

ARTS. 32 A 35 DO CODIGO PENAL

(Ligeiras notas)

Art. 32. Não serão também criminosos :

§ 1.º Os que praticarem o crime para evitar mal maior.

§ 2.º Os que o praticarem em defesa legitima, propria ou de outrem.

A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida ; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.

Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1.º do artigo precedente, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos :

1.º Certeza do mal que se propoz evitar ;

2.º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial ;

3.º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

E' a oppressão do livre arbitrio pelo temor de um mal imminente ; resulta do facto do homem ou das forças da natureza : um estado urgente, como diz Pessina, que impelle a vontade a transgredir a ordem da lei, para evitar um mal que se apresenta á consciencia do individuo como maior do que consiste em executar o que a lei prohibe. O Codigo só isenta da pena o que pratica o crime para evitar um *mal maior*: incorre, portanto, em pena, o que praticar o crime para evitar mal *equal*, o que, por exemplo, sacrificar a vida de outrem para salvar a propria, como o naufrago, que, no ponto de afogar se, força o companheiro de desventura a abandonar a unica taboa de salvação, que não comporta ambos, e o abandona á violencia das ondas, das quaes é victima infeliz. A formula dada pela lei comprehende, como extrema necessidade, não só a situação que resulta do conflicto entre interesses licitos e deveres juridicos, corre entre interesses licitos de diversas pessoas, ou sómente entre deveres juridicos do mesmo individuo. O **carce-**

reiro que, ameaçado de morte, entrega aos presos as chaves da prisão para salvar a vida; o individuo que deixa de cumprir um dever, cuja violação constitua um crime, para poder cumprir um dever superior, *praticam crime para evitar mal maior*. (Dr. J. Hygino a v. Liszt). Distingue-se da legitima defesa o acto de extrema necessidade em que não se dirige, como esta, contra um aggressor injusto. Segundo a escola antiga, no estado de necessidade, a ordem juridica parece mesmo suspensa, segundo a do Kant, Feuerbach e diversos autores italianos e francezes, o constrangimento irresistivel causado pela extrema necessidade exclue a imputabilidade; outrosahi vêm um *direito* de necessidade; Liszt, finalmente, não podendo deixar de conceber um modo uniforme a extrema necessidade, considera-a *commum* daquelles casos com que a ordem juridica nem permite nem prohibe, mas, consciencia de sua importancia, abstem-se de intervir. Dahi resulta, conclue elle, a classificação da extrema necessidade entre as circumstancias que excluem não sómente a punibilidade, senão tambem a illegalidade da acção ou da omissão. O Codigo exige como extremos essenciaes para a não punibilidade da acção: 1.º *certeza do mal que o delinquente se propoz evitar*: é da essencia da extrema necessidade o conflicto de interesses licitos, cada um dos quaes só pôdeser conservado á custa do outro (v. Liszt); nesta situação tem o agente por fim afastar de si ou de outrem um mal imminente, que se apresenta, certo, á sua consciencia como maior do que a pratica do que a lei veda; 2.º *falta absoluta de outro meio menos prejudicial* porque então deixaria o arbitrio do agente de estar restricto entre a escolha dos dous males desegualmente graves, e a lei da ordem podia ser mantida com o eleger o meio menos prejudicial; 3.º *probabilidade da efficacia do que se empregou*; a inefficacia, provavel, do meio empregado tira ao acto o caracteristico de apresentar-se como a salvaguarda, dest'arte impossivel, de interesses proprios postos em perigo immediato com lesar interesses licitos de outros (v. Listz).

Art. 34. Para que o crime seja justificado no caso do § 2.º do mesmo artigo, deverão intervir conjunctamente em favor do delinquente, os seguintes requisitos:

- 1.º aggressão actual;
- 2.º impossibilidade de prevenir ou obstar a acção, ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica;
- 3.º emprego de meios adequados para evitar o mal em proporção da aggressão;
- 4.º ausencia de provocação que occasionasse a aggressão.

