si a mulher recolhe-se a um hospital para ali ser operada em condições higienicas, sem remuneração ao medico que o pratica por autorização do poder publico.

---

No caso de não ser aceita a emenda sugerida relativamente ao principio da imputabilidade legal para todos os criminosos, sem a distinção classica de delinquentes imputaveis e não imputaveis, para os efeitos de aplicação das penas e das medidas de segurança, a Comissão passa a fazer, nesta hipotese, outras considerações.

#### **DA CAPACIDADE DE IMPUTAÇÃO PLENA E RESTRITA**

Primeiramente, é de observar que a formula da imputabilidade e da semi-imputabilidade, prevista no art. 19 do projeto, não é das mais aceitaveis:

“Carecem de imputabilidade aqueles que, por doença mental, desenvolvimento mental incomple-

to, ou retardado, perda ou grave alteração da consciência, não possuem a faculdade de normalmente determinar os próprios atos. Si esta faculdade, não estando abolida, estiver, entretanto, sensivelmente diminuída por alguma das causas acima especificadas, a imputabilidade será restrita”.

De sorte que a imputabilidade apoia-se *a)* na doença mental; *b)* no estado de agenesias cerebrais, isto é, desenvolvimento mental incompleto, ou retardado; *c)* na perda, ou ainda na grave alteração da consciência, que impeçam o individuo de determinar com normalidade os seus atos.

E', aliás, a formula adotada por alguns projetos, como o alemão, o austriaco, o suíço, etc., que fundam a capacidade de imputação na faculdade de apreciar o carater ilícito do ato.

E' o sistema chamado mixto, no qual ao criterio biologico se alia o psicologico, requisito de idéas classicas, capaz de provocar, na applicação da lei, duvidas e controversias, como ocorre em relação ao art. 27 § 4.º, do Codigo penal em vigor.

O melhor criterio é o biologico, que deixando de parte as questões de “perda ou diminuição da consciência, perturbações transitorias da consciência”, ou outras expressões semelhantes, funda a inimputabilidade nos casos de insanidade mental.

Neste sentido manifesta-se o grande mestre dr. Nerio Rojas, membro proeminente da Comissão encarregada das reformas das leis penais argentinas, afirmando que o mais aceitavel é o criterio biologico puro, que funda a inimputabilidade em um fato concreto: a existencia de um estado patologico. O criterio psicologico e o mixto possuem conteúdo moral e provocam constantes confusões. A exigencia do requisito psicologico pôde criar du-

vidas em casos de alienados lucidos, que sabem determinar com toda logica os seus atos e são precisamente os mais perigosos.

Aludindo diretamente ao projeto brasileiro, diz o professor argentino que “não são felizes as expressões usadas pela projeto ao se referir ás afecções psiquiatricas ocasionadoras da inimputabilidade. Alude á doença mental e a desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que é uma tautologia, porquanto o desenvolvimento incompleto é tambem uma fórmula de doença mental e portanto, seria bastante usar esta ultima expressão. E acrescenta que o termo amplo, que compreende todas as fórmulas de insanidade psiquica é — alienação mental.

De acôrdo com estes ensinamentos alguns Codigos recentes, como por exemplo, o russo, adotam o termo “enfermidade mental” nele compreendendo todas as fórmulas de doenças do cerebro, estados de degeneração e de deficiencias mentais (imbecilidade e idiotia), epilepsia e varios casos de anormalidades das funções psiquicas.

A formula esposada pelo Codigo italiano é tambem fundada no criterio biologico puro:

“Non é imputabili chi, nel momento in cui ha comesso il fatto, era, per infermitá, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere ou di volere” (art. 88).

Ocupando-se da imputabilidade restrita, ainda sufraga o mesmo criterio, não a baseando, como faz o nosso projeto, em “perda ou alteração limitada da conciencia”, mas em estados patologicos, isto é, doença mental.

E assim dispõe, no art. 89:

“Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto,

era, *per infermitá*, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacitá d'intendere o di volere, risponde del reato commesso, ma la pena é diminuita”.

A formula adotada em o nosso projeto tem pontos de contacto com a do Codigo italiano, por isso que a “capacidade de entender e de querer” da lei italiana é mais ou menos equipolente á “faculdade de determinar normalmente os proprios atos”, do projecto brasileiro. No entanto, funda tambem a inimputabilidade em estados meramente psicologicos. No que diverge do Codigo da Italia.

A' vista do exposto, convém substituir a formula do art. 19 do projeto pela seguinte:

Carecem de imputabilidade aqueles que, por alienação mental, não possuirem a faculdade de normalmente determinar os proprios atos. Si esta faculdade, não estando abolida estiver, entretanto, sensivelmente diminuida pela causa acima especificada, a imputabilidade será restrita.

E' o criterio biologico puro que, no dizer dos mais autorizados criminologos e alienistas, é o mais scientifico sob o ponto de vista psiquiatrico e juridico.

#### **IMPUTABILIDADE DOS DEFICIENTES MENTAIS**

Depois, o projeto adotando a formula sufragada pela maoria dos Codigos e dos projetos em elaboração, que aceitam o dualismo filosofico-penal, isto é, o criterio da imputabilidade criminal com o da periculosidade dos criminosos, deles se desviou quanto á capacidade de imputação dos deficientes mentais, considerando inimputaveis, como os loucos, todos os agenesicos intellectuais que apresentarem

desenvolvimento incompleto ou retardado das faculdades mentais” (art. 18), enquanto as legislações recentes, além da doença mental, como causa de dirimente da imputabilidade, só incluem a *idiotia* ou a *imbecilidade*, estados graves das deficiências mentais, conforme dispõe o nosso Código penal ainda em vigor, excluindo assim os estados superiores das disgenesias cerebrais, como são reputados os debs mentais em seus inumeros gráus.

Porquanto os estudos psiquiátricos mostram que, entre os disgenésicos intelectuais, ha varios estados, uns caracterizados por simples *deficits mentais*, outros por fórmias inferiores como a imbecilidade e a idiotia.

A fórmula do nosso projeto é, pois, muito vaga e talvez perniciososa na prática, porque é susceptível de uma aplicação ampla e exagerada, por isso que debs mentais, em seus gráus mais ou menos superiores, existem em grandissimo numero.

Desde que o projeto aceita o principio da semi-imputabilidade, combatido pela Escola Positiva, convinha applicá-lo a todos os individuos anormais que não são alienados, ou deficientes mentais (semi-loucos, conforme o termo adotado por alguns psiquiatras franceses), sem procurar medir o gráu da anomalia ou deficiência mental, para a aplicação da pena de acordo com o gráu de imputabilidade, como determina o projecto nor artigos 19 e 21.

