

# Co-Delinquencia

(Terceira Licção)

I. *O concursus plurium ad idem delictum*; dificuldades do thema.— II. Theorias objectivistas.— III. Theorias subjectivistas.— IV. Theorias eclecticas.— V. Theorias negativistas.— VI. O elemento moral na co-delinquencia; intenção innocentemente distincta, intenção criminosamente distincta.— VII. Co-delinquencia culposa.— VIII. Co-delinquencia com dolo d'impeto.— IX. O elemento material na co-delinquencia.— X. Cumplicidade negativa.— XI. Fórmulas da coparticipação moral no delicto.— XII. Mandato, seus elementos.— XIII. Especies de mandato.— XIV. Desistencia e revogação do mandato.— XV. Deficiencia e excesso do mandato.— XVI. Ratificação.— XVII. Penalidade no mandato.— XVIII. Ordem. Coacção.— XIX. Conselho.— XX. sociedade.— XXI. Cumplicidade co-respectiva.— XXII. Communicabilidade das circumstancias do delicto.— XXIII. Agente provocador.— XXIV. Receptação e favorecimento.— XXV. Crime de multidão.— XXVI. Conceito legal da co-delinquencia.

I—Até aqui nos occupamos com o crime no seu aspecto mais simples— o de uma só infracção, perpetrada por um unico agente.

Póde, porém, acontecer que um só individuo pratique varios crimes; e, inversamentè, que um unico delicto resulte da intervenção de diversos agentes.

No primeiro caso, teremos o cumulo de delictos, *conkursus delictorum*, que póde se apresentar como concurso material ou como concurso formal de infracções.

Na segunda hypothese, desenha-se a figura da CO-DELINQUENCIA ou *conkursus plurium ad idem delictum*.

Vamos estudar este ultimo instituto.

Supponhamos um assassinato praticado nas seguintes condições: A. quer matar seu inimigo; incumbe B. da perpetração material do crime; C., domestico da victima, facilita ao executor os meios para penetrar até o quarto della; D. foi quem, conscientemente, forneceu a arma homicida; E. prometteu ao assassino acoutal o após o crime, para subtrahil-o á perseguição policial. Concorreram todos cinco para o mesmo attentado.

Qual o tratamento penal a dar a cada um dos co-participes ?

Póde a lei fazer antecipadamente uma distincção entre os diversos actos de co-participação e, na conformidade della, preestabelécer a differença de punição dos co-delinquentes ?

Qual o fundamento para essa classificação ?

Trata-se de um dos problemas mais arduos em Direito Criminal. Si a solução classica evidentemente não satisfaz, a positiva ainda está em elaboração, não se desenhando com perfeita nitidez a orientação reformadora no disciplinar este instituto juridico criminal.

A difficuldade ainda é accrescida, porque dentro da propria escola tradicional impera a divergencia, já no criterio fundamental para apartar e avaliar a culpa de cada co-delinquente, já no systema de classificação dos co-participes do delicto, já na distribuição da penalidade pelos socios na empresa criminosa: na doutrina e na legislação, completa balburdia de principios e de technica.

Finalmente, a tendenc'a assustadora dos criminosos para se associarem, tornando-se, por esta fórma, a delinquencia cada vez mais temerosa; a figura ainda mal esboçada dos chamados crimes das multidões; as particularidades da imputabilidade e da responsabilidade nos denominados crimes de imprensa, — tudo conspira para difficultar o assumpto.

Faremos, primeiro, a exposição critica das principaes theorias; analyzaremos, em seguida, as diversas figuras da co-participação criminosa, conforme a conceituação ainda dominante; verificaremos, por fim, o criterio legal vigente no Brasil, deixando para estudo á parte o delicto de imprensa, para obedecer ao programma que nos orienta.

II—As theorias aventadas para o tratamento juridico-criminal da co-delinquencia distribuem se por quatro grupos:—*a)* theorias objectivistas, *b)* theorias subjectivistas, *c)* theorias eclecticas, *d)* theorias negativistas.

As THEORIAS OBJECTIVISTAS tentam distinguir os actos de co-participação e classificar os co-participes de accordo com um criterio externo, objectivo, relativo ao facto, pela quantidade de intervenção real e effectiva no evento criminoso.

Como, porém, esta intervenção póde ser encarada,—já com relação ao tempo em que se realizou, já tendo em conta a importancia material do acto, já com referencia ao nexo causal entre a intervenção e o evento,—o objectivismo se distribue por estes tres sub-grupos :

1) A theoria que distingue a co-participação conforme a occasião em que ella se effectuou,—*concursum antecedens, concomitans, subsequens*,—conforme a intervenção foi anterior, contemporanea ou posterior á execução do delicto.

Teve ella muita voga no antigo Direito Criminal e ainda inspira o tradicional direito anglo-americano, que distingue os «principals» dos «accessories», conforme estiveram ou não presentes á perpetração, subdistinguindo os auxiliares em «accessories before the fact» e «accessories after the fact».

A enumeração feita no nosso cod. art. 21 §§ 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup>, da receptação e do asylo a roubadores e assassinos entre os casos de cumplicidade— é também uma reminiscencia desse criterio diferenciador.

Elle, porém, não se justifica. Si conforme o conceito fundamental da co-delinquencia, esta se constitue pela união de vontades e de esforços para a producção de um evento ante-juridico, — a intervenção realizada posteriormente á consummação não se pôde dizer coadjuvação na pratica do crime, pois que este se ultimou antes de tal intervenção se ter operado.

A receptação e o asylo ou foram ajustadas antes do delicto, e então se trata de *concursum antecedens*, ou não houve prévia combinação, e neste caso os receptadores e acoutadores serão reus de delicto á parte, de crime especial.

A cumplicidade posterior não pôde, pois, existir.

Mas, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, está sendo abandonada essa distincção com fundamento no tempo em que o concurso foi prestado.

Na Inglaterra (\*), equiparou-se a punição dos «accessories before the fact» á dos «principals», o que importou em tirar todo o alcance á differenciação; nos Estados Unidos, o cod. pen. de New York (parag. 29) e o projecto do cod. pen. federal (parag. 452) consideram «principals» todos os que antes ou durante a perpetração tiverem por qualquer fôrma intervindo no delicto, só reservando a categoria de «accessories» para os auxiliares *post factum*.

2) A theoria, segundo a qual são auctores ou co-auctores os que praticam actos executivos do delicto, cúmplices os que intervêm por actos que não têm esse character.

E'a antiga distincção entre os *socii proximi* e os *socii remoti* do crime, distinguindo-se os actos de uns dos outros pelo mesmo criterio com que se differenciam os actos executivos dos actos preparatorios.

Franz von Liszt, que, em doutrina e *de lege ferenda*, é negativista, adopta esta differenciação no direito vigente allemão, para extremar a auctoría ou co-auctoría (Taterschaft, Mittaterschaft) de um lado, da instigação (Anstiftung) e do auxilio (Beihilfe) de outro lado. E exemplifica: é auctor ou co-auctor no homicidio quem vibra a punhalada mortal, no furto quem subtrae a cousa, etc.

No estudo da tentativa de xámos demonstrado que não ha formula capaz de apartar a preparação do começo de execução; todos os criterios suggeridos nesse intuito se revelam imprestaveis.

Isto mesmo reconhece von Liszt, quando, referindo-se á transplantação para o conceito legal allemão do «commencement d'exécution» do direito francez, commenta: «Com esta formula, porém, pouco lucrou a ad-

(\*) Accessories and abettors act, de 1861.

ministração da justiça; todo empenho para determinar-se de um modo mais preciso o começo de execução conduz a descrições destituídas de valor».

Não é, pois, aceitavel em doutrina a distincção entre os actos de co-participação com fundamento em criterio, cuja falacidade está apurada.

3) A theoria, ainda preponderante, para a qual a intervenção do auctor é *causa* do resultado criminoso, ao passo que a do cúmplice é *mera condição* para que esse evento se realize.

Tambem a este propósito nos reportamos a noções já anteriormente assentadas.

Tratando da culpa mediata, deixámos demonstrado que não se justifica esta distincção entre o acto humano que é causa do evento e o que apenas é condição para que o resultado se verifique.

Causa é o conjuncto dos antecedentes de um phenomeno, e não se pôde arbitrariamente destacar um delles para elevá-lo á categoria de determinante unico.

Bastaria esta consideração para repellir a theoria dominante. Sua imperfeição, porém, ainda se manifesta com o exame que se faça da sua applicação.

Partindo do mesmo conceito de causa, os criminalistas mais reputados chegam a conclusões oppostas. Assim é que para Ross, Ortolan, Haus, Chauveau et Hélie, o instigador, o mandante, é autor (co-auctor), do delicto; para Carrara só é autor o que toma parte na consummação do crime, e todos os demais co-operadores são delinquentes accessorios ou cúmplices. Segundo o nosso codigo, o mandante é autor; segundo o codigo allemão o mandante (Anstifter) não é autor.

Adoptado o conceito metaphysico de causa e acceto o principio fundamental do livre arbitrio, os classicos não podem conciliar com essas premissas a punição simultanea do mandante e do mandatario do crime;—si a acção do instigador é que foi causa do evento, si foi elle que determinou o executor, porque punir o mandatario? si este não perdeu o livre arbitrio, si apesar da instigação o acto é moralmente seu, porque punir o mandante?

A generalidade dos cods. penaes commina para o cúmplice pena menor que para o autor; alguns, porém, seguem o paradigma francez e equiparam a punição de todos os co-participes do mesmo delicto.

Exemplificando as difficuldades da applicação do criterio extremador:— em desaffronta de injuria atroz, A. resolve-se a matar B.; um filho da victima, por cubiça da herança paterna, fornece a arma homicida e ministra indicações que facilitam o crime; por isso que sua intervenção foi auxiliar e não principal, elle é cúmplice e, como tal, padecerá pena menor que o autor. Nem se responda que, militando attenuantes a favor do autor e sendo a responsabilidade do cúmplice augmentada por circumstancias aggravantes, poderá ser a este inflingido castigo mais severo do que áquelle:— não só o mecanismo penal geralmente

não dá ensanchas para essa solução, como, quando ella fosse possível, importaria na contraprova de que a importancia causal do acto ou a quantidade de intervenção material no crime não é fundamento para distinguir e medir a responsabilidade dos co-delinquentes.

Para terminar a critica á theoria inspiradora dos cods. actualmente vigorantes, registremos o insuspeito testemunho de dois dos maiores criminalistas classicos,—Rossi e Carrara.

E' do primeiro este trecho : «Quer tendo em vista a resolução criminosa, quer attentando para o facto material, como determinar o gráo justo de culpabilidade para cada especie de participação na criação de um ou de outro elemento do delicto? Como predeterminal-o no proprio texto da lei? E' quasi impossivel fazer a antecipada classificação não só de todas as fórmulas de que pôde se revestir a participação no delicto, como das diversas circumstancias com as quaes ella se combine, circumstancias que podem modificar essencialmente o valor do acto imputado.» (\*)

E' de Carrara esta passagem, que poderia ser subscripta por qualquer criminalista da moderna escola : «A maxima *á chacun selon ses oeuvres* nem sempre é verdadeira em Dir. Penal, onde ás vezes se tem de prestar conta do facto de outrem. Absoluta em Dir. Penal deve ser a maxima *á chacun selon sa méchanceté*; porque si a gravidade do facto é o estalão da quantidade politica do delicto, a moralidade do agente é que primariamente constitue a responsabilidade individual, que se mede e se gradua conforme aquella se modifica.» (\*\*)

III—Fracassadas todas as tentativas de differenciação objectiva, appareceram as THEORIAS SUBJECTIVISTAS, que pretendem apartar as cathogorias de co-participes, não conforme a significação objectiva do acto de intervenção, mas unicamente segundo a direcção da vontade de cada um dos co-delinquentes.

Esta orientação se esgalha nestes dois ramos : — a chamada *theoria do dolo*, de accordo com a qual é «autor» aquelle que quer o crime como proprio e age nesse sentido, ao passo que o «cumplice» não tem o intuito de crear o delicto, mas o de apoiar ou auxiliar o acto de outrem para producção do evento injuridico; aquelle é movido *animo aucteris*, este *animo socii*; — a denominada *theoria do interesse*, segundo a qual é «autor» quem serve a fim ou interesse proprio, «cumplice» quem obra para fim ou interesse alheio.

Comquanto prestigiadas pela jurisprudencia allemã, que interpreta o col. imperial por esse criterio, essas theorias não resistem á critica.

(\*) *Traité de Dr. Pénal*, 3me ed., pag. 187-188, vol. II.

(\*\*) *Grado nella forza fisica del delitto*, parag. 234; *Opuscoli*, I, pag. 519.