Em todos os tempos e em todos os povos a legitima defesa tem sido reconhecida, posto que com maior ou menor amplitude, como acção conforme ao direito e não simplesmente como acção não passivel. Neste sentido tem razão Cicero quando nos fala de uma «non scripta sed nata lex», ou Geib, quando diz que «a legitima defesa não tem historia.» (v. Liszt). Tem um fundamento de facto o outro racional e juridico: o 1.º concretiza-se no *temor* excitado em nós pela presença de um *mal* que nos ameaça; o 2.º consiste em que, dada a imminencia do perigo e a impossibilidade da justiça social intervir para proteger o direito, deve reconhecer-se legitima aquella defesa privada que, substituindo por um instante a publica acção da lei, impede que a violencia prevaleça sobre o direito (Carrara, Conti, Girardi, Marchetti). O Cod. a exige *legitima*, e este caracteristico se forma com a intervenção conjuncta, a favor do delinquente, dos extremos que enumera, de facil justificação. Assim: *Primeiro*. A necessidade deve ser *actual*, se, nascer da urgente presença de uma aggressão que constitua immediatamente um perigo pessoal (Pessina), perigo este que é precisamente a justificação do mal causado, reagindo. Não é admissivel contra aggressão futura, porque se teria uma indevida prevenção, tampouco contra a aggressão finda, porque se teria uma vingança ou castigo; mas não é necessario aguardar o começo da aggressão, ou como diz o art. 140 da Carolina—«não é obrigado a esperar o golpe para então resistir», basta que a aggressão esteja *imminente*. O *segundo*, consta que si podemos nos subtrair ao mal que nos ameaça de outro modo que não violando a lei, esta violação deve ser imputavel, porque o livre arbitrio do agente não está mais adstricto a escolher entre 2 males igualmente graves, e a lei da ordem póde ser observada, desde que se escolha o meio innocente pela qual evita-se o damno de outro,» ao mesmo tempo que o seu (Carrara). A possibilidade de uma fuga vergonhosa ou perigosa não exclue a legalidade da defesa, mas a defesa deixa de ser legal, si é possivel escapar a aggressão sem ignominia ou sem perigo (v. Liszt). O *terceiro*. A defesa não póde exceder os limites da repulsa absolutamente necessaria. A medida da repulsa ou a «defesa necessaria» (*moderamen inculcata tutelæ*) e dada pela violencia da aggressão, (v. Liszt). Como deve-se apreciar a relação entre o ataque e a repulsa, de um modo objectivo ou segundo a concepção subjectiva do aggreddido? A opinião *commum* pronuncia-se pela 1.ª solução (Olshausen n. 11.), e pela 2.ª Binding (o legislador deve considerar a defesa como necessaria, em tanto quanto o individuo a aprecia co-

mo homem criterioso). Berner (cada um tem o direito de defender-se conforme a medida de sua individualidade), v. de Wächter (o momento do perigo deve ser apreciado completamente do ponto de vista de quem se achava sob a pressão d'elle) e outros. Considera-se geralmente, porém, indifferente que a defesa necessaria para a repulsa do ataque esteja ou não em relação com o bem defendido. «A extensão do direito de defesa é independente do valor do bem atacado» (Binding) (dr. J. Hygino e v. Liszt). O quarto. A defeza deve ser legitima em sua causa, ou, em outros termos, deve ser injusta a aggressão, e por isso não é legitima a defesa contra o funcionario publico em exercicio legal de sua funcção. A repulsa é, porém, licita, desde que um excesso converte em illegitimo o ataque em si legitimo e consequentemente é tambem licita, dado um excesso da legitima defeza. A aggressão que procede de um animal ou de um individuo incapaz de imputação, tambem a provoca, pois, conquanto tal aggressão não seja delictuosa (illegalidade culposa), todavia não é licita, isto é, atenta contra interesses que o direito protege (illegalidade objectiva) (v. Liszt). O provocador não póde defender-se de um acto de que só elle é o auctor.

—A defesa não é limitada á propria pessoa; no direito vigente, em vista da solidariedade humana, admitte-se que ella se estenda a pessoa de terceiro. Bem assim ella comprehende *todos os direitos que podem ser lesados*. O S. Tribunal fixou o sentido exacto destas palavras, decidindo que sómente podem ser objecto de defesa os direitos susceptiveis de lesão por meio de aggressão ou *vi et armis*, e por isso o adulterio não colloca o marido offendido em estado de legitima defeza, porque a morte dada por esse motivo não é repulsa de uma aggressão nem meio adequado de reparar o mal. (Direito v. 66 p. 390.)