E’ o sistema adotado pelo Código Penal, chinês, promulgado em 10 de março de 1928, segundo o qual será applicada uma sanção penal reduzida a todo o individuo fraco de espirito. Sendo perigoso, applicar-se-ão medidas de segurança conforme a periculosidade porventura apresentada.

Evitar-se-ia assim o singular e anti-científico sistema de fracionar a imputabilidade, a fim de lhe serem adotados os diversos graus de pena.

#### **DOS SURDOS-MUDOS — CAPACIDADE E DISCERNIMENTOS**

Afastando-se do Código Penal vigente, que ainda adota a responsabilidade dos surdos-mudos que obrarem com discernimento, critério hoje completamente falido, o projeto considera, em regra, inimputáveis os surdos-mudos sem instrução, e, no caso contrario, isto é, quando instruídos, terão uma responsabilidade plena ou restrita, conforme o grau de instrução que apresentarem.

Estas modificações de nossa lei penal são mais ou menos semelhantes ás que se operaram na legislação alemã.

Ali o Código exigia para a imputabilidade do surdo-mudo a intelligencia necessaria capaz de compreender a punibilidade do ato delituoso. O projeto de 1930 declara a inimputabilidade do surdo-mudo que, devido ao atraso de seu desenvolvimento mental, não tem capacidade de apreciar a illegalidade do seu ato ou de determinar sua vontade de acôrdo com esta apreciação. Ao mesmo tempo admite a responsabilidade atenuada si a capacidade no momento do crime se achar profundamente enfraquecida.

Entretanto, esta noção de imputabilidade do surdo-mudo decorrente da instrução ou educação que ele apresentar, é tão falsa e empirica, como este estado intermedio ou de meia responsabilidade dependente da diminuição da capacidade de compreender a illegalidade do ato, segundo o pro-

jeto germanico, ou “determinar normalmente os proprios atos”, conforme o nosso.

Si a incapacidade de imputação provém de um estado mental ou de um atrazo do desenvolvimẽto psiquico do surdo-mudo, pouco importa o “poder de apreciar a illegalidade do fato delituoso, ou a faculdade de determinar os seus atos”, porque em todos os casos elle não tem imputabilidade. Do contrario, é incidir no decadente criterio do discernimento, tanto vale assentar a imputabilidade na apreciação do carater ilicito do fato criminoso.

Os delinquentes dessa categoria devem ser considerados em quaisquer casos, tenham ou não recebido instrução, inimputaveis e recolhidos em manicomios judiciais para tratamento. Quando apresentarem estado perigoso, sua internação deve ser por tempo indeterminado. Nada de pena, senão de medidas de defesa social.

Aliás, ha uma corrente de criminologos e alienistas que propugna pela applicação de medidas de segurança a todos os delinquentes de imputação limitada. E' o criterio sugerido na Espanha pelo insigne criminalista Luiz Jimenez de Asúa e, na Argentina, pelo professor de Medicina legal, dr. Nerio Rojas que, colaborando na elaboração do novo Codigo Penal da Argentina, emitiu parecer no sentido de ser adotada para os semi-imputaveis uma medida de segurança por tempo indeterminado em seu maximo, determinado no seu minimo, com internamento em asilos especiais, applicaveis aos anormais psiquicos e aos intoxicados cronicos pelo alcool ou substancias estupefacientes, bem como aos epileticos sem psicoses, os histericos, os psicastenicos, os neurastenicos graves, os debeis mentais, os desequilibrados de fraca constituição

psicopatica, os degenerados com perversões instintivas, os toxicomanos, os alcoolistas.

O melhor sistema é, portanto, o recolher toda essa categoria de anormais psiquicos aos manicômios penais, para que se lhes sejam applicadas medidas de segurança de carater medico, por tempo indeterminado, porquanto entre esses anormais da mente, da intelligencia e da afetividade, ha grande numero de tipos evidentemente perigosos.

#### OS SEMI-IMPOTAVEIS E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Relativamente á repressão dos crimes praticados pelos individuos semi-enfermos mentais, a que as legislações recentes procuram applicar uma pena que corresponda a semi-imputabilidade, doutrina hoje preconizada por alguns criminalistas e psiquiatras, mas, em todo o caso, contestada pelos ensinamentos da Escola Penal Positiva, ha tres sistemas legislativos, assim descritos por Eugenio Florian:

O primeiro applica a pena cominada em virtude do crime praticado, observada, porém, uma diminuição, como se verifica no art. 87 do Codigo da Grecia, do Japão, § 39, da Finlândia, § 4.º. Essa diminuição é ora obrigatoria, ora facultativa, podendo em certos casos a pena ser mudada em outra menos grave. Este modo de apreciação da pena representa o sistema tradicional, que consiste em applicar a uma responsabilidade diminuida uma pena diminuida, o que representa o conceito da retribuição.

Pelo segundo sistema, applica-se aos semi-imputaveis, de acôrdo com a exigencia da defesa social, uma pena diminuida e uma medida de segu-

rança; aquela como repressão do crime praticado; esta para atender a periculosidade do delinquente e servir aos objetivos da prevenção imediata. A medida de segurança consiste no internamento em um estabelecimento ou Casa de Custodia para tratamento.

O terceiro metodo applica sómente uma medida de segurança. Si o juiz, reconhece que o delinquente é perigoso, ordena o seu recolhimento em um asilo para loucos ou em uma casa de trabalho.

O projeto Ferri de 1921 determinava a segregação numa Casa de Custodia, e o Codigo russo de 1926 só admite para essa classe de criminosos uma medida de carater medico (art. 11), não fazendo distinção entre os individuos totalmente enfermos dos que só o são em parte.

O Codigo da Polonia considera os semi-enfermos mentais como alienados completos e ordena o seu internamento em uma casa de saúde; depois decidirá o juiz se é necessaria a applicação de uma pena.

O projeto austriaco dispõe que o internamento do semi-louco seja feito depois do cumprimento da pena, se, em face de sua conduta, seu estado, e a natureza do ato criminoso, possa ser considerado em estado de periculosidade social. O Tribunal ou o juiz dispõe, na sentença, sobre a admissibilidade do internamento ou da custodia a aplicar.

Os projetos germanicos de 1925 e 1930 admittem o criminoso semi-imputavel, para o fim de lhe ser applicavel em primeiro lugar uma pena e, depois de cumprida esta, uma medida de segurança, que será mantida enquanto necessaria á segurança publica,

E' o sistema adotado pelo projeto brasileiro que entretanto, tambem prevê a aplicação da medida de segurança ou o internamento para a cura do infrator em primeiro lugar, ficando a pena para aplicação posterior, caso o reclame o estado mental do delinquente.