Na verdade, os co-participes do crime são todos animados pelo mesmo dolo, isto é, pela mesma representação de causalidade entre a sua intervenção e o resultado; cada qual sabe e quer que seu acto concorra para o evento criminoso. Esta distincção entre *animus auctoris* e *animus adjutoris* importa em attribuir ao co-delinquente a preocupação metaphysica de distinguir o valor causal ou meramente condicional da sua acção, o que é irrealizavel do ponto de vista logico e é grotesco quanto á generalidade dos criminosos, que jámais teve noticia dessa atribulada questão philosophica.

O prisma do interesse ou do fim é egualmente insufficiente. Fasta exemplificar com um crime commettido por um só individuo no interesse de terceiro: A e B são candidatos ao mesmo emprego; C., sem sciencia ou connivencia de A., calumnia B. afim de que a escolha recaia em A.; teriamos um caso de cumplicidade sem autoria, de auxilio sem acção principal,—o que é absurdo.

IV—Tentou-se a solução conciliadora e para esse fim formularam-se THEORIAS ECLECTICAS, pela junção dos dois principios divergentes,—o objectivista e o subjectivista.

Seria fastidioso e inutil minudenciar essas construcções juridico-criminaes, que não tem encontrado seguidores. Si os criterios puros se manifestam inserviveis, menos justificavel ainda é, conforme o caso, preferir arbitrariamente ora um e ora outro.

Convém apenas deixar registrado que tão vacillantes são as theorias radicaes acima expostas que seus mais autorizados partidarios recorrem a este expediente transaccional para solver difficuldades, que resistem á applicação dos principios anteriormente firmados.

Uma comprovação. O professor Brkmeyer, de Munich, é hoje na Allemanha o mais reputado representante da orientação classica; além disso, é especialista no assumpto, tendo cabido a elle o estudo do instituto da codelinquencia na obra de preparação para a reforma do cod. pen. imperial. (\*) Nessa monographia, depois de examinar esmeradamente as diversas theorias, defende a objectivista, de accordo com a qual formula as conclusões do seu trabalho. Entretanto, confessa que ha casos em que o rigor logico levaria a classificar como cumplices delinquentes que o sentimento juridico geral aponta como co-auctores, e, para obviar essa difficuldade, propõe equiparar a pena do cumplice á do autor quando a intervenção daquelle, ainda que meramente auxiliar, fôr concomitante com a execução do crime (pags. 143 e 150).. Isto significa — por um lado a substituição arbitraria do criterio fundamental (o de causa) pelo criterio formal do tempo, e — por outro lado a renuncia a qualquer distincção, pois que a parificação de punição tira todo alcance á differenciação.

(\*) Vergleichende Darstellung des Deutschen und Auslaendischen Strafrechts Allgemeiner Teil. II Bund.

V—A nova eschola penal, encontrando o problema sem solução, isto é, verificando que nenhum dos criterios classicos era capaz de extremar fundamentalmente a autoria da cumplicidade, negou a existencia de distincção ontologica entre uma e outra, e, por isso, se chamam THEORIAS NEGATIVISTAS as que nasceram dessa corrente de opinião.

Mas, dentro mesmo do positivismo penal, se pronunciaram duas orientações: — a primeira prefere o tratamento autonomico de cada delinquente (\*), que responde só e exclusivamente pelo que fez e sem attenção á intervenção dos demais cooperadores, havendo, pois, tantos delictos quantos os individuos que tomaram parte na sua producção, *quot delinquentes, tot delicta*; — a segunda, mantendo o conceito da co-participação, eguala em these a responsabilidade de todos os co-participes (\*\*), possibilitando, porém, pela individualização judiciaria da pena, o tratamento desigual dos socios no mesmo crime.

Esta segunda formula é prestigiada pela União Internacional de Direito Penal, a qual approvou em sessão plenaria de 1902 em S. Petersburgo a conclusão em tal sentido proposta por von Liszt, van Hamel e Garraud, e ratificada pelo Grupo Allemão em Dresden, que no anno seguinte assentio nestas resoluções: — I. Todas as pessoas que dolosamente tomarem parte na pratica de um delicto (autor, co-auctor, instigador, cumplice) incorrerão nas penas comminadas para esse delicto; II. Todavia poderá o juiz minorar, dentro de limites estabelecidos na lei, a pena do co-participe, cuja culpabilidade fôr reconhecida menor.

Tambem o moderno cod. pen. da Noruega consigna expressamente esta solução no § 58 da Parte Geral. O projecto suiso dispõe que a pena de cumplice *podrá* ser attenuada; e o ante-projecto francez mantem a tradição legal desse paiz na equiparação da responsabilidade penal do auctor e do cumplice.

No estado actual da sciencia juridico-criminal, parece que a preferivel é a solução advogada pelo criminalista norueguez Getz e por elle articulada no cod. pen. da Noruega, com applauso da U. I. de D. P. — Na verdade, si não ha formula capaz de antecipadamente e fundamentalmente apartar a autoria da cumplicidade, si a funcção penal não é retributiva mas preventiva, si só a individualização judiciaria pode dar o tratamento penal adequado á periculosidade do delinquente, a conclusão é desentulhar a Parte Geral dos codigos dos complicados dispositivos referentes á co-delinquencia, substituil-os pela regra geral de applicabilidade da pena a todo co-participe doloso, possibilitando ao juiz não só a escolha como a quantidade de pena a inflingir a cada co-participe.

Está claro que reforma deste genero depende da formação de magistratura idonea, de processo criminal adequado e de organização peni-

(\*) Theorie der Verselbstaendigung der Teilnahme.

(\*\*) Theorie der Gleichstellung der Teilnahmeformen.

tenciaria com a maleabilidade propria para esse desideratum. Si é do legislador ter em muita conta o meio para que faz a Politica Criminal, incumbe ao professor trazer os discipulos ao corrente das aspirações renovadoras, para que, comparando o que temos com o que se faz alhures, se habilitem a opinar sobre o problema da renovação do nosso Direito Criminal.

VI— Por isso que o nosso cod., como quasi todas as legislações penaes, conceitua a co-delinquencia, distinguindo em duas grandes classes os co-participes no mesmo crime — os autores (moraes e materiaes) e os cúmplices—, devemos preliminarmente apurar as regras que disciplinam o instituto, para depois confrontal-as com as formulas do nosso direito positivo.

No delicto colectivo, da mesma forma que no singular, é imprescindivel a existencia dos dois elementos— o moral e o material.

O ELEMENTO MORAL na codelinquencia significa não só que cada co-participe deve ser animado pelo *nisus voluntatis ad delictum* como ter consciencia da co-operação, isto é, de que o empreendimento criminoso é colectivo. D'aqui conclue Carrara que não pode haver co-delinquencia: a) no caso de intenção innocentemente distincta; b) no de intenção criminosamente distincta; c) no de intenção indirectamente negativa ou delicto culposo; d) no de intenção imperfeita.

O primeiro caso não offerece difficuldade. E' animado por *intenção innocentemente distincta* o pharmaceutico que, no exercicio de sua profissão e mediante prescripção medica, avia um medicamento que, entretanto, é utilizado para um veneficio; o serralheiro que fabrica uma chave de accordo com o molde que lhe fornecem, julgando que é para substituir outra que se perdêra, quando realmente era destinada á pratica de um roubo. São hypotheses de co-operação material desvestidas de animo scelerado. Ha certos actos, porém, de significação inconfundivel — o fornecer uma gazua, entregar um engenho explosivo a um libertario — e que trazem em si mesmos o cunho doloso, *res ipsa in se dolum habet*. Exemplificando o caso da *intenção criminosamente distincta*: A. arromba uma casa para nella perpetrar um rapto, e B. se aproveita da occasião para praticar nella um furto; nem A. é co-participe de B. no furto, nem este o é daquelle no rapto, — *maleficia voluntas et propositum delinquentium distinguunt*.

VII—O terceiro caso é o de CODELINQUENCIA CULPOSA. A questão é controvertida: negam a compossibilidade do co-reato e da culpa—Carmignani, Carrara, Haus, Pessina entre os classicos, Scipio Sighele e von Liszt entre os positivistas; admittem o delicto culposo colectivo Garraud, Alimena, Garofalo e outros.

Dizem os primeiros que é um verdadeiro solecismo juridico a co-delinquencia no delicto culposo, porque não ha co-participação criminal sem o *nisus voluntatis ad delictum*, e, sendo a culpa a negação

desse esforço para fim criminoso, não se pode figurar delicto culposo colectivo.

Argumentam os segundos que, havendo conjugação de vontade e de esforços na pratica de uma acção, é innegavel a co-operação,—esta será dolosa si o resultado foi previsto, culposa si não foi previsto mas o deveria ter sido. Um individuo, sob promessa de gorgeta, estimula o cocheiro a que precipite o carro em velocidade contraregulamentar, occasionando ferimentos num viandante; dois operarios, de cima de um andaime, atiram á rua uma trave, com a qual um só delles não podia, e esmagam um transeunte:— são, evidentemente, casos de conjugação de vontade e esforços, dando resultado que, pelo mesmo titulo de imprudencia, é imputavel aos co-participes.

Carrara, Haus pretendem que em taes hypothesees haverá tantos delictos culposos quantos co-operadores no acto imprudente. Franz von Liszt diz que se dá uma «autoria collateral» (Nebentaeterschaft), euphemismo que afinal não encobre a realidade do coreato na culpa.

VIII—A CUMPLICIDADE COM DOLO D'IMPETO (intenção imperfeita, ou 4.º grau do dolo) é possivel pelas mesmas razões que demos para admittir a tentativa *in calore rixae*.

Aliás é o proprio Carrara quem nol-o ensina. Na Parte Geral do seu *Programma* (§ 437) firma a regra da inadmissibilidade, accrescentando «a não ser em casos especialissimos, nos quaes, apesar da paixão instantanea, se revela univocamente a vontade de coadjuvar o delicto praticado por outrem»; na parte especial (§ 1.307) exemplifica com a instigação ao rixador a matar, com o fornecer-lhe a arma homicida, com o travar os movimentos da victima emquanto elle recebe o golpe letal.

IX— O ELEMENTO MATERIAL do correato implica a necessidade da existencia do delicto ajustado, não bastando para a integração da figura da co-delinquencia o accordo de vontades, sendo ainda imprescindivel o *motus corporis ad delictum* por todos ou por algum dos co-participes. Por outras palavras: não ha co-participação criminosa sem a effectivação (consumada ou tentada) do crime combinado.

Si esta é a regra, abrem os cods. excepções para certos casos em que o mero ajuste, antes de traduzido em facto, é incriminavel *per se stante*. O art. 115 do nosso define como *conspiração* o concerto de 20 ou mais pessoas para tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional, mudar violentamente a Contituição da Republica, etc. O simples accôrdo e conjugação da vontade dos conspiradores significa perigo para a segurança interna da Republica, que contra elle reage pela comminação penal.

A generalidade dos codigos (ital. 248, belga 322, portuguez 263, etc.) prevê como delicto autonomo a *associação de malfeitos*; o mesmo faz o projecto de revisão brasileiro art. 150. E' um delicto que existe pelo só facto da organização scelerada, a qual põe em perigo a ordem pu-

Elica. Varia conforme as legislações, o numero minimo de malfeitores para que o pacto signifique esse crime: a belga e a portugueza não o fixam, e tambem a lei franceza de 1893 refere se a toda associação no intuito de commetter crime contra a pessoa ou a autoridade, qualquer que seja sua duração ou o numero dos associados; mas a italiana exige o minimo de 5 e o projecto brasileiro o de 3.

X— Existe a chamada CUMPLICIDADE NEGATIVA? O não impedir ou o não denunciar o crime de que se tem conhecimento importa em co-participação criminosa?

No Dir. Romano a questão é controvertida. No Dig., *de regulis juris*, encontramos estes dois textos: *Culpa caret qui sit sed prohibere non potest* (frag. 50) *Nullum crimen patitur is qui non prohibet cum prohibere non potest*. Delles se poderia concluir a contrario sensu que é culpado quem não impede, podendo fazel o. Mas Beaulieu, Ferrine e Momm-sen explicam que não era esse o principio vigorante; os fragmentos alludidos foram extrahidos do commentario de Paulo ao edito do Pretor, e ahi a regra tem a amplitude dos textos, porque, tratando-se da responsabilidade do pater familias pelo facto do filho ou do escravo, tal imputação era natural, pelo laço estreito e absoluto que, por assim dizer, confundia em uma só personalidade o paterfamilias e os membros da sua familia.