Art. 35. Reputa-se praticado em defesa propria ou de terceiro :

§ 1.º O crime commettido na repulsa dos que á noit entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguem morar ou estiver nos pateos e dependencias da mesma, estando fechadas, salvo os casos em que a lei o permite.

E' uma presumpção de legitima defesa, de que são condições constitutivas, para justificar o crime: 1.º que elle tenha sido commettido repellindo os que entrarem, ou sómente tentarem entrar etc.; 2.º que a casa seja habitada, ainda momentaneamente, por-

que a lei reputa aquelles actos como attentados ás pessoas, e pelo mesmo motivo, que estejam fechadas portas e dependencias ; 3.º que a entrada ou tentativa de entrada se dêm á noite, salvo si occorrer qualquer dos casos do art. 197. A presumpção de legitima defesa justifica o crime praticado nos termos da lei, qualquer que tenha sido o *fin* da entrada, consummada ou tentada, ainda que se saiba que o autor della alli veiu sem intenção criminosa, hypothese resalvada no Cod. Belga justificado por Garraud. A estas condições mister é que, em favor dos delinquentes, se dê a intervenção conjuncta dos requisitos do art. 34, que só constituem a legitimidade da defesa, conforme é canon pacifico de jurisprudencia da Relação de Minas, accorde uma doutrina de diversos escriptores francezes na interpretação da disposição semelhante do art. 329 do Cod. Francez, alias impugnados por Garraud, que reputa inutil a prova das condições habituaes da legitima defesa, substituida no texto *pela dos factos* sobre que se funda a presumpção.

§ 2.º O crime commettido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução.

A alguns juristas parece perigoso conceder aos particulares uma especie de syndicatura sobre a legalidade dos actos dos funcionarios, em frente aos quaes deve ser passiva a obediencia e vedado o uso da força, salvo o direito de queixa, se agem fóra dos limites da lei. Outros, ao envez, opinam que a illegalidade do acto faz desapparecer o delicto, porque o official publico que não age legitimamente perde o direito á tutela inherente á sua qualidade, e quem resiste, longe de oppor-se a um acto da justiça, impede um abuso do poder. Cimentado pelas tradições juridicas, no dizer de Pessina, assim do principio da autoridade como do principio da liberdade, este ultimo enunciado acha-se hoje geralmente acolhido e codificado, como mais digno das instituições liberaes, sob o imperio das quaes se não póde pretender que supporte o cidadão a flagrante violação dos proprios direitos (Rel. Min. sobre o Cod. It.). O poder social é limitado pela lei de responsabilidade que governa toda a vida moral do homem e o *rationable obsequium* para com o poder social consiste no respeitar o justo imperio, e os agentes do poder que excedem, com actos arbitrarios, os confins do seu mandato, desvestem-se com o proprio facto, do augusto prestigio de de-

ver ser a lei viva, e tornam simples individuos ou vulgares malfatores, e assim deixa de haver, na resistencia, uma violencia sempre criminosa, contra a autoridade do Estado (Pessina). O Cod. exige como condições essenciaes : 1.º *illegalidade da ordem*, o que se verifica : a) quando emana de autoridade incompetente ; b) quando destituídas das solemnidades externas necessarias para sua validade ; c) quando manifestamente contrarias as leis (art. 229) ; 2.º *não serem excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhe a execução*. Dar-se-hia então o excesso de defesa sobre que já dissemos em nota ao art. 34: o qual traria á resistencia ou desobediencia o caracter de justificativa, collocando-a no numero das attenuantes (art. 42 § 4). Procede-se a justificativa, ainda tratando-se de actos illegaes em damno de terceiro, em nome daquelle vinculo de solidariedade que unifica os direitos dos singulares individuos, e pelo qual, na offensa causada ao direito alheio, facilmente divisamos uma offensa feita ao proprio direito (Pessina). Finalmente, esta justificativa independe dos requisitos da legitima defesa do art. 34, como já decidiu a Relação de Minas.

B. Horizonte, 1906.

Éito Fulgencio