Entretanto, o nosso projeto tem o defeito, que não apresenta o alemão, de impôr as medidas de segurança por tempo determinado, como se vê do art. 160.

Melhor seria que o projeto adotasse para os casos dos individuos de imputabilidade restrita, oriunda de semi-enfermidade parcial do cerebro, uma medida de segurança e de defesa social de caracter medico, não distinguindo absurdamente enfermos mentais por completo e por parte, como melhor orientado estabelece o projeto italiano, elaborado pelo prof. Henrique Ferri, em 1921, e neste sentido imitado pelo Codigo penal russo, os quais não fazem distinção entre criminosos total ou parcialmente enfermos do espirito.

Demais, como pondera Eugenio Florian, a aplicação da pena juntamente com a medida de segurança é um hibridismo resultante da antiga concepção agora enxertada nos novos estudos de criminologia, quanto á loucura parcial e correspondente responsabilidade atenuada ou restrita.

#### **PENAS DE CURTO PRAZO**

Outro defeito do projeto, é o estabelecimento de penas por termo determinado, isto é, com prazos fixos, em relação aos individuos criminosos imputaveis ou de plena capacidade de imputação, con-

forme o sistema adotado pelo projeto nos seus artigos 18 e 19.

Deste modo, nos artigos 161 e 162, o projeto applica aos criminosos classificados como incorrigiveis, profissionais, em estado perigoso, medidas de segurança simultaneamente com as penas, consistentes em colonias agricolas, casas de trabalho ou reformatorios judiarios, as quais serão cumpridas depois de executada a pena. Mas o prazo aí fixado será por tempo determinado, ao inverso no que dispõe quanto aos individuos não imputaveis por doença mental, quando perigosos á ordem e segurança publicas.

A internação, portanto, dos imputaveis perigosos deveria ser igualmente indeterminada, porquanto as penas de curto prazo veem sendo condenadas pelos principios da criminologia scientifica, em face da inutilidade de tais penas, como têm demonstrado, á evidencia, a psicologia dos criminosos, a experiencia e a pratica carceraria.

Henrique Ferri, em seu ultimo livro **ELEMENTOS DE DIREITO CRIMINAL**, criticando o projeto Rocco de 1927, censurava as medidas carcerarias que ainda obedecem ao velho e irracional sistema de termo fixo, ou de tempo determinado ou relativamente indeterminado, com indicação de minimo e de maximo. As penas de curto prazo, acrescenta, são uma especie de estufa Pasteur para a cultura dos microbios criminaes.

#### **VAGABUNDOS E COLONIAS DE TRABALHO**

Enfim, o projeto ordena a internação dos vagabundos, ociosos, mendigos profissionais, etc., em Colonias agricolas ou Casas de trabalho, mas só-

mente depois de haverem cometido uma infração, uma vez que emprega a palavra *infratores* (art. 161).

Andaria mais acertado se adotasse a periculosidade pre-delitual quanto a essa categoria de individuos infensos ao trabalho e os relegasse a uma colonia agricola, sem esperar que êles cometam crimes como aliás estabelecem o projeto francês de 1932, a lei belga de 1930, o Codico polaco e a lei espanhola de 4 de agosto de 1933, que consideram perigosa *antedelictum* essa classe de malvivos.

---

Teriamos, por certo, de fazer outras considerações que nos sugere a leitura do projeto, se não nos impossibilitasse a escassês de tempo.

Mas as que ficam acima registradas são suficientes para demonstrar a atenção e o apreço que nos mereceu o arduo e nobre esforço, o inteligente e consciencioso trabalho dos reformadores da nossa lei penal.

Faculdade de Direito do Recife, 25 de Setembro de 1935.

#### A COMISSÃO :

Dr. Otavio Tavares (Cathedratico de Direito Penal) —  
*Presidente*: Dr. João Aureliano (Livre-docente de Direito Criminal) — *Relator*: Dr. Genaro Guimarães (Cathedratico de Direito Judiciario Penal), Dr. Edgar Altino (Cathedratico de Medicina Legal e Criminologia), com restrição.

Sugestões contidas no voto do prof. Edgar Altino.

Faço minhas as palavras de JIMENEZ DE ASÚA (*Il delitto di contagio venereo*, ed. italiana de Bocca 1929), ao re-

ferir-se ao Código Penal Argentino de 1922 que "*composto de um paese giovane e aperto alle inovazione più audaci, peccati di timidezza nella sua orientazione e in molti punti tecnici*". Tal a minha impressão ao ler o projeto de Código Criminal Brasileiro.

Jovens que somos, sem preconceitos ou prejuízos de tradicionalismos mais ou menos inconsequentes, mais de uma vez, sobretudo na esfera de realizações medico-higienicas, temos demonstrado com a maior decisão nossa faculdade de receber, adotar e tantas vezes até melhorar inovações as mais audazes, não só no campo da ciência senão em todas as atividades progressistas da civilização.

Ao novo projeto não faltam hibridismos malsãos. Ainda desta vez não se emanciparam seus ilustres patronos dos carcomidos processos da escola classica penal, já na conceituação dos crimes e contravenções, já na predeterminação da pena, e, o que é mais grave, na preocupação inutil de apurar a imputabilidade do delinquente. Orienta-se, assim, o projeto na politica criminal timida e insensata da entrosagem de velhos e novos conceitos, orientação que infelizmente ainda inspirou quasi todos os codigos promulgados neste ultimo decenio por alguns países. Não me parece plausivel este criterio de pura imitação.

Tenhamos a coragem de elaborar obra científica, moderna, orientada pela experimentação e de cuja eficacia, no interesse utilitario da emenda do criminoso e da profilaxia das ações antisociais, possamos aspirar e lididamente alcançar mais um marco na evolução da nossa nacionalidade.

Nem mesmo faltou a inovação inutil, ineficaz e injustificavel porque de prova limitadissima, do delito de contagio venereo. E porque apenas venereo? Porque só no dominio das relações sexuais? Com que finalidade? Higienica, eugenetica ou social?

Já uma vez, no Congresso Brasileiro de Eugenia, reunido no Rio de Janeiro, em 1929, debati o assunto em memoria apresentada, em sentido contrario á decretação do pretendido delito. Entendia e continuo a entender que as campanhas profilaticas sanitarias não se levam a bom termo com sanções penais. Sem educação adequada, sem o afastamento ou remoção do foco de contagio nada se obterá. Ou então, por equidade, teriamos de prender todos os tuberculosos, todos os le-

prósos, todos os contagiantes, enfim, em vez de pretendermos sequestrar apenas os sifilíticos, os portadores de doenças venereas que não resistindo ao imperativo categorico da sexualidade hajam transmitido suas mazélas á vitima incauta, *neghigentemente quasi sempre, por ignorancia de seu proprio estado contagiante muitas vezes, intencionalmente em pouquissimos casos*, virtualmente inexistente esta ultima modalidade de contágio.