Tambem outro texto referente á moeda falsa (*eadem poena afficitur is qui, cum prohibere tale quid posset non prohibuit*, Dig., frg. 9 § 1.º *de lege Cornelia de falsis*) é uma excepção, segundo ensinam esses escriptores, justificada pela gravidade do crime a que unicamente se applicava. Finalmente o principio geral *qui prohibere potuit tenetur si non fecit* (Dig., fr. 45, *ad legem Aquiliam*) cuida de responsabilidade meramente civil por facto de terceiro e desde que a culpa se manifeste *in vigilando aut in eligendo*.

Na doutrina moderna é quasi unanime a opinião de que o não impedimento não constitue codelinquencia; a abstenção póde denotar egoismo, ou covardia, mas não induz coparticipação.

E' intuitivo que se não confunde a pseudo cumplicidade negativa com certos actos de assistencia conluiada, como si a presença tem por fim atemorizar a victima, ou ficar de guarda para avisar de perigo o delinquente, enquanto este perpetra o crime.

Tão pouco deve ser confundida com a cumplicidade por omissão, como por ex. si o carcereiro não procura impedir a tirada ou fugida de presos de sua guarda, si o bibliothecario faz vista grossa ao furto de livros, etc.

Quanto ao não denunciar o crime de que se teve conhecimento, a regra romana da inimputabilidade (*qui furem novit, sive indicet eum, sive non indicet, fur non est*, Dig., *de furtis*, frg., 49, § 1.º) era e é a dominante. Havia, porém, excepções: o irmão do parricida que o não denunciava, o co-sabedor do crime de moeda falsa que o não revelava; e

nossas Ords. do l. V, tit. 6.º, § 12 impunham a mesma pena do crime de lesa magestade áquelle que, conhecendo-o, não o descobria.

O cod. allemão § 139 pune o ter tido conhecimento fidedigno de um projecto de alta traição, de traição contra a patria, de moeda falsa, de assassinato, de assalto á mão armada, ou de crime de perigo commum, e de deixar de denunciá-lo á auctoridade ou á pessoa ameaçada, e sendo o crime commettido.

XI — Carrara, partindo do principio de que todo delicto se compõe de dois elementos, o moral e o material, e de que a intervenção se póde dar ou em um só ou em ambos os elementos, distingue tres especies de coparticipação: a) concurso de acção sem concurso de vontade; b) concurso de vontade sem concurso de acção, c) concurso de vontade e de acção.

Com a primeira especie já nos occupamos, verificando os quatro casos em que Carrará diz não se dar codelinquencia por falta de elemento moral.

O concurso de vontade sem concurso de acção, isto é, a cooperação no elemento moral do delicto póde, segundo o mesmo criminalista, se revestir de um destes cinco aspectos ou FORMAS DE COPARTICIPACÃO MORAL:

1) *mandato*, que é a instigação para perpetração do delicto em proveito e utilidade do instigador.

2) *ordem*, que é o mandato imposto com abuso de auctoridade;

3) *coacção*, que é o mandato imposto por meio de ameaça de grave mal;

4) *conselho*, que é a instigação para a perpetração do delicto em proveito e utilidade de quem o executa;

5) *sociedade*, que é o pacto entre varias pessoas para a pratica de delicto em utilidade e proveito commum ou respectivo dos socios.

Destas definições se conclue que as cinco figuras de coparticipação moral se reduzem a tres — o mandato, o conselho e a sociedade, pois que a ordem é um mandato qualificado pelo abuso de auctoridade ou superioridade hierarchica, e a coacção é um mandato qualificado pela ameaça ou violencia moral.

O traço differencial entre o mandato, o conselho e a sociedade está no proveito ou utilidade a tirar da execução do delicto: si a perpetração é um proveito do instigador, trata-se de mandato, si no do instigado, conselho; si no de ambos, sociedade.

XII — O MANDATO é o *pactum sceleris* feito entre o instigador (mandante) e o instigado (mandatario) para que o segundo perpetre o crime em proveito do primeiro. E' a commissão ou encargo scelerado dado e acceito.

O mandante é a cabeça que resolve, o mandatario o braço que executa: *mandantem quidem caput esse, mandatarium vero manum et instrumentum mandantis.*

São elementos do mandato: a proposta feita pelo mandante, a aceitação por parte do mandatário, a execução completa ou incompleta do crime ajustado.

Não se deve, pois, confundir o mandato com a chamada « auctoria mediata ».

No mandato o instigador determina a vontade de um individuo imputavel e consciente da criminalidade da commissão; na auctoria mediata um individuo serve se de um inimputavel (louco, infante, hypnotizado) como de um instrumento, havendo, pois, não a conjuncção de vontades, mas uma só vontade servida por um instrumento humano.

A proposta não seguida de aceitação não constitue mandato. Não constituirá, porém, tentativa de mandato, ou não deverá ser configurada como crime especial?

Os classicos naturalmente divergem, conforme seguem a orientação objectivista ou a subjectivista no tratamento da tentativa. Os objectivistas negam a possibilidade da tentativa de mandato: si a proposta não foi aceita, ou si, depois de aceita, não foi executada, não correu perigo o bem juridico contra o qual o proponente premeditava.

Os subjectivistas, partindo do postulado de que a punição deve intervir desde que se exteriorize a vontade malfazeja, concluem pela configurabilidade da tentativa de co-delinquencia: supponha-se que um individuo encarrega um sicario da perpetração de um homicidio; paga-o antecipadamente e o crime não apresenta difficuldade; de sua parte fez tudo quanto era necessario para realização do maleficio, mas o capanga não desempenhou a commissão; a acção ou omissão de um terceiro não póde tornar alguém culpado ou innocente; accresce que é perfeita a paridade entre a tentativa de mandato e a tentativa por meio relativamente inidoneo, e si a generalidade dos objectivistas admite esta especie de conatus, não deve regeitar aquella.

As modernas legislações punem a instigação mesmo quando não seguida de exito. Distinguem a provocação publica da provocação privada á pratica de delicto.

A primeira é a que é feita pela imprensa ou pela tribuna, excitando o povo ou uma classe á perpetração de um attentado, quasi sempre de natureza politica; o art. 126 do nosso Codigo é exemplo desse delicto especial.

A provocação privada se constitue pela instigação de individuo a individuo. Em 1873 um facinora belga escreveu ao arcebispo de Paris, propondo-se assassinar o Principe de Bismark, mediante a paga de 60.000 francos; ficou impune, porque a legislação da Belgica não previa essa especie de delinquencia; para sanar semelhante lacuna, foi allí promulgada em 1875 uma lei que pune a proposta ou a aceitação de mandato para a pratica de certos crimes; no anno seguinte votou-se na Allemanha uma novella que addicionou ao Cod. Penal o § 49 a, que incrimina a offerta, o convite ou a aceitação para a perpetração de delictos graves; e as demais legislações vão adoptando essa innovação.

### XIII — Os criminalistas distinguem varias ESPECIES DE MANDATO.

O mandato se diz *singular* quando só um é o mandante e só um o mandatario; diz se *plural* quando varios são os mandantes ou varios os mandatarios.

Nesta ultima hypothese, cada um é responsavel pelo delicto, ainda que, na distribuição dos papeis do drama criminoso, uns tenham agido mais efficientemente do que outros: *tanto major injuria quanto a pluribus admissa est, immo etiam tot injuriae sunt quot et personae injuriam facientium.*

O mandato é *gratuito* ou *oneroso*, conforme o mandatario recebe ou não remuneração pelo desempenho do encargo scelerado.

E' *directo* si o mandante ajusta immediatamente com o executor a incumbencia criminosa; *indirecto* si o faz por interposta pessoa, a qual é co-mandante do delicto concertado.

Esta figura do mandato indirecto, ou a da cumplicidade de cumplicidade, é estudada pelos criminalistas para a apuração do grau de responsabilidade dos diversos interventores no delicto.

Carrara dá diversos exemplos, dos quaes menciona este: A., querendo matar a propria mulher por meio de veneno, incumbe B. de obter o toxico; B. recorre a C., chimico habil, que consciencientemente fornece o meio para o uxoricidio.

O mais celebre dos crimes politicos perpetrados no Brasil, o attentado de 5 de novembro de 1897 contra o Presidente da Republica, é exemplo de co-mandato successivo: segundo o inquerito policial então aberto, alguns altos politicos, tendo resolvido eliminar o dr. Prudente de Moraes para que o governo passasse ao vice-presidente, chefe opposicionista, incumbiram Deocleciano Martyr, agitador jacobino, de encontrar o instrumento proprio para execução do *complot*; este foi Marcellino Bispo, soldado do exercito, com quem Deocleciano ajustou a incumbencia scelerada; no arsenal de guerra, tentou Marcellino contra a vida do Presidente, matando o ministro da guerra marechal Bittencourt e ferindo gravemente o general Mendes de Moraes, que se interpuzeram entre o assassino e o dr. Prudente.

Carrara diz que em casos desta natureza a imputação é facilmente admissivel. Com effeito, o elemento material da cumplicidade concorre sempre que o acto teve influxo no momento executivo do delicto; ora esta condição se realiza não só quando o auxilio é prestado directamente ao auctor, como quando o é por interposta pessoa; — o elemento moral se realiza sempre que o acto coefficiente da execução do delicto foi praticado com intuito de cooperar para a realização do crime, e este segundo requisito se verifica tanto no caso em que o nexa das vontades se faz directamente como quando se ata por meio de intermediario; — concorrendo os dous elementos, existe o crime, e a consequente responsabilidade penal.

XIV — A cohesão das vontades pôde desaparecer — ou porque o mandatario desiste de executar o crime conluiado, ou porque o mandante revoga o mandato. Verifiquemos, pois, os casos de DESISTENCIA E DE REVOGAÇÃO do mandato.

Si o mandatario desiste de executar o crime antes de o haver tentado, dizem os classicos da corrente objectivista que tal desistencia aproveita tanto ao mandatario como ao mandante, porque não houve o *corpus* ou elemento material imprescindivel para o delicto.

Si, porém, a desistencia se dá depois de iniciada a execução, na qual espontaneamente não prosegue o mandatario, estão todos os criminalistas de accôrdo em que a este aproveita a renuncia tempestiva e espontanea.

Quanto ao mandante, a corrente predominante é pela sua inculpação, porque, além da *voluntas sceleris*, deu-se o começo de execução, e a desistencia do mandatario é circumstancia independente da vontade do mandante, o qual é, por isso, auctor de tentativa do crime, objecto do mandato.

Quando o mandante revoga o mandato antes de praticado o crime, mas o mandatario só tem noticia da revogação depois de ter cumprido a incumbencia scelerada, — ou quando o mandante tardiamente revoga o encargo criminoso, porque o delicto, sem que elle o soubesse, já estava ultimado, — nestes casos a revogação não exime o mandante da responsabilidade.

A regra para conhecer quando a revogação, communicada ao mandatario antes da execução, aproveita ao mandante, deduz-se do conceito da instigação.

Realmente, si o instigador é responsavel porque foi elle que creou o motivo determinante para que o instigado se resolvesse ao crime, só se desatará a solidariedade criminosa si o mandante destruir esse motivo; e, então, si o delicto apezar disso fôr perpetrado, o terá sido sem o concurso moral do instigador.

Nestes termos é que é recebivel a transplantação que para o dominio do Dir. Criminal, fazem criminalistas, de regras attinentes ao mandato no Dir. Privado. (*Recte mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*; Instit., lib. III, tit. 27, § 9.º. *Extinctum enim est mandatum fini'a voluntate*; Ulpiano, Dig., *mandati*, frg., 12, § 16).

Comquanto alguns criminalistas tenham admittido a revogação tacita do mandato (como si o mandante se reconcilia com a victima, ou se inimista com o mandatario), a generalidade delles ensina que deve ser expressa e formal, porque as presumpções da revogação tacita são muito falazes e ás mais das vezes traduzem traição ou farsa.

Ha casos até em que não basta a revogação mesmo expressa para exculpar o mandante: si só A. sabe, por confidencia da victima, do logar em que está occulto o seu dinheiro, e incumbe B., roubador profis-

sional, de tiral-o, o arrependimento de A., mesmo que tempestivamente communicado a B., não o exonerará de imputação pelo furto, si não tiver prevenido a victima ou a policia do perigo: — é que, nessas circumstancias, a instigação continúa, isto é, o determinante para o crime não cessa de operar no ladrão profissional, apesar do mandante ter revogado a incumbencia; a revelação da existencia do dinheiro e a facilitação dos meios de subtrahil-o (ambas communicadas pelo mandante ao mandatario) continúam a determinal-o para, já agora por conta propria, praticar o delicto.

XV — A execução do mandato póde não corresponder á vontade do mandante por DEFICIENCIA ou por EXCESSO.

Dizem os classicos que no caso de deficiencia, mandante e mandatario só são responsaveis pelo que effectivamente se realizou: o mandato foi de homicidio, mas só se deram offensas phisicas leves; só este crime é imputavel ao instigador e ao instigado.