No entanto seria essa intenção conciente, resultante e determinada, da propria personalidade do malfeitor, que demonstraria a periculosidade, ou melhor, a aggressividade do delinquente para com o meio social em que vive, unica justificativa da sanção penal.

O proprio JIMENEZ DE ASÚA assim o pensa, embora pareça paradoxal. Pois a despeito da campanha nunca esmorecida que ele empreendeu por toda parte *pro delicto de contagio venereo*, campanha que decerto inspirou a inserção do novo delicto nos textos dos novos codigos, JIMENEZ DE ASÚA, nas palavras preliminares com que abre seu livro acima citado, edição italiana, de 1829, á pagina 3, diz textualmente: "*La lotta contro il delitto di contagio venereo si presente in tre piani, che debbono essere studiati in tutta la loro grandezza: i problemi teorici, legislativi e sociali. Nella prima parte definirò la nozione, la natura e la classe del contagio inter-sessuale; nella seconda abborderò lo studio delle legge dettate per reprimerlo, e nella terza analizzerò i mezzi preventivi che, nella lotta iniziata contro i mali sessuale, sono i soli provvisti de reale efficacia*".

I MEZZI PREVENTIVE SONO I SOL PROVVISI DI REALE EFFICACIA, afirma ASÚA e enumera em seguida, pag. 57 em diante, comentando e firmando doutrina sã, tais meios preventivos, a saber: declaração confessavel das doenças sexuais; difusão de conhecimento das medidas de profilaxia; trabalho de associações privadas; educação sexual; luta contra a prostituição; e, enfim, o que ele chama "*il remedio piú sicuro*", matrimonios precoces. A esses meios preventivos, acrescento eu, acrescentamos nós — medicos e sanitaristas —: disseminação *urbi et orbe* de DISPENSARIOS PUBLICOS DE CURA ANTIVENEREA.

A codificação desse pretense delicto, conquanto se apresente como novidade penal, redunda na velharia do conceito

intimidativo da pena que o projeto, assim, lamentavelmente ainda admite. Como inovação eugenética, autorizasse o projeto a esterilização de certos criminosos.

Peca o projeto, fundamentalmente pela orientação politico-criminal acentuadamente híbrida. Aceitando o conceito científico da individualização da pena, revela decidida timidez respigando a questão da imputabilidade para distinguir aprioristicamente entre os que devem ser submetidos a tais ou quais modalidades ou submodalidades de sanções. No entanto, a imputabilidade é fenomeno universal. Todos são imputaveis perante a lei. Não ha imputabilidade restrita ou inimputabilidade para quem cometeu um crime. O criminoso, adulto ou menor, são de espirito ou alienado, é sempre o individuo prejudicial, temível, antisocial, de quem a sociedade se defende afastando-o de seu seio *por tempo indeterminado*. Até que se verifique haver desaparecido essa temibilidade, individualizada a pena desde o primeiro dia de segregação. Individualizar, porém, é personalizar, é observar minuciosamente, dia por dia, a vida do delinquente em todos os seus aspectos-soma e psique. Dessa observação é que resultarão os dados idoneos para classificá-lo, para tratá-lo, para emendá-lo e isso sem predeterminação de tempo, de espaço ou de modo, varia como é a personalidade de cada um e a causalidade organica da conduta anti-social (alienação mental, menoridade, estados constitucionais, disturbios endocrinicos, toxicofilias, complexos froideanos, etc., etc.). Hoje, ao delinquente dá-se a terapeutica que melhor se adaptar á sua personalidade e isto é possivel dentro das clinicas criminaes organizadas. Sejam penitenciarias, manicomios, reformatorios, escolas profissionais ou colonias agricolas. A experimentação tem conseguido tais progressos, nesse particualar, que a famosa classificação de criminosos da Escola positiva, de FERRI, já não prevalece para os efeitos da aplicação penal. O estudo das constituições humanas criou o biotipo, demonstrando a interdependencia da morfologia com as tendencias psicologicas. Da aplicação desses estudos á criminogenese resultou uma "biotipologia criminal" que está em grande relevo, sobretudo na Italia e a *mesa de VIOLA* já entrou, de ha muito, na conta corrente dos laboratorios das prisões.

DI TULLIO estudou oito mil criminosos e verificou que 55 % delinquiram influenciados por anomalias de secreção in-

terna. A opoterapia hipofisaria *regenerou* individuos que eram ladrões habituais por deficiência funcional da hipofise. WEGELIN obteve a regeneração de criminosos violentos, homicidas ultraperigosos, que apresentavam uma anomalia organica — a persistencia do timo, pela extirpação cirurgica em alguns, ou pela irradiação rentgenologica da glandula em outros.

Em outros casos, diversa glandula incretoria, só por si ou associada a outros elementos hormoniais ou chalonais, responderá pela criminogenese deste ou daquele outro fato antisocial. Em que categoria da classificação de FERRI enquadrar o delinquente endocrinopata? Ocorre ainda, na interdependencia de fenomenos desta ordem, citar na causalidade dos delitos e da periculosidade dos delinquentes a ingerencia dos complexos froideanos. Como então classificar criminosos, para fins de penalidade, só pelo criterio do numero de crimes praticados, como que a justificar um rigorismo predeterminado, embora relativamente, cuja applicação fica, porém, atribuida a quem menos competencia tem para fazê-lo, o Juiz.

A preocupação da pesquisa da imputabilidade, condicionada á simples presunção da incidencia de fatores organicos ou ambientais na ocasião do crime, ou mesmo na vida pregressa do sujeito, não merece a pena de subsistir como justificativa da sanção penal ou da applicação da pena, cuja finalidade precinde do criterio juridico para se fundamentar puramente no criterio bio-sociologico.

De boa fé ninguém mais hoje defenderá o principio da finalidade vindicativa da pena contra o *dólo* do criminoso. Seria mesmo aconselhavel esquecer esse nome — *pena* — a substituir por outro que eu chamaria — *tratamento criminal*, no sentido terapeutico. *Pena* está sempre a indicar expiação, castigo, dôr. Aliás, já o projeto adóta: Código Criminal, em vez de Código Penal. E' um avanço.

Vale, entretanto, insistir no assunto para justificar a intransigencia com que encaro a questão. Não será mais vingança ou expiação a pena e me apraz verificar que tambem assim entendem os illustres autores do projeto, quando adotam certas disposições que se enquadram na orientação que as aquisições modernas traçaram.

Porque então distinguir entre imputaveis e inimputaveis? E' que ainda persistem em conferir á pena um carater que

ela não possúe, o da profilaxia do crime pela intimidação. Eis o êrro grave. Daí a tentativa de ressurreição dos velhos postulados da *vontadè livre, da imputabilidade, da punição* legal predeterminada, etc. como fundamento de um *direito de punir*, justificando as gradagaões e variedades da pena, tudo isso, de um lado em defesa da sociedade, de outro lado exortando-a, como que a ameaçá-la com a mesma sanção, a não cometer crimes. No entanto, a prisão, pena unica de que deve genericamente cogitar um Codigo Criminal, tem somente a finalidade, de duplo aspecto, de afastar do meio social o agressor que atentou contra o nivel de civilização *atual* do mesmo meio e tratar esse individuo anti-social por fórma a restitui-lo honesto ou regenerado á vida comum.

O poder judiciario, por seu representante — o juiz criminal, nunca poderá ter elementos para conhecer da personalidade do criminoso e lhe determinar as modalidades do tratamento individualizado capazes de operarem a regeneração que se pretenda. A menos que esse juiz exerça sua atividade no proprio estabelecimento em que esteja segregado o delinquente, pois que da observação pessoal deste é que resultará a applicação das medidas que couberem, no caso conereto. Ora, em nossa organização judiciaria os juizes de execuções criminais não têm essa função estritamente penitenciaria, caso unico no qual lhes deveria ser atribuido o arbitrio concedido pelo projeto, arbitrio que então seria o mesmo de que gósa o medico á cabeceira de enfermo e que não póde ser regulado por disposições aprioristicas da lei.

Si a biologia ensina que não ha doenças e sim doentes, pela diversidade reacional organica ás causas morbidas, podemos cientificamente concluir que não ha crimes e sim criminosos. Isto é sedição, bem sei. Mas si o projeto parece aceitar a individualização da pena como um principio vitoriôso, consideremos essa individualização tal como deve ser compreendida para que sejam eficazes, realmente, nossos designios.

Estabelecendo previamente o projeto de categorias de delinquentes aos quais se reservam modalidades de penas a serem cominadas por força de um ato judiciario unico — a sentença condenatória, iniciado viciosamente por instituição leiga e obsolêta — o juri e referendado pelo juiz, mesmo considerando o arbitrio que o projeto lhe concéde, sujeito á classificação que ao juri citado melhor parecer enquadrar-se o pa-

ciente, insistem os autores em elaborar obra precaria que preferivel fôra não realizar.

Essa classificação de criminosos primarios, reincidentes, por indole, etc., não corresponde absolutamente á finalidade scientifica da pena ou tratamento criminal. Todo individuo que delinque é criminoso por indole, por mais leve que seja sua temibilidade. Ou então — não delinuiu, não cometeu ato antisocial. Por outro lado, um criminoso primario pôde ser dotado de maior aggressividade do que um reincidente. São fenomenos verificados na observação penitenciaria, onde quer que essas cousas sejam estudadas de verdade, experimentalmente. Leia-se, a proposito, o livro de RUIZ FUNES, "*Endocrinologia y Criminalidad*".

Trata ainda o projeto em questão, no Titulo II, das penas e das medidas de segurança, estabelecendo varias especies de penas e determinando até normas quanto ao modo de execução das mesmas, o que positivamente não deve ser objeto de cogitação de um Codigo Criminal, pois melhor ficariam nos regulamentos das penitenciarias. E', porém, condenavel a pluralidade de penas consagrada no projecto, porque contraria aos principios fundamentais da individualização e da indeterminação.

Definindo o ato violador da lei criminal, conceitúa o projeto, em orientação dualista, crimes e contravenções. Parece-me, á primeira vista, que essa divisão obedeceria ao criterio da repressão, quanto aos crimes e da profilaxia, quanto ás contravenções, dispostos neste capitulo aqueles postulados a que FERRI denominára substitutivos penais. Infelizmente não se confirmaram minhas esperanças e o projeto, mais uma vez ostentando seu hibridismo, confunde e enfeixa sob o rotulo de contravenções algumas medidas que constituem, inegavelmente, matéria daqueles substitutivos ao lado de disposições meramente correccionais e de outras, porém, que pela condição psicologica de seus infratores, estão a merecer repressão mais cuidadôsa.

Assim é que o art. 432 pune com detenção até quinze dias ou com multa aquele que usar trajos inadequados. Ora, é cousa sabida em psiquiatria que os loucos morais usam frequentemente trajos inadequados. Os loucos morais são em geral individuos de marcada temibilidade e capazes de crimes violentos ou de astucia. Trata-se, porém, de contravenção e o infra-

tor sofrerá detenção pelo maximo de quinze dias ou terá de pagar multa. No caso de louco moral, a simples contravenção não despertará a necessidade de pericia de sanidade mental, até porque essa especie de doentes, bem orientada no tempo e no espaço, dotada, por vezes, de grande intelligencia, só apresenta lacunas para o lado do senso moral. A pena terá, então, apenas o efeito de irritá-lo e de o lançar, não mais a outra contravenção, mas desta vez ao crime, logo restituído á vida livre.

Vê-se, por aqui, como é impossivel prestabelecer tal ou qual penalidade para esse ou aquele crime ou contravenção, não apresentando, aliás, o criterio dualista maior vantagem.

O ato violador da lei penal é sempre *crime* e apenas *crime*, qualquer seja êle. E' claro que a lei será o reflexo da mentalidade ou da civilização coetanea, em dado meio, em dado tempo, o que vale aquele *grau médio de sentimentos, de que* fala GAROFALO.

Não me é possivel, pois, apresentar sugestões que não sejam de carater geral, reformando ou suprimindo, no projeto em lide, as aberrações e disposições inuteis ou em conflito com os princípios fundamentais de um Código Criminal que eu quisera ilibado de hibridismo e orientado pela politica criminal fundamentada nos seguintes conceitos científicos, bio-sociologicos;

- a) Imputabilidade integral e universal perante a lei;
- b) Codificação dos atos antisociais (crime) em relação ao tempo e ao espaço;
- c) Pena unica (prisão) individualidade e indeterminada quanto a duração e sistema penitenciario.