Ha, quanto á culpabilidade do mandante, patente contradição com o que esses mesmos criminalistas ensinam para o caso de desistencia do mandatario; para serem logicos deveriam admittir tambem aqui a tentativa por parte do mandante.

Quanto ao excesso ha a theoria radical que imputa ao mandante todo e qualquer crime praticado pelo mandatario para executar o de que se encarregou ou que resultar da execução deste; é a articulada no nosso codigo, como veremos.

O mandato foi para espancar, o resultado foi a morte. Ao mandatario imputa-se o homicidio, porque *vulnera non dantur ad mensuram*; ao mandante tambem se o imputa, porque *vulnerare mandans tenetur de occiso*.

O criterio geralmente seguido é o de Carmignani, que distingue o excesso nos meios do excesso nos fins. Si o excesso se dá nos meios, o mandante por elle não responde: mandei dar uma chicotada e o mandatario deu am tiro ou uma punhalada. Si o excesso se verifica nos fins, subdistingue-se: o excesso redunda em titulo diverso de delicto (mandei espancar e o mandatario roubou), não responde o mandante pelo excesso; — o excesso importa em crime mais grave, mas do mesmo genero (mandei bater levemente e o mandatario feriu gravemente), responde o mandante pelo excesso.

Estas distincções e subdistincções nem sempre satisfarão. Preferivel é partir do principio fundamental do dolo e apreciar cada caso de accôrdo com essa noção.

Adoptado o conceito da representação (que foi o que defendemos), tudo se simplificará: a responsabilidade do mandante vae até onde vae o seu dolo, e este comprehende todas as consequencias representadas da instigação — intencionadas ou não desejadas, mas em todo caso previstas.

A solução radical do nosso código, assenta em dois presupostos, que já tivemos ocasião de demonstrar erroneos — o de que *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* e o de que *causa causae est causa causati*.

XVI — A questão da RATIFICAÇÃO do mandato tem interesse meramente histórico. Alguns antigos criminalistas fundados em texto de Ulpiano (*in maleficio rati habitio mandato comparatur*) sustentavam que a ratificação ou aprovação do crime consummado sem ajuste prévio equiparava-se ao mandato.

Beaulieu e outros que se occupam especialmente do assumpto, demonstram que o vocabulo «maleficium» tem no texto a significação de damno illicito, vigorando a regra tão sómente para o Dir. Privado, para os effeitos da indemnização por perdas e danos.

XVII — Sobre a PENALIDADE a impôr aos co-participes em caso de mandato ha tres opiniões entre os classicos.

A primeira, de Farinacio e de Renazzi, é pela maior punição do mandante: é elle a causa primeira do delicto, o seu verdadeiro creador, e portanto o maior responsavel.

A segunda é a de Beccaria, Carmignani e Bertauld, que são pela punição aggravada do mandatario. O mandante, dizem, «quer» o delicto, mas o mandatario «o quer e o executa»; num ha vontade sem acção, no outro vontade e acção; e como não ha delicto sem os dois elementos, a logica impõe que mais severamente se puna o que intervem tanto na phase moral como na phase material do crime.

Além disto, a maior pena comminada contra o mandatario difficulta o encontrar instrumentos de delinquencia: a desparificação penal gera a desconfiança e a desunião entre os scelerados, com o que aproveitam a ordem publica e a segurança individual.

A terceira é a da maioria dos classicos (Rossi, Chauveau et Helie, Haus, Carrara, Pessina, Canonico, etc.) e defende a equiparação penal. Invocam a tradição juridica romana: *Mandator coedis pro homicida habetur* (Ulpiano, frg. 15, Dig., *ad legem Corneliam de sicariis*). E argumentam: o mandante é causa primaria do delicto, é elle quem desperta e impulsiona a vontade do mandatario, que é uma causa secundaria; seria injusto punir menos o que é causa inicial, o verdadeiro motor do attentado; mas si no *mandans* está originariamente toda a força moral subjectiva, no *mandatarius* está toda força physica subjectiva e menos força moral subjectiva; resultado desta avaliação de intervenções—a punição igual do mandante e do mandatario. E' a solução do nosso código.

Não é preciso recordar que o criterio positivo é pela equiparação em these, podendo a desequiparação resultar da individualização judiciaria da pena.

O cód. pen. italiano, inspirado no ensinamento de Carrara e outros autores, attenúa a pena do mandante quando o mandatario tiver execu-

tado o crime tambem por «motivos proprios». E' de toda procedencia a critica que varios commentadores fazem a esse dispositivo.

Os motivos proprios do mandatario deverão influir na sua culpabilidade conforme forem honestos ou deshonestos, sociaes ou ante sociaes, mas não podem diminuir ou exacerbar a do mandante. Si os motivos proprios do mandatario forem nobres e os do mandante ignobeis e infames,—por que razão de ordem logica, moral ou politica diminuir a imputação do mandante?

Si o mandatario é instrumento nas mãos do mandante, deverá este ser menos punido porque escolheu instrumento mais facil de ser manejado?

XVIII—A ORDEM, mandato qualificado por abuso de autoridade ou de superioridade hierarchica, é assumpto especial da secção X do Programma. A COACÇÃO ou constrangimento moral é uma das dirimentes da responsabilidade criminal, mencionada pelo nosso cod. no art. 27, § 5.º.

Opportunamente examinaremos uma e outra especies de mandato qualificado.

XIX—A distincção, já foi dito, entre o mandato e o CONSELHO, ambos fórmulas de instigação, está em que no mandato o proveito ou interesse da execução é do instigador, no conselho é do instigado ou executor. Farinacio já assim entendia: *consilium respicit gratiam et utilitatem delinquentis, mandatum mandantis*.

Os romanos o tinham como uma das formas de delinquir: *aut facta puniuntur, aut dicta, aut scripta, aut consilia* (Dig., frg., 16, de poenis) E o definiam como a persuasão, a impulsão, a instrucção para o crime: *consilium dare videtur qui persuadet, et impellit atque instruit consilio*.

Os criminalistas medievos distinguiam o *consilium nudum* do *consilium vestitum*; e os classicos, seguindo Carmignani, reproduzem a distincção entre o conselho *exhortativo* e o *cooperativo*. Confessam, porém, a impossibilidade de dar uma formula que, em todos os casos, differencie o conselho simples do efficaz.

E' uma questão de facto; e o juiz, diz Carrara, averiguará si houve por parte do conselheiro o designio de impellir o aconselhado ao crime.

Dizem tambem os classicos que o conselheiro é sempre cúmplice ou coparticipe secundario, visto como o facto do delicto ser perpretado em proveito do executor faz presumir que o crime se daria mesmo sem a instigação do conselheiro.

No regimen do codigo de 1830, o conseio era tido como forma de cumplicidade; no do actual, a jurisprudencia é no sentido de não ter sido prevista essa fórmula de co-delinquencia pelo legislador de 1890, (\*) o que é mais uma prova (si alguma ainda fosse necessaria) da imprestabilidade da vigente legislação criminal brasileira.

(\*) *Revista de Jurisprudencia*, II, 235. *O Direito* LXXXI, 588.

XX — A SOCIEDADE, já se definiu, é o ajuste entre duas ou mais pessoas para perpetração de um determinado delicto no interesse commum ou respectivo dos socios.

A communhão de interesses ou proveitos é o traço differencial que a extrema do mandato e do conselho.

Esta é a chamada *societas criminis*, que não se confunde com a *societas criminum* ou associação de malfeitores, a que já nos referimos.

O só concerto ou ajuste de vontades constitue o bando scelerado ou associação de malfeitores; para que exista a *societas criminis* é indispensavel que um determinado crime ajustado tenha sido perpetrado ou ao menos tentado.

Carrara não encontrando o elemento material no delicto especial de associação de malfeitores, mas não podendo deixar de reconhecer a necessidade de reprimir a *societas criminum*, diz que se trata de delicto de damno universal, e não de damno particular: por isso não é necessario que se dê o damno effectivo, bastando o damno potencial, isto é, a violação do direito que tem todos os cidadãos a que se não organize associação alguma em opposição á ordem juridica mantida pelo Estado.

Nosso código desconhece a *societas criminis*, de fórma que os socios serão punidos como auctores (moraes ou materiaes) ou como cúmplices, conforme a especie de intervenção que tiverem tido no delicto. (\*)

XXI — Antes de examinar a conceituação legal, digamos sobre alguns problemas de imputabilidade e responsabilidade que se apresentam em hypothese de co-delinquencia: — a cumplicidade co-respectiva, a influencia e comunicação de circumstancias materiaes e pessoaes, o agente provocador, o crime das multidões, a receptação e o favorecimento.

A denominação de CUMPLICIDADE CO-RESPECTIVA é reservada para o caso em que, tendo sido varios os co-participes em um crime, não se consegue apurar qual dentre elles foi o auctor.

Em uma rixa tomaram parte tres individuos, que aggrederam um quarto, o qual succumbiu a uma punhalada, que não se sabe por qual dos tres foi vibrada.

Como proceder em tal hypothese?

Os Romanos não tinham principio firmado a respeito. Ao passo que Paulo é pela punição de cada qual na medida do que se verificar ter praticado (*si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum impetu contempla. i oportet*, Dig., fig. 17, *ad legem Corneliam de sicariis*), Ulpiano é pela presumpção de culpabilidade principal de todos os co-delinquentes (*Et si quidem apparet cujus ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur; quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait*, Dig., frg. 11, §2º, *ad legem Aquilam*).

Será accetavel a presumpção pacificadora aconselhada por Juliano no texto de Ulpiano?

(\*) *Revista de Jurisprudencia*, IV, 203.

Será preferível applicar as regras geraes de co-delinquencia á situação que a prova tiver apurado?

Ou convirá crear um typo intermedio de responsabilidade, para o fim de serem todos os concorrentes punidos mais gravemente do que meros cúmplices e mais attenuadamente que verdadeiros auctores?

Ou, finalmente, a solução está em crear um delicto especial, o de participação em rixa, para assim romper a difficuldade?

Cada um desses alvitres corresponde a um systema, que tem os seus partidarios.

Analysemol-os :

a) O primeiro, que consiste em punir todos como auctores, é indefenivel.

A objectividade do facto está clamando contra semelhante solução : um só foi o golpe ; é impossivel que tivesse sido vibrado por tres.

E, si a instrucção criminal não consegue verificar quem o vibrou, e si a lei manda punir conforme a importancia da intervenção material no crime,— preferível é praticar uma injustiça, que consistirá em responsabilizar como cúmplice o auctor desconhecido que se acha entre os tres criminosos, a perpetrar duas injustiças bem mais graves, quaes as de exacerbar a punição de dois dos co-participes que são apenas cúmplices.

Só em occasião de guerra, isto é, quando o direito cede á torça, é que o general victorioso faz responder uma cidade inteira pelo facto de alguns franco-atiradores que atacaram o exercito regular.

Mesmo no Direito Romano, esta regra cedeu a outra igualmente arbitraria, fundada na presumpção de que o provocador da rixa foi o auctor da morte (frg. 6.<sup>o</sup>, *ad legem Juliam de vi publica*).

Era o criterio adoptado pelo proj. brasileiro de 1827 de Bernardo de Vasconcellos. (\*) Representava mais uma applicação do erroneo principio *causa causanti est causa causati*.

b) O segundo systema é seguido pelas legislações que, como a nossa, distinguindo a punição do auctor da do cúmplice, nada dispõe de especial para a cumplicidade co-respectiva, vigorando portanto as regras geraes de concurso de delinquentes.

Dada a hypothese exemplificada, o presidente do Tribunal do Jury formúla para cada reu quesitos relativos á auctoridade directa (art.18, § 1.<sup>o</sup>), á cumplicidade necessaria (§ 3), e á cumplicidade simples (art. 21, § 1.<sup>o</sup>), (\*) para que os jurados respondam na conformidade da prova apurada.

Não repugna punir o cúmplice quando o auctor permanece desconhecido.

(.) Art. 4.<sup>o</sup>—Quando em qualquer ajuntamento illicito se commettem crimes, e não se descobrirem os criminosos, serão como taes considerados os auctores ou provocadores de taes ajuntamentos, e punidos com as penas que as leis impuzerem a taes crimes.

(.) Jurisprudencia da Relação Mineira na *Revista Forense*, I, 486, VII 171, VIII, 65.