Ao Código do Processo Criminal ficaria reservada a tarefa de dispor sobre a instrução criminal nos moldes das regras de tecnica policial judiciaria, para a prova do crime e identificação do delinquente. O juiz determinaria, por sentença, a segregação do criminoso em estabelecimento de observação (penitenciarias), onde ficará em tratamento, ou donde seria removido para outro estabelecimento (manicomio judiciario, reformatorio, casas para menores impuberes, colonias agricolas, etc.) de acordo com o caso concreto, ao arbitrio, porém, da administração penitenciaria sob parecer de seus tecnicos (clinicas criminaes e laboratorios anexos).

As condições gerais de vida carceraria em sua concepção geral de trabalho e constituição de peculio, instrução obriga-

toria, officios religiosos, exercicios fisicos, doencas intercorrentes, etc., serão reguladas por lei especial que tambem disporá quanto á installação material e idoneidade tecnica das prisões. A penitenciaria de S. Paulo é o exemplo brasileiro digno de ser imitado pelo menos na parte material.

Ao juri, instituição infelizmente mantida pela nova constituição brasileira, ficaria reservado exclusivamente o julgamento dos crimes politicos, pois que os crimiñosos dessa especie não são anti-sociais.

Assim proponho as seguintes sugestões:

INTRODUÇÃO — Crime e pena.

ART. 2.º — Diga-se *ninguém será imputavel*, em vez de *ninguem será punivel*;

ART. 3.º — Suprima-se;

PARTE GERAL — Titulo I.

ART. 4.º — Diga-se — *não é imputavel* em vez de *punivel*;

ARTS. 16, 17 e alneas — Suprimam-se;

ART. 18 — Substitua-se por: Todos são imputaveis perante a lei criminal desde que hajam cometido crime;

ART. 19 — Substitua-se por: Os crimiñosos alienados serão tratados de acordo com o seu estado mental;

ART. 20 — Substitua-se por: Os menores de 16 anos ficarão sujeitos a legislação especial que constituirá o Codigo de Menores;

§ unico — Os maiores de 16 anos ficarão sujeitos ás disposições deste Codigo.

ARTS. 21 a 28 — Suprimam-se;

ART. 31 — Suprima-se;

ARTS. 33 e 34 — Suprimam-se;

Secção IV — Titulo I.

ARTS. 40, 41 e 42 — Suprimam-se;

Titulo II — Das penas, etc.

ART. 50 — Suprima-se o n.º III.

ART. 51 — Suprima-se o n.º II.

A pena de exilio local só será applicada a crimiñosos politicos;

Titulo II — Secção IV.

Suprima-se in totum.

Secção V.

ART. 64 — Substitua-se: A pena de prisão não tem duração determinada;

ART. 65 — Alinea I — Suprimam-se as palavras:—destinados aos imputáveis;

Alinea II — Substitua-se por: nos estabelecimentos especiais destinados aos alienados criminosos;

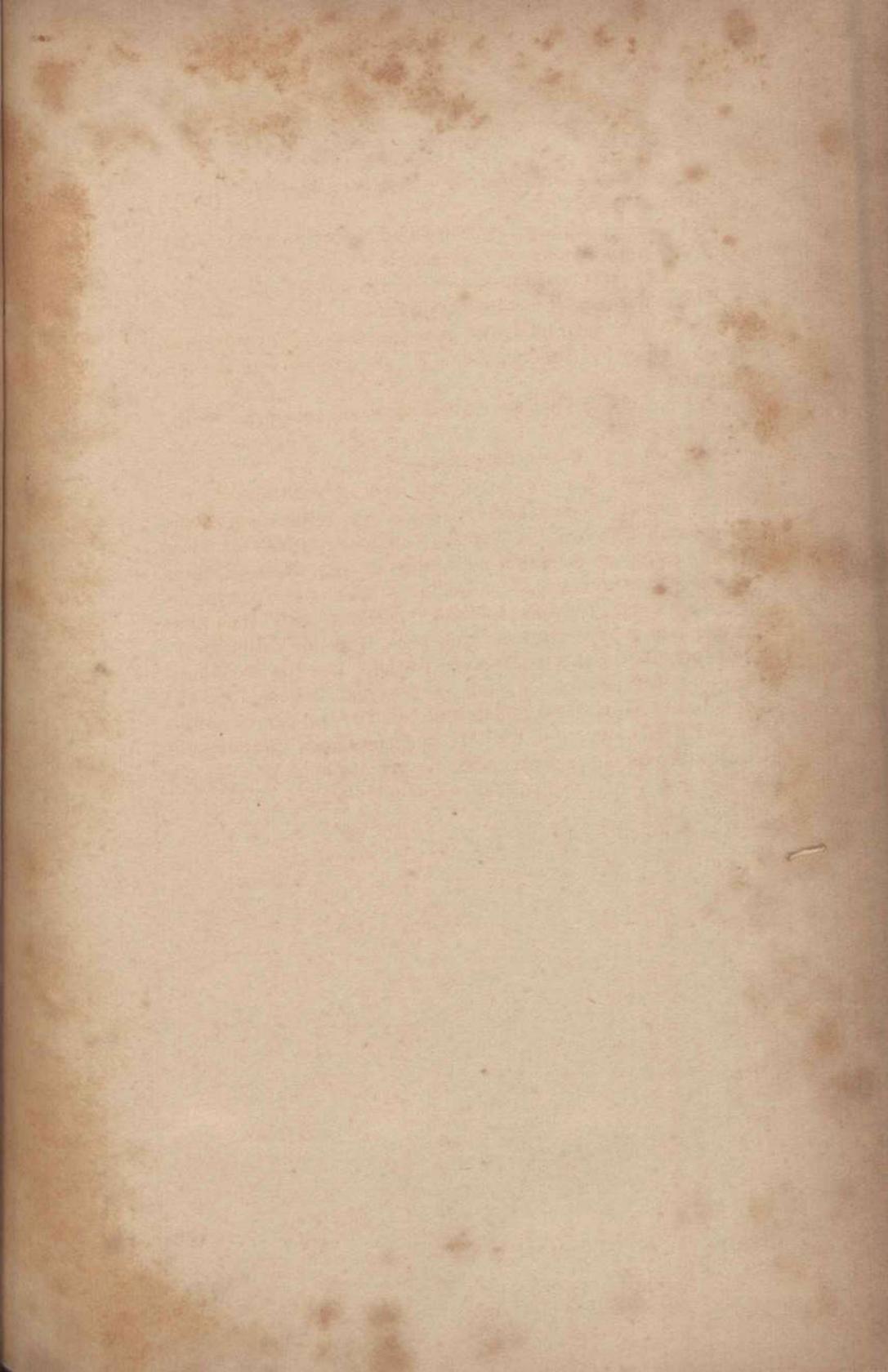
ARTS. 67 e seguintes que dispõem sobre a execução da pena de prisão — Suprimam-se. E' assunto de regulamento penitenciário.