A cumplicidade já é, de si mesma, um delicto; é uma intervenção sciente e consciente na producção de evento juridico. O que distingue, segundo a Escola, a cumplicidade da auctoria é que o cumplice não toma parte na phase consummativa do delicto, limitando-se a auxiliar o auctor, facilitando-lhe, moral e materialmente, a perpetração do crime. Si na cumplicidade intervem os dois elementos que geram o delicto, apparece este ente juridico, e como consequencia a punição de quem o pratica.

c) O terceiro systema é o do cod. pen. italiano, art. 378, especial aos delictos de homicidio e ferimentos, e que creou uma responsabilidade intermedia entre a auctoria e a cumplicidade ordinaria, devendo os cumplices co-respectivos ser punidos mais gravemente que os cumplices communs e menos gravemente que os auctores.

Esta solução é justamente combatida por Impallomeni e Scipio Sighele. Para evitar a alternativa de injustiças, a que ha pouco nos referimos, ella adopta um meio termo, que consiste precisamente em ser injusto para com todos—para com os cumplices que tem a responsabilidade aggravada e para com o auctor que a tem attenuada.

Nem se comprehende, na theoria classica, esse *quid medium* entre a auctoria e a cumplicidade: ou a intervenção é principal e necessaria, e o caso é de auctoria; ou é secundaria e accessoria, e o caso é de cumplicidade.

Não satisfaz a justificação que se pretendeu dar ao dispositivo italiano. Propoz-se punir, diz a Exposição de motivos de 1883, os cumplices co-respectivos na medida da sua provada cóperação no delicto e de acôrdo com as normas geraes da cumplicidade, mas a logica dos principios e a necessidade da pratica levaram-nos a adoptar uma pena extraordinaria: a logica dos principios porque, admittindo a transacção entre o conhecido e o desconhecido, cede-se um pouco do que se sabe para se conhecer um pouco do que se ignora; a imposição da pratica, porque a insupperavel necessidade de determinar qual o auctor é de molde a distribuir equitativamente a penalidade.

O fundamento de tal solução é, pois, confessadamente uma *transacção de provas*. Esse artificio judiciario que, alvitado por praticos medievos na occasião em que dominava a ferocidade dos Carpzovios, teve a vantagem de mitigar a crueldade d'aquella época, de todo se não compadece com os principios que actualmente dominam a prova criminal. E' fructo do mesmo periodo de atrazo juridico em que o Juizo de Deus e as Ordalias decidiam da sorte dos accusados.

Si a difficuldade de prova justificasse a solução italiana da transacção ou do calculo das probabilidades, em grave risco estariam a liberdade individual e os principios de justiça, sempre que a contingencia da apreciação humana não conseguisse apurar a prova da responsabilidade.

d) O § 227, alinea 1.<sup>a</sup>, do cod. pen. allemão, imitado pelos cods. russo e hollandez e pelo proj. federal suisso, crea um delicto especial de

*participação em rixa*. Si uma tal solução, preconizada por von Liszt, talvez satisfaça nos crimes praticados de improviso *in calore rixae*, em que o dolo é sempre menos intenso do que nos crimes premeditados ou a sangue frio, não tem para estes ultimos a mesma explicação. Demais, á solução allemã é applicavel a mesma objecção: ou a pena da participação em rixa é mais grave ou é mais leve que a da cumplicidade; numa ou noutra hypothese não se comprehende que seja mais ou menos punido o cumplice, só porque o auctor é desconhecido.

—Emquanto predominar o criterio classico, o segundo systema é o que melhor consulta o interesse da justiça e as garantias dos direitos individuaes.

XXII—Nosso cod. pen. não contem regras a respeito da COMMUNICABILIDADE DAS CIRCUMSTANCIAS DO DELICTO, de modo que temos de solver as difficuldades desse thema com os ensinamentos da doutrina e da legislação comparada.

Diversas circumstancias ou contingencias do delicto podem influir na culpabilidade e na responsabilidade de um dos coparticipes,—já para excluir-lhe a imputabilidade (circumstancias dirimentes), já para impedir-lhe a punição (circumstancias isentivas), já para excriminar o proprio facto (circumstancias justificativas), já para crear um typo ou figura especial de delicto (*delicta propria*, crimes de responsabilidade), já para diminuir a pena (circumstancias attenuantes), já para augmental-a (circumstancias aggravantes).

Como influirá cada uma dessas circumstancias na responsabilidade dos demais codelinquentes? Quando se dará a communicabilidade, e quando não se dará?

A questão é mais debatida quanto ás circumstancias aggravantes. Excluamos, preliminarmente, as outras hypotheses.

Dizem-se causas ou circumstancias *dirimentes* as que supprimem a força moral subjectiva, que negam ao agente capacidade para delinquir, comquanto deixem integra a injustiça objectiva do acto.

O facto praticado pelo infante ou pelo louco é injuridico, mas seu auctor não é punido, porque não é *doli capax*.—E' intuitivo que a circumstancia de menoridade ou de amentalidade de um dos cooperadores do delicto não se communica aos outros. E tão obvia é esta solução que os cods. que regram o assumpto nem mesmo cuidam desta hypothese.

Tambem não pôde haver duvida quanto ás circumstancias *justificativas*, isto é, as que tornam objectivamente juridico e legal o acto praticado. E' claro que si não ha crime não ha codelinquencia. Si dois individuos legitimamente se defendem contra a aggressão de terceiro, nenhum delles é criminoso, porque cada qual exercitou um direito, *fecit sed jure fecit*.

Si A., atacado por B., repelle a injusta violencia, sem sahir da situação do *moderamen*, e si C. intervem e se excede na defesa de terceiro, ou pratica actos denotativos de que sua intervenção não teve o intuito de

resguardar A., mas o de atacar B., é evidente que a situação jurídica de A. não aproveita a C.

Circumstancias *isentivas* se dizem as que, sem tolher no delinquente a capacidade criminosa e sem emprestar ao acto character de juridicidade, impedem a punição por consideração de utilidade ou de politica criminal.

O art. 335 do cod. pen. prescreve que «a acção criminal de furto não terá logar entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoa e bens, ascendentes, descendentes e affins nos mesmos graos».

É inquestionavel que esta immuniade penal não aproveita aos consocios (coautores ou cúmplices) do coparticipe coberto pela isenção. (\*)

Denominam-se circumstancias *elementares* ou *qualificativas* do delicto as que representam condição legal para que o facto seja criminoso ou para que constitua um titulo diverso de delinquencia. A qualidade de governador ou commandante de armas de um Estado, de magistrado ou de official de fazenda é circumstancia elementar do delicto do art. 233 do nosso cod. pen.; o commerciar é um facto perfeitamente licito, e o que imprime criminosidade á mercancia é a qualidade de funcionario de quem a exerce. O facto de ser perpetrada por funcionario a subtracção ou desvio de dinheiros publicos confiados á sua guarda é que caracteriza o peculato; a subtracção para si ou para outrem de cousa alheia contra a vontade do dono é furto, mas torna-se delicto funcional, si praticado por empregado publico.—Desta dupla caracterização de circumstancia qualificativa do delicto emerge a distincção a fazer no tratamento dos coparticipes não revestidos de função publica.

No primeiro caso, isto é, quando o facto, de si mesmo licito e honesto só é criminoso pela qualidade de quem o pratica, o co-reu não funcionario não é por elle imputavel e nem punivel; a violação é só do especial dever do funcionario para com a administração publica.

Na segunda hypothese, quando o facto é em si criminoso e o co-reu que conhecia a qualidade de funcionario do auctor, della se aproveitou para o crime, é justo que não possa invocal-a para se eximir de codelinquencia (Carrara, *Parte Especial*, § 2.524) (\*). O art. 6.º da lei n. 2.410, de 30 de setembro de 1909 dispõe que os co-autores e cúmplices do peculato, embora não sejam funcionarios publicos, serão processados e julgados com os respectivos autores e sujeitos ás penas desta lei no que lhes fór applicavel.

As circumstancias *attenuantes* são aquellas que, por diminuirem a imputabilidade do agente, minoram-lhe a penalidade.

São, por sua natureza, incommunicaveis, porque são personalissimas, porque só e exclusivamente são do individuo a que concernem, *ossibus*

(\*) Em parecer, publicado na *Revista Forense*, I, 287, estudo desenvolvido o assumpto.

(\*) *Revista Forense*, IV, 303.

*inhierente*, não podendo ser transfundidas em outrem: a menoridade, o exemplar comportamento anterior, a falta de pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar—só affectam a imputabilidade de quem se encontra nessa situação toda subjectiva.

Por ser de primeira intuição a incommunicabilidade das attenuantes, foi que o cod. italiano, que dispõe sobre as aggravantes, silenciou sobre as minorantes.

«Jamais pensou alguém, diz o relatório ministerial de 1887, que a existência de circumstancias attenuantes influa sobre a imputação dos coparticipes; é que os co-delinquentes, que obraram na plenitude de sua imputabilidade, imprimiram ao delicto a plenitude da força moral propria da sua acção; não podem, portanto, valer-se daquella diminuição de imputação, que promana de causa exclusivamente individual, e que em nada influiu para modificar o dolo delles».

Circumstancias *aggravantes* são as que, augmentando a imputabilidade do delinquente, exacerbam a penalidade,—ou porque denotam no proprio criminoso maior periculosidade (por ex., a reincidencia), ou porque significam a violação de um dever maior para com a victima (por ex., a qualidade de filho), ou porque traduzem abuso de confiança (por ex., a qualidade de criado), ou porque a condição de tempo e de logar torna mais temivel a aggressão (noite, logar ermo), ou porque o meio empregado denuncia maior perversidade (veneno, incendio) etc.

Desta enumeração resulta a distincção entre aggravantes pessoas ou subjectivas, que são as que augmentam a criminalidade do evento em virtude da qualidade inherente ao delinquente ou á condição individual deste (parentesco, reincidencia, etc.),—e materiaes ou reaes ou objectivas que communicam maior gravidade ao proprio facto, que com o evento se consubstanciam para imprimir-lhe um cunho de maior injuridicidade (escalada, emboscada, noite, logar ermo etc).

Quanto ás aggravantes pessoas, ha dois systemas em doutrina e em legislação — o da incommunicabilidade ou da individualização do dolo e o da communicabilidade ou individualização do titulo.

O primeiro, partindo do conceito de que cada co-participe é imputavel e punivel na razão da intervenção material e na proporção da quantidade de dolo com que coopera no evento criminoso, não permite a repercussão aggravadora nos consocios do delicto.

E' o ponto de vista de Cremani, Rossi, Chauveau et Helie, Pacheco, Haus, etc. E' o systema legal allemão, hespanhol, portuguez, etc. (\*).

(\*) Cod. allemão parag. 50: «Quando a lei agrava ou attenua a penalidade de uma acção em razão de certas qualidades ou circumstancias pessoas do agente, devem ellas ser tomadas em consideração em relação ao auctor ou cumplice a quem concernem».

O projecto de 1909 e o contra-projecto de 1911 mantêm esta conceituação.—Cod. hesp. art. 80. «As circumstancias aggravantes ou attenuantes que consistem na disposição moral do delinquente, em suas relações particular-se com o offendido, ou em outra causa pessoal se virão para attenuar ou aggravar a responsabilidade unicamente dos auctores, cumplices e encobridores

O cúmplice do individuo que mata o proprio pae não é cúmplice de parricidio mas de homicidio simples, o do criado não o é de famulato mas de furto não qualificado, etc.

O segundo defende a incriminação no mesmo titulo de delicto, desde que o co-auctor ou cúmplice tenha conhecimento da circumstancia pessoal que agrava a responsabilidade do auctor, contanto que essa circumstancia tenha facilitado a pratica do crime. E' o seguido por Brusa, Carrara, Canonico, Buccelati, emfim pela maioria dos criminalistas. E' o articulado no cod. pen. italiano (\*).

Si a qualidade de filho ou de famulo, conhecida dos co-participes serviu para facilitar o homicidio ou o furto, são estes co-delinquentes de parricidio ou de famulato.

Para mim a questão se simplifica nestes termos: a circumstancia pessoal é incommunicavel; quando, porém, ella serve de meio para perpetração ou facilitação do crime, deixa de ser pessoal e torna-se material, sendo por isso communicavel.

O abuso da confiança que o pae tinha no filho ou o amo no criado, quando esse foi o meio para levar a termo o delicto, tem a mesma significação aggravadora que o disfarce, a emboscada, a traição, a surpresa, que são circumstancias materiaes ou objectivas, porque se imprimem no proprio factio, exacerbando a responsabilidade do agente na medida da menor defensibilidade do direito agredido.

A disputa mais se tem afadigado em torno da communicabilidade da premeditação.

Carrara, acompanhado pela maioria dos criminalistas e pela jurisprudencia italiana, considera essa circumstancia como estrictamente pessoal, e por isso incommunicavel. Pretender, argumenta o grande professor, que o cúmplice de resolução instantanea deve padecer aggravação penal pela premeditação que augmentou o dolo do auctor é um attentado á verdade de factio e um erro juridico: contra o factio, porque a realidade é que poucos minutos antes do crime, elle o ignorava e não previa que pudesse tomar parte na sua execução; contra os principios juridicos, porque communica, do principal para o accessorio, não só as condições materiaes do factio que este ultimo viu, conheceu e de certa forma coadjuvou, mas tambem as condições intencionaes do primeiro aggressor, que o outro não viu, não conheceu nem podia ter excitado (§ 1.134).—Prefiro a opinião de Impallomeni: a premeditação é aggravante não só porque exprime o maior grão de dolo, como tambem porque diminue a possibilidade da defesa

---

nos quaes concorrem»—Cod. port., art. 31 «As circumstancias aggravantes ou attenuantes inherentes ao agente só aggravam e attenuam a responsabilidade desse agente».

(\*) Art. 65 «As circumstancias e qualidades inherentes á pessoa, permanentes ou accidentaes, em virtude das quaes se agrava a pena de algum dos que concorreram no delicto, quando tiverem ellas servido para facilitar a execução, serão tambem imputadas aos que as conheciam no momento em que prestaram o seu concurso».

privada; sua feição psychologica é de uma maior tenacidade e intensidade no desígnio criminoso, mas tem também um aspecto objectivo, pois que consiste habitualmente em escolher o tempo e o logar propícios ao crime, em preparar os meios de execução, emfim em tornar pela insidia mais temeroso o attentado.

Si um ladrão convida um individuo para o auxiliar no furto e lhe revela que demoradamente preparou o delicto para que o golpe não falhasse — muniu-se da chave falsa, averiguou onde se acha o dinheiro, verificou que na occasião o proprietario não estava em casa, etc.— não se comprehende por que motivo o co-participe não carregue com a consequencia penal da circumstancia facilitadora, que elle conheceu e de que se aproveitou.

A doutrina e as legislações são pela communicabilidade das aggravantes materiaes ou objectivas, desde que conhecidas pelo co-delinquente. (\*)

O auxiliar que, conhecedor da emboscada, presta assistencia para morte perpetrada por esse meio, é cúmplice, não de homicidio simples (art. 294, § 2.º) mas de assassinato ou homicidio qualificado (294, § 1.º); o que, sabedor da escalada empregada como meio para subtracção de coisa alheia movel contra a vontade do seu dono, coadjuva o crime revestido dessa circumstancia material, é cúmplice, não de furto (330), mas de roubo (356 e 358 alinea)

Ha, porém, séria divergencia no modo de entender a sciencia que o co-participe deve ter da aggravante material.

O systema legal italiano exige a prova do positivo conhecimento. O systema francez é radicalmente opposto: o cúmplice, diz Garraud (n. 704, nota 16), corre todos os riscos do crime, a que se associou; deu antecipadamente sua adhesão ao acto criminoso sem limitação alguma; naturalmente previu todas as eventualidades, e qualquer que venha a se verificar lhe é imputavel.

Um terceiro systema defendido por Impallomeni e articulado no cod. portuguez, (\*\*) é o da previsibilidade, porque imputa ao co-participe não só a aggravante material de que teve conhecimento como a que era meio ou consequencia natural do evento criminoso.

Do ponto de vista theorico não se justificam estas duas ultimas soluções. A franceza é uma applicação do falso postulado do *versari in re illi*.

(\*) Cod. ital., art. 66 «Pelas circumstancias materiaes que aggravam a pena, mesmo quando façam mudar o titulo do delicto, respondem os que as conheciam no momento em que concorreram para pratical-o».—Cod. hesp., a t. 80: «As que consistem na execução material do facto, ou nos meios empregados para realizal-o. servirão para aggravar ou attenuar a responsabilidade unicamente dos que tiveram conhecimento dellas no momento da acção ou de sua cooperação para o delicto.»

(\*\*) Art. 32: «As circumstancias aggravantes relativas ao facto incriminado só aggravam a responsabilidade dos agentes que dellas tiveram conhecimento ou que devessem tel-as previsto antes do crime ou durante sua execução.»

*cita*; é uma presumpção que, si em muitos casos corresponde á verdade, não pôde ser absoluta, porque ás vezes é de fereza draconiana: alguns rapazes dão assalto ao gallinheiro do visinho para tirar-lhe um Perú; sorprendidos pelo proprietario que os corre a pau, um delles imprudente ou de má indole, mata a tiro quem exercia o direito de defesa de sua propriedade; não ha quem inculpe os demais pelo acto do companheiro homicida.—Mas, si a coherencia pôde ser presumida em legislação tão defeituosa como a nossa, o *systema* francez é o que deve vigorar no nosso direito; a responsabilidade incondicional do co-participante é resultante logica das regras do excesso de mandato, de accôrdo com as quaes o mandante responde por qualquer crime que o mandatario praticar para executar a commissão scelerada ou que desta resultar (art. 19).

O *systema* portuguez tambem é doutrinalmente vicioso: a previsibilidade, possível e devida, de um evento, configura a culpa e não o dolo.

Dentro do criterio classico, a verdadeira solução é a italiana: averiguado o dolo, directo ou indirecto, determinado ou eventual, apurada a representação da aggravante material,—deve ser esta levada á conta do coparticipante; si não houve previsão, o co-reu poderá ser responsabilizado por culpa desde que a imprevisão é indesculpavel.

XXIII — Na Italia e na Allemanha discutem os criminalistas a responsabilidade do AGENTE PROVOCADOR.

Dá-se especialmenete esta denominação ao individuo que instiga outro a commetter um delicto, não porque tenha qualquer interesse no resultado desse delicto, mas exclusivamente porque pretende lucrar com a punição do instigado.

Este proveito pode consistir ou na recompensa que a auctoridade policial confere a quem lhe propicia ensejo de surprehender criminosos em acção, ou no facto de, com a prisão do instigado, eliminar um concorrente, ou tomar-lhe a mulher, ou administrar-lhe os bens, etc.

Houve tempo em que os governos lançaram mão desse instrumento ou para supprimir adversarios politicos ou para decretar golpes de Estado, justificados por conspirações promovidas insidiosamente por governantes desabusados. Ainda recentemente a Russia fez largo uso desse meio no combate ao nihilismo.

Talvez por causa dessa tradição antipathica do agente provocador, diversos criminalistas (Carrara, Majno, Impallomeni, etc.) fulminam sem distincção toda e qualquer instigação desse genero, applicando-lhe as regras communs da responsabilidade na co-delinquencia.

O assumpto, porém, merece mais detido exame. Distingamos preliminarmente a provocação para consummacão da provocação para tentativa.

A consummacão é em regra imputavel ao agente provocador: A. instiga B. a matar C. para, com a fuga ou prisão de B., se amasiar com a mulher deste. Não pôde haver duvida sobre a punibilidade de A.: --

foi animado de dolo, exerceu acção determinante sobre o instigado, realizou-se o evento injuridico que previo. — Quando, porém, se trata de delicto de damno reparavel (por ex. o furto) ou de certos crimes formaes (por ex. a compra e venda clandestina, por negociante commum, de drogas que só em pharmacia e por prescripção medica podem ser vendidas e compradas) alguns criminalistas exculpam o agente provocador, desde que este seja da policia ordinaria ou sanitaria e o criminoso ou infractor seja delinquente professional ou habitual (von Bar, Manzini, etc.).

A razão juridica é que, da parte do instigador, nessas emergências não ha dolo.

O motivo politico é que a delinquencia se torna de dia para dia mais artilosa, e para combatel-a a policia não pôde dispensar, em certos casos, o auxilio muito efficaz do agente secreto, o qual não raro precisa se acumpliciar com os malfeitores para descobrir-lhes e frustar-lhes os planos criminosos.

Quando é provocação para tentativa (por ex. o agente secreto instiga ou toma parte num plano de roubo e, antes que elle se realize, o denuncia á auctoridade, e esta prende os roubadores em flagrante), o proprio Carrara exonera de culpa e pena o agente provocador, dizendo que tem aqui applicação a regra de impunibilidade por desistencia tempestiva do attentador (§ 443 nota).

Para ser coerente com a sua theoria de tentativa, deveria o mestre declarar tambem inimputaveis os instigados, porque elles são auctores de tentativa impossivel ou irrealizavel.

Em outra passagem (§ 1.594 nota) admite a exculpação do agente provocador, porque se trata de obediencia a ordem de superior hierarchico, razão que não satisfaz, visto como remove a difficuldade de culpabilidade do instigador directo para o indirecto, do agente secreto para a auctoridade que lhe ordenou o acto.

O certo é que todas as policias modernas têm os seus agentes secretos, os quaes evitam não raro attentados gravissimos, simulando co-participação em planos criminosos.

E' um meio de defesa social muito util, especialmente em grandes centros de população, em que se reúnem e se organizam elementos perigosissimos para a segurança dos particulares. E si esse orgão de sua acção preventiva mente ás vezes á missão resguardadora que lhe é confiada, nem por isso é de condemnar a instituição.

Excluidas a espionagem e a delação politicas, desde que o agente exerça um dever do cargo e tratando-se de criminosos habituaes ou professionaes, não tenho duvida em admittir a sua inimputabilidade nos crimes de damno reparavel e nos delictos formaes a que se acumpliciou e nas tentativas de que foi provocador, co-auctor ou cumplice.

XXIV — Já tive occasião de dizer que algumas legislações, como o nosso cod. pen., conceitúam a RECEPÇÃO e o FAVORECIMENTO como especies de co-delinquencia, formas de cumplicidade *ex-post facto*.

O direito iberico (cod. hesp. art. 16, cod. port. art. 23) comprehende sob a denominação commum de *encobridores* tanto os receptadores como os favorecedores. O ital. (225 e 421) e o allemão (257 a 262) denominam e conceituam distinctamente essas duas intervenções posteriores á consummação do crime.

A receptação (*crimen receptatorum*, cujos auctores os Romanos designavam como *pe-simum genus hominum*) consiste em receber, occultar ou comprar cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram ou devendo saber-o, mas sem ter concorrido para a pratica do delicto, de que essas cousas são resultado.

Dá-se o favorecimento quando alguém, sem ter concorrido para o delicto e sem contribuir para que elle tenha ultteriores consequencias, presta scientemente assistencia ao auctor ou cumplice para subtrahil-o á punição ou para assegurar-lhe os proveitos do crime.

Estas definições tornam claro que são antitheticos os conceitos de cumplicidade e de encobrimento. Nem o receptador nem o favorecedor puzeram uma condição para que o crime se realizasse; depois de consummado elle é que um interveio sonegando a cousa furtada ao proprietario e o outro subtrahindo o criminoso á acção da justiça.

Na cumplicidade concorre-se por vontade e por acção para originar o evento criminoso; no encobrimento, como diz Geyer, reage-se contra os effeitos juridicos do crime — a restituição da cousa furtada (na receptação) a verificação da culpabilidade ou a punição do criminoso (no favorecimento).

Apesar da *communis opinio* ser por esta solução tão obvia e tão curial, apesar do Congr. Penitenciario Internacional de Buda-Pesth ter em 1905 votado unanimemente esta conclusão, não obstante o proprio direito iberico não confundir o encobridor com o cumplice, (\*) e sem embargo de todos os codigos e projectos modernos articularem na Parte Especial e como delictos autonomos a receptação e o favorecimento, — o projecto brasileiro, approvedo pela Camara e actualmente no Senado, mantém a tradição de erro que vem desde o codigo de 1830.

XXV — Já se tem tentado o estudo dos CRIMES DAS MULTIDÕES. Além dos ensaios de Scipio Sighele, o primeiro desbravador da materia, e de G. Le Bon, occuparam-se com o assumpto o Congr. de Anthropologia Criminal de Bruxellas e o de Amsterdam.

O phenomeno da co-delinquencia se complica quando se passa da *coppia criminale* (crime a dois) para a *terza*, mais quanto maior o numero de socios no emprehendimento scelerado; reveste-se de feitio especial quando já não se trata de uma associação de malfeitores, mas de uma seita criminoso; a complexidade e difficuldade tocam ao auge quando o caso é de crime multitudinario.

(\*) Cod. hesp. art. 11 «São criminalmente responsaveis pelos delictos: 1.º os auctores, 2.º os cumplices, 3.º os encobridores». Cod. port. art. 19 «Os agentes do crime são auctores, cumplices ou encobridores».

Em occasião de crise politica ou economica, reúnem-se em uma praça de grande cidade, pessoas de todas as proveniências, de todas as edades, de todas as classes, de toda educação, quasi todas estranhas umas ás outras: é uma cousa amorpha, hete'ogenea, inorganica, indefinivel, — um monstro de mil cabeças. Repentinamente ouve-se o grito de um desconhecido «Morra o inimigo do povo! — Salvemos a Patria! Abaixo o açambarcador!»