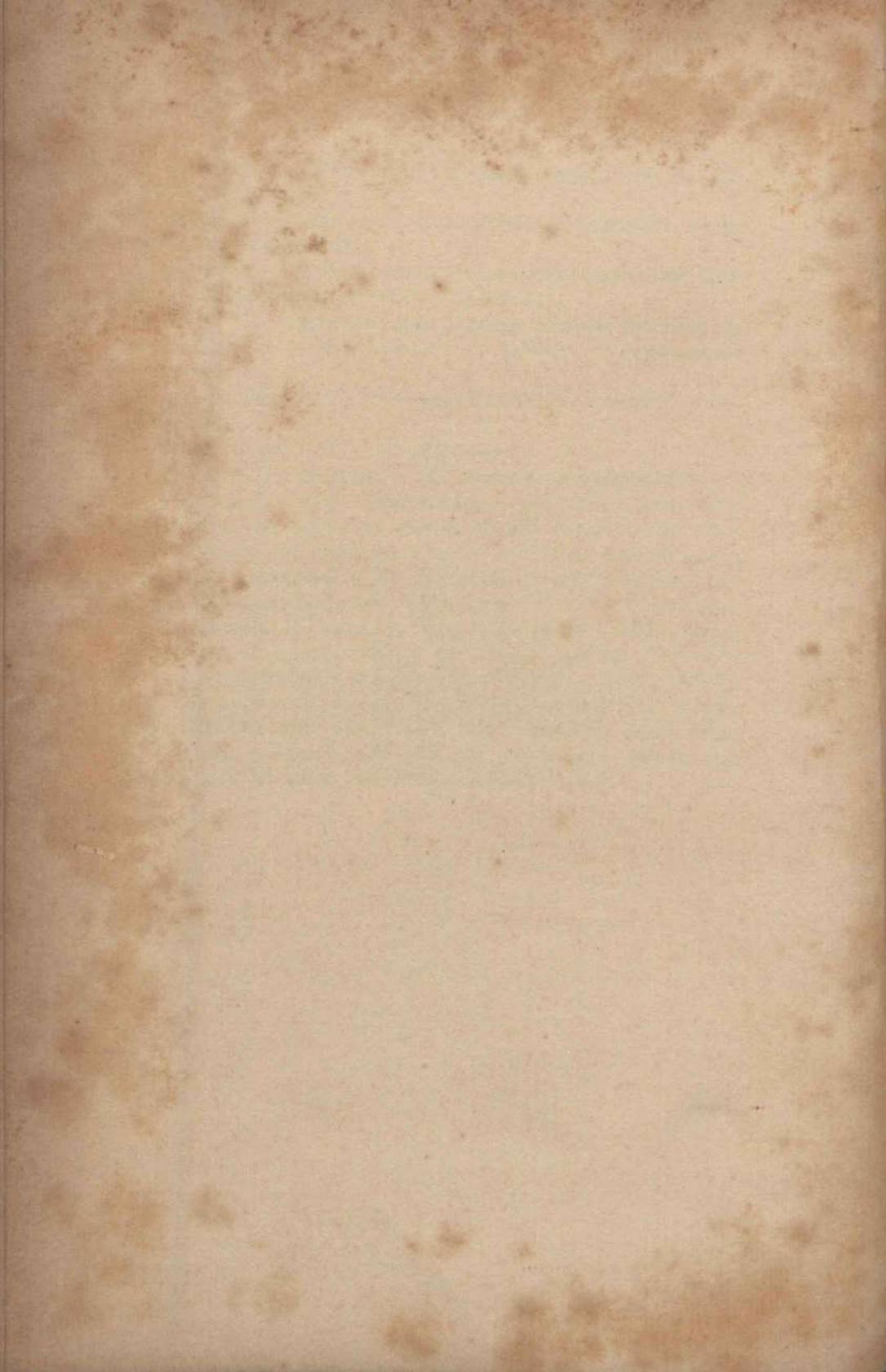
ARTS. 76, 77, 78, 79 — que tratam da relegação — Suprimam-se;

§ 2.º do art. 80 — Suprima-se;

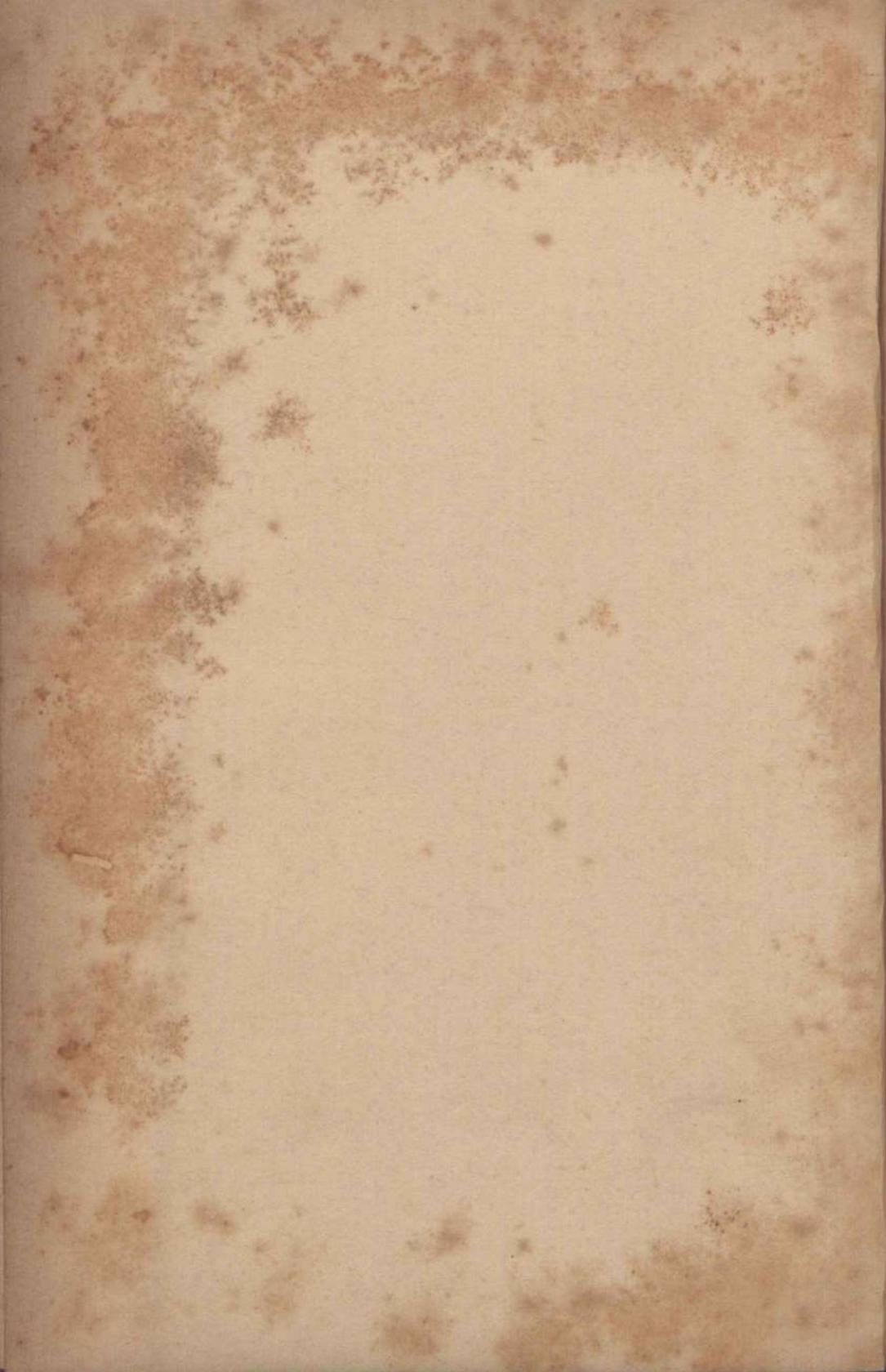
ART. 82 — Suprima-se. E' materia de regulamento.