Uma corrente electrica percorre a multidão, desencadeia-se o tufo, precipita-se a tromba humana, estala o delirio colectivo: são praticados ferimentos, homicidios, depredações.

A incoherencia tornou-se cohesão; o rumor confuso de ainda a pouco é agora um brado selvagem de exterminio. — Passada a crise, dispersa-se a multidão; muitos dos individuos que a compunham nem se lembram dos excessos que commetteram; outros arrependem-se das selvagerias que praticaram.

Como se explica essecurio so phenomeno de criminalidade em grosso?  
Como punir os crimes multitudinarios?

Si a psychologia individual ainda é um sciencia em formação, pela falta da base solida de uma segura physiologia cerebral, — a psychologia collectiva póde dizer-se que mal está gisada em grandes linhas, que talvez não sejam definitivas. Resumamos em todo caso o estado da questão.

Spencer, na sua «Introducção á Sciencia Social», affirma que a natureza dos elementos determ'na alguns dos caracteres do aggregado, e que este principio tanto se applica ao mundo inorganico, como ao organico e ao super-organico.

O crime multitudinario, de accordo com esta lei formulada pelo philosopho inglez, deveria ser a expressão da natureza delinquente dos individuos que compõem a multidão. Entretanto S. Sighele torna claro que, para os caracteres do aggregado serem determinados pelos caracteres das unidades que o compõem, é necessario que tal aggregado seja homogeneo e organico; ora a multidão é heterogenea e inorganica, portanto, não se lhe applica o principio spenceriano.

De facto, o resultado psychologico de uma reunião de homens não é uma somma, nem tão pouco um producto, é uma combinação, é um *quid* differente que surge do encontro dos elementos psychicos individuaes.

Frequentemente se registra este curioso phenomeno de resoluções verdadeiramente disparatadas, tomadas por assembléas de homens de bom senso e de cultura; o sentir e o agir do todo não exprime o sentimento e a acção das unidades que o constituem, *senatores boni viri, senatus autem mala bestia*.

Qual a razão deste phenomeno? Max Nordau, nos seus «Paradoxos» dá esta explicação: Constituamos uma assembléa de 20 homens de genio, Goethe, Shakspeare, Kant, Newton, etc.; os pareceres ou opiniões individuaes serão muito superiores aos do vulgo, mas os movimentos collectivos serão eguaes aos de uma assembléa de homens mediocres.

Porque? Porque, além da propria originalidade que faz de cada um delles um typo excepcional, possui cada qual esse patrimonio de qualidades hereditarias que o torna semelhante não só aos outros membros da assembléa como a qualquer outro homem; exprimindo por  $x$  essa qualidade commum e por  $a, b, c, d$ , etc., a originalidade de cada um, teremos como resultado  $20x$  e  $1a, 1b, 1c, 1d$ , vencendo a essencia geral humana a originalidade pessoal.

De accordo com a explicação de Nordau, teriamos que o crime das multidões exprimiria o character commum da humanidade, esse subtractum ancestral de delinquencia, essa herança do troglodyta que persiste atravez dos milenios, — *égratinhez l'honnête et vous trouverez le criminel...*

Mas não só esse atavismo psychico é muito contestavel, como a multidão é tambem capaz de movimentos honestos e heroicos. O proprio S. Sighele, para quem a multidão é um ambiente no qual mais facilmente medra o germen do mal do que o do bem, lembra exemplos historicos de generosos movimentos multitudinarios, de impetos collectivos nobres e altruisticos.

As versões dos psychologos são antes de palavras do que de conceitos.

Para Bordier, trata-se da faculdade de *imitação*; assim como em um ambiente gazoso a diffusão equilibra a tensão dos gazes, assim tambem a imitação tende a equilibrar o ambiente social em toda a parte, uniformizando os caracteres de uma época, de um povo, de uma aldeia, de um pequeno circulo de amigos.

Todo homem tem predisposição para imitar, mas esta faculdade se apura quando os homens se reúnem: numa sala de espectáculo, um signal de applauso determina uma acclamação, um assobio desencadeia uma vaia.

Tão fatal é a imitação que Nordau definiu espirituosamente a originalidade como o primeiro acto de vulgaridade.

Ebrard, Joly, Despigne preferem a denominação de *contagio moral*: assim como, compara Despigne, a resonancia de uma nota musical faz vibrar a mesma nota em todas as taboas de harmonia susceptiveis de dar esta nota e influenciadas pelo som emittido, assim tambem a manifestação de um sentimento ou de uma emoção excita o mesmo movimento psychico, desperta a mesma vibração em todos os individuos, cujo estado d'alma os predispõe para echoar esse sentimento ou essa emoção.

A causa desse phenomeno de resonancia psychica, dizem Gabriel Tarde, S. Sighele e outros, é a suggestão.

Sem antecipar o que opportunamente teremos de dizer a respeito da suggestão, admittindo que ella possa se operar em grosso, e acceitando, ao menos em falta de outra, essa causa de delinquencia das massas, podemos tirar as seguintes conclusões:

a) Para que se dê o crime da multidão é preciso que o aggregado se encontre em estado de receptividade, predisposto para a suggestão, como si um perigo nacional commove todo um povo, como si grave crise economica se faz sentir intensamente. E', no dizer de um escriptor italiano, uma caldeira em alta pressão, mas á qual ainda se não abriu a valvula por onde escapará o vapor.

Num dos Congressos de Anthr. Crim., a que alludi, appareceu o vocabulo hybrido «monoideismo» para significar esse estado de consonancia psychica ;

b) Assim como na suggestão a dois o paciente não opera sem que o suggestionador tenha proferido a palavra de ordem ou feito o gesto inspirador, assim tambem a tempestade multitudinaria só estala quando alguem, pela palavra, pelo gesto ou pelo exemplo determina a explosão.

Na *coppia criminale* existe o suggestionador e o suggestionado, o succubo e o incubo, o criminoso activo e volitivo e o criminoso passivo e abulico ; da mesma fórma no crime das massas, existem os guias e o *vulgum peccus*, os *meneurs* e os *menés*, os cabeças (como os denomina a nossa legislação) e os co-reus ;

c) Na conformidade das conclusões da chamada escola de Paris (Charcot, Gilles de la Tourette, etc.), a suggestão não supprime em absoluto a individualidade do paciente ; as unidades que compõem a multidão conservam, portanto, imputabilidade si bem que attenuada.

De tudo que vim resumindo resultam como traços differenciaes dos crimes das multidões :

1) o phenomeno de duplicidade de character que frequentemente ocorre quando a pessoa obra individualmente e quando é arrastada pelo delirio collectivo ;

2) o crime multitudinario é improviso, do 4.º gráo do dolo ;

3) é sempre violento e impulsivo, jámais ardiloso e fraudulento ;

4) difficilimo de ser apurado judicialmente, porque as testemunhas são quasi sempre coparticipes, faltando-lhes não só a calma no momento para bem apprehender o factio, como tambem a isenção e a extraneidade indispensaveis á credibilidade de todo depoimento.

Como devem ser punidos esses crimes ? No momento da explosão o poder publico reage na medida e na fórma da aggressão, pela força bruta, a panno de espada, a pata de cavallo, até cortar o monstro em mil pedaços, isto é até dispersar a multidão.

Mas não é esta a repressão penal.

Os Romanos puniam os delictos collectivos militares com a dizimação (*decimatio*) ; quando uma centuria, uma cohorte ou uma legião era culpada de crime punido de morte, decapitavam-se os officiaes e os soldados eram dizimados, isto é, de cada dez a sorte designava um para ser morto pela *justigatio*.

O proj. B. de Vasconcellos tinha este dispositivo vago : «art. 9.º— Quando houver muitos delinquentes serão sómente punidos os auctores

dos crimes». O código de 1830 conceituava, além dos crimes multitudinarios mantidos no actual, a «rebellião», que era a reunião de povoações, comprehendendo mais de vinte mil pessoas, para a pratica de delictos politicos, e a «insurreição», que era a reunião de mais de vinte escravos para haverem a liberdade por meio da força; na rebellião só se puniam os cabeças, e na insurreição contra os cabeças se comminava a morte e contra os co-reus os açoites.

O cod. vigente na sedição só pune os cabeças (art. 118), no crime politico do art. 107 pune mais gravemente o cabeça do que o co-reu. (\*) No art. 108, alinea, define os cabeças—«reputam-se cabeças os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento».

—Deste breve resumo se colhe que o crime multitudinario ainda precisa ser estudado quer do ponto de vista da psychologia collectiva, quer no seu aspecto juridico.

XXVI—Assentes as noções anteriormente postas, nãs será difficil averiguar o CONCEITO LEGAL da codelinquencia no cod. pen. vigente.

—Quando á *classificação dos coparticipes*, as legislações podem ser assim agrupadas :

a) systema iberico—auctores, cúmplices e encobridores; (\*\*)

b) systema francez—auctores e cúmplicès — (\*\*\*) , que é tambem o nosso;

c) systema allemão—auctor (Thater), instigador (Anstifter) e auxiliar (Gehülfer); (\*\*\*\*)

d) systema inglez—principaes de primeiro ou de segundo grãos (principals in first or in the second degree) cúmplices anteriores (accessories before the fact) e cúmplices posteriores (accessories after the fact);

e) systema norueguez, que não distingue (como vimos) especies de coparticipação; é o seguido no recente proj. brasileiro do dr. Galdino Siqueira, art. 9.º.

—Quanto á punição :

a) systema francez da equalização legal e judiciaria da punição do auctor e do cúmplice, salvas as excepções expressamente consignadas na propria lei;

(\*) A lei n. 1.062 de 29 de setembro de 1903 substituiu pela de reclusão a pena de banimento, abolida pela Constituição.

(\*\*) Cod. hesp. art. 11, port. 19, chileno 14, mexicano 48, uruguayo 20, *passim*.

(\*\*\*) Cod. fr. 59 e 60, holl. 47 e 48, belga 66 e 67, ital. 63 e 64, etc.

(\*\*\*\*) Cod. all. 47, 48 e 49, bulgaro 51, proj. suizo Stoois 13, etc.

b) systema da desigualdade do tratamento penal, para que o cumplice seja sempre punido menos que o auctor; é o seguido pela generalidade das legislações, (\*) inclusivê a nossa;

d) systema norueguez, que, como já se explicou, parifica em these as responsabilidades, admittindo porém, a desaparificação pela individualização judiciaria da pena; seguem-n'o o proj. de Stoos e o da commissão revisora de criminalistas helveticos; tambem o adoptou o proj. do dr. G. Siqueira.

—Examinando de perto o conceito legal brasileiro. Dispõe o art. 17 que «os agentes do crime são auctores ou cúmplices». O art. 18 menciona as especies de auctoria. Os arts. 19 e 20 regulam a responsabilidade do mândante. O art. 21 enumera os casos de cúmplicidade. Os arts. 22 e 23 disciplinam a responsabilidade por abuso da liberdade de communicação de pensamento pela imprensa, o que é assumpto de these especial do Programma.

—Da leitura do art. 18 resulta que quatro são as fórmãs da auctoria:

1.ª) auctoria moral e physica, que é a dos “que directamente resolverem e executarem o crime”. (§ 1.º). Trata-se do concurso de acção e de vontade, podendo ser o caso de auctor singular, ou tambem de co-auctores si a intervenção dos co-delinquentes é ao mesmo tempo psychica e physica e desde que o concurso material tenha sido executivo, e não meramente auxiliar.

Para um codigo que adopta o conceito do dolo-intenção (art. 24 e que distingue a intenção em directa e indirecta (art. 42 § 1.º), a formula deste § 1.º é viciosa. O adverbio “directamente” faz suppôr que se exclue a resolução indirecta, isto é, a auctoria animada por dolo indeterminado, o que é absurdo: não tem dolo directo de homicidio (não resolve directamente matar) quem, prevendo que de sua aggressão póde resultar a morte do adversario, não a deseja e não a quer, mas pratica o acto do qual resulta o evento lethal.

Para evitar este disparate, (*interpretatio illa sumenda qua absurdum evitetur*), deve-se entender que o legislador se refere aos que “pessoalmente”, “individualmente”, por si “mesmos” resolverem e executarem o crime, com o que elle quiz distinguir esta especie de auctores da dos que só resolvem mas não executam (§ 2.º) e da dos que executam resolução que não foi delles (§ 4.º). São lamentaveis os enganos de technica que, a par de repetidos deslises conceituacs, inçam o codigo de difficuldades.