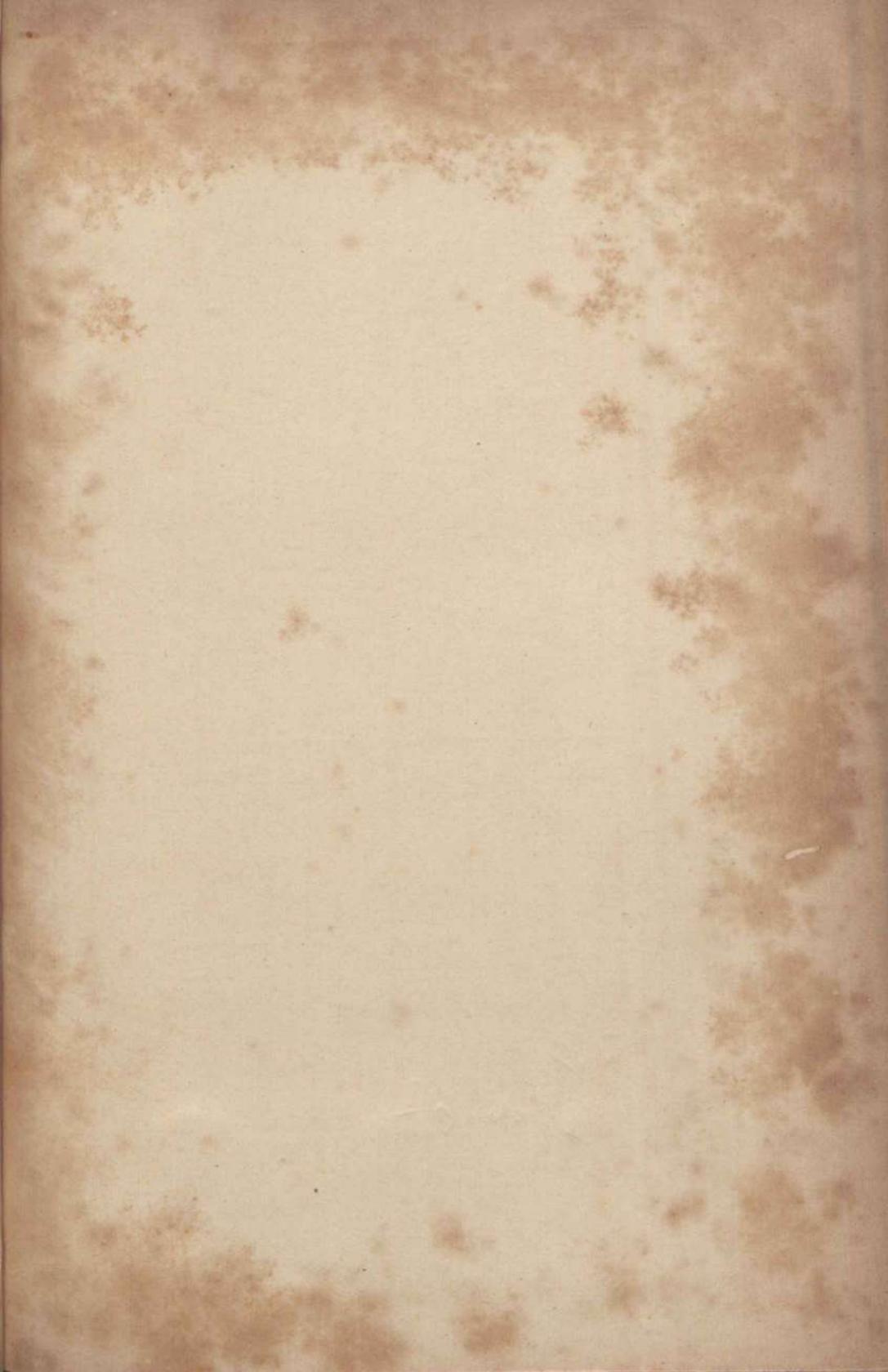
Pelo exposto vê-se o radicalismo a que minhas convicções me obrigam; não seria eu sincero si não expuzesse as idéas predominantes que orientam meu modo de ver. Bem sei que a perfeição é inatingível e por isto tento apenas aproximar-me, abeberando-me na lição dos mestres e dos fatos experimentais. Fica-me, porém, a certeza de que todos pensam assim, acentualmente os illustres autores do projeto, homens reconhecidamente aprofundados em materia criminal. Pena que não tentem para o Brasil cousa melhor do que fizeram outros países. Mas si FERRI que foi FERRI não conseguiu impôr suas idéas, mesmo as menos avançadas, na grande terra que foi sua patria e que é a terra dos maióres criminologos!!



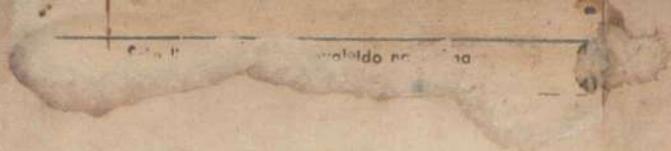








5/100



NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA

I. n. 167

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE  
UNIVERSIDADE DO

raújo, J

le

O prof