(\*) No quantum de proporcionalidade, ha varios sub-grupos: umas punem o cumplice com a pena immediatamente inferior á do auctor (hesp. 68, chil. 51), outras com tres quartos da pena do auctor (dinamarquez 47), outras com dois terços (holl. 49, brasil. 64) outras com metade (mex. 219, ital. 64) e o cod. port. (art. 103) dispõe que a pena do cumplice do crime consummado é a mesma que caberia ao auctor de crime frustrado, a do cumplice de crime frustrado é a mesma do auctor de tentativa desse crime, a do cumplice de tentativa a mesma que reduzida ao minimo, caberia ao auctor dessa tentativa.

2.<sup>a</sup>) auctoria moral ou psychica, que é dos “que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executal-o por meio de dadas, promessas, mandato, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica” (§ 2.<sup>o</sup>). Trata-se do concurso de vontade sem concurso de acção.

Para que se caracterize a auctoria moral são, pois, indispensaveis estas condições: a) resolução de praticar um determinado crime; b) provocação ou determinação de outrem a executal-o; c) emprego, na instigação, de dadas, promessas, mandato, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica; d) execução, tentada ou consummada, pelo co-auctor material, do crime resolvido pelo auctor moral.

A enumeração dos meios de provocação e determinação é taxativa, quer dizer que, praticadas por outro meio, não constituem a auctoria psychica, serão cumplicidade (si se enquadrarem em algum dos paragrafos do art. 21) ou não constituirão participação criminosa.

O cod. all. tambem enumera os meios de instigação, mas fal-o exemplificativamente. (\*) A enumeração do nosso é, a um só tempo, redundante e deficiente: redundante, porque todos esses meios se reduzem ao mandato, gratuito ou oneroso, simples ou qualificado; insufficiente porque não comprehende outros modos efficazes de instigação, como o ardil, o erro propositado, etc.

Quanto ao excesso de mandato, de que nosso cod. trata no art. 20, reporto-me ao que disse na parte doutrinal (vide n. XV) O Supr. Trib. Fed. decidiu que aos cumplices se communica o excesso do mandato para lhes aggravar a responsabilidade. (\*\*) Parece-me que, tratando-se de presumpção de culpabilidade e presumpção aberrante das regras geraes de imputabilidade, e tendo em conta a regra do art. 1.<sup>o</sup> do cod. “a interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissivel para qualificar crimes ou applicar-lhes penas”,—o aresto da nossa Supr. Côte de Justiça não deve ser imitado.

Tambem nada tenho a acrescentar ao que já expuz sobre a desistencia ou revogação do mandato (vide n. XIV), materia de que em termos vagos se occupa o codigo no art. 20.

3.<sup>a</sup>) auctoria material ou physica, que é a dos “que directamente executaram o crime por outro resolvido” (paragraphe 4.<sup>o</sup>). Para que alguem seja qualificado autor material é indispensavel: a) que a criação da idéa do delicto tenha sido de outrem; b) que esse outro o tenha provocado, isto é, instigado á execução do delicto; c) que o executor seja *compos sui*, imputavel, porque de outra fórma não haverá co-au-

(\*) Parag. 48 “Será punido como instigador quem—por donativos, promessas, ameaças, abuso de auctoridade ou de poder, por erro que de proposito tenha suscitado ou alimentado, ou por outro meio—determinar um terceiro a acção punivel por este praticada”. O cod. ital. é mais synthetico: “Na mesma pena (dos executores ou cooperadores immediatos) incorre aquelle que determinar outro a commetter o delicto” art. 63 alinea.

(\*\*) Accordam de 29 de dezembro de 1902 no O Direito, XCI, 462.

toria mas auctoria mediata (vide n. XII); *d*) que elle directamente execute o crime, porque si elle por sua vez confiar a incumbencia scelerada a terceiro não será auctor material, mas co-mandante, haverá um caso de mandato indirecto successivo (vide n. XIII).

4.<sup>a</sup>) a chamada cumplicidade necessaria ou essencial, que é a dos “que, antes e durante a execução, prestarem auxilio sem o qual o crime não seria commettido” (paragrapho 3.<sup>o</sup>) Os criminalistas medievos distinguiram o *auxiliator simplex* do *auxiliator causam dans*, equiparando este ultimo ao auctor. Em doutrina é insustentavel esta conceituação, que o dr. José Hygino assim critica no exame que faz de dispositivo semelhante do proj. de revisão: “Toda assistencia, todo acto de cumplicidade considerado *in concreto* é essencial, pois *in concreto* o facto não era possivel, tal como foi praticado, desde que se supponha supprimida uma de suas condições; e, si se considerar o crime *in abstracto* para se verificar si poderia ser praticado de outro modo sem o acto de cumplicidade em questão, forçoso será recorrer a conjecturas, a presumpções mais ou menos temerarias, ficando dependente desse processo arbitrario a sorte do cumplice”. (\*)

A generalidade dos commentadores do cod. ital. (art. 64) se pronuncia contra esse hybridismo juridico. Nosso codigo copiou, com erro, a velharia dos casuistas medievos: erradamente, porque, onde o modelo diz “prestando assistenzza ed aiuto prima o durante il fatto”, elle verteu “antes e durante a execução”; em vez da disjunctiva ou alternativa, a copulativa, — de fôrma que o auxilio imprescindível prestado só antes, ou dado só durante a execução já não será auctoria.

Convém notar que a denominação de “cumplicidade necessaria”, significando auxilio *causam dans*, não se confunde com a pluralidade de agentes indispensavel para a configuração de certos delictos que não se compadecem com a auctoria singular, que não podem ser praticados por um só individuo, como a conspiração, sedição, ajuntamento illicito, peita, duello, adulterio, etc.

O codigo tambem conceitua enumerativamente a cumplicidade, e o faz no art. 21, que define estas quatro especie de cumplices:

1.<sup>a</sup>) a dos “que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução” (paragrapho 1.<sup>o</sup>).

E' o casuismo com todos os seus defeitos. Excluamos as interpretações absurdas, a que aliás se presta o dispositivo, para então apurar-lhe o conceito verdadeiro.

Não se pôde entender que este paragrapho figure um só caso de cumplicidade, como a conjucção e que liga os dois membros do periodo, faz suppôr á primeira leitura: teríamos a insensatez de não ser punível o fornecimento doloso de instrucção para o crime, quando não fosse tal for-

(\*) *Revista de Jurisprudencia*, XI, 322.

necimento seguido de outro acto de coadjuvação á execução,—ou teriamos tolido do mesmo porte, qual a de não imputar o auxilio á execução si elle não fosse precedido do fornecimento de instrucções sceleradas.

Tambem não se pôde interpretar que a primeira parte do dispositivo cuide de *concursum antecedens* e a segunda de *concursum concomitans*, porque então a cumplicidade anterior só se poderia dar pelo fornecimento de instrucções,—o que aberra do mais elementar conceito da cumplicidade delinquencia.

Devemos, pois, concluir que o legislador, depois de ter particularizado um caso de cumplicidade anterior (fornecimento de instrucções para ser commettido o delicto), generalizou o conceito (prestação de auxilio á execução). E, já agora, admittimos tres casos de cumplicidade do paragrapho 1.º do art. 21:

a) fornecimento de instrucções para outrem commetter o crime (o empregado de banco instrue o roubador sobre o logar em que se acha o dinheiro o modo de ter accesso a esse logar, a hora em que a vigilancia não se faz sentir, etc.);

b) prestação de auxilio (que não consiste em fornecimento de instrucções) anterior á execução (fornecimento de arma, de meio de desfarce, etc.);

c) prestação de auxilio concomitante com a execução (fazer barulho para que não sejam ouvidos os gritos da victima, etc.).

Em todas tres hypotheses a participação deve ser accessoria, secundaria, não principal—tanto no elemento moral (que o coparticipe não tenha resolvido ou provocado de qualquer forma o crime) como no elemento material (que preste auxilio, isto é, ajuda, assistencia).

Si a idéa criminosa fôr creação delle ou si elle tiver determinado outrem ao crime, não será cumplice, mas autor ou co-autor; assim como será autor ou co autor si tiver praticado acto executivo ou si, em vez de *auxiliator simplex*, fôr *auxiliator causam dans* (art. 18 § 3.º)

2.ª) a dos «que antes ou durante a execução prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios» (§ 2.º)

E' outra enumeração imperfeita, limitada neste paragrapho á cumplicidade moral por meio de promessa de auxilio para evasão do criminoso, para occultação ou destruição dos instrumentos do crime, para apagamento dos vestigios do crime.

Si a promessa fôr de falso alibi, (de jurar em juizo que o criminoso não estava, no momento do crime, no logar deste, mas em outro muito diverso), si fôr de pagar a multa (nos delictos em que esta é a penalidade), de indemnizar o damno (nos crimes, como o de peculato, em que o pa

gamento da coisa subtrahida inhiibe a pena de prisão), etc.,—não se enquadrando esta coparticipação moral em nenhuma das hypothèses deste paragrapho, ficará impune o promettedor, desde que não tenha sido o creador da idéa, mas apenas tenha reforçado com a promessa a resolução do autor do delicto.

3.<sup>a</sup>) a dos «que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem» (§ 3.<sup>o</sup>)

E' a receptação propriamente dita, ou receptação de cousas, de que me occupei no n. XXIV.

O elemento material da receptação consiste no recebimento, ou occultação, ou compra de cousas obtidas por meios criminosos; o elemento moral está no conhecimento, real ou de presumpção, de que a coisa foi criminosamente obtida.

O joalheiro que sabe ter sido furtada uma joia adquirida poucos dias antes, na sua loja e que, reconhecendo-a, compra, ou occulta ou recebe em penhor esse objecto precioso, que lhe é trazido por outro que não o dono, é receptador.

Tambem o é quando, sem essa sciencia directa, adquire por ex.: um collar de brilhantes a uma creança, a um mendigo, ou outras pessoas de tal qualidade e condição.

Em recente aresto o Supr. Trib. Fed. firmou a intelligencia de que, uma vez existindo o dolo especifico da receptação, esta se dá mesmo quando a coisa receptada não seja a mesma furtada mas outra obtida com o producto daquella. (\*)

4.<sup>a</sup>) a dos «que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem» (§ 4.<sup>o</sup>).

E' o favorecimento, que egualmente já definimos e analysamos no n. XXIV.

Ainda aqui o legislador foi infeliz no formular o conceito; e tanto mais censuravel é elle quanto as difficuldades que levanta a interpretação deste paragrapho já eram notadas pelos commentadores de dispositivo semelhante do codigo de 183).

Na intelligencia deste caso legal de cumplicidade scindem-se os juristas em dois grupos :

a) para o primeiro: (A. Pujol, Pedro Lessa, João Monteiro, Duarte de Azevedo) (\*\*) o codigo só cogita ahi de um caso de cumplicidade e esta anterior ao delicto; o paragrapho deve ser entendido como si estivesse formulado assim—os que derem asylo, prestando sua casa para reunião de assassinos

(\*) *Revista Forense*, XX, 368.

(\*\*) Pareceres publicados na *Revista de Jurisprudencia*, III, 155, onde tambem se encontra o de Ruy Barbosa.

e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem;

b) para o segundo (Ruy Barbosa, Escorel) conceituam-se aqui duas hypotheses—uma de cumplicidade posterior (dar asylo a assassinos e roubadores) e outra de cumplicidade anterior (prestar a casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem).

A razão unica que dão os do primeiro grupo é que é «o maximo dos absurdos» conceituar uma cumplicidade em que o nexo de vontades e de acções só se atou após a consummação do crime, não se devendo attribuir ao legislador patrio ignorancia de principios elementares, os quaes repellem a cumplicidade *ex post facto*.

Esta razão é absolutamente improcedente. Na verdade, si em doutrina não se admite a cumplicidade posterior, o facto incontestavel e que nosso cod. a configura, não havendo exegese capaz de entender o § 3.º do art. 21 (a hypothese de receptação de cousas) senão como cumplicidade *post factum*.

E si no paragrapho immediatamente anterior o legislador definiu um caso de cumplicidade subsequente, não se lhe faz injuria de ignorancia entendendo o § 4.º como contendo outra forma de cumplicidade da mesma natureza.

Além disso, a leitura do art. 21 convence de que o legislador, tendo cuidado nos dois primeiros paragraphos da cumplicidade anterior e concomitante, definiu nos dois ultimos a cumplicidade posterior, cuidando tambem no § 4.º de um caso de cumplicidade antecedente que elle para ahi deslocou e que lhe occorreu, no seu apuro de casuismo, pela semelhança com o asylo, que era a hypothese de cumplicidade subsequente de que cogitava.

A interpretação dos que acompanham o dr. Pujol converte a alternativa—*ou*—em explicativa, quando essa particula, varias vezes empregada no art. 21, tem sempre função disjunctiva (tendo resolvido *ou* provocado, antes *ou* durante a execução, occultarem *ou* comprarem, sabendo *ou* devendo sabel-o).

Mais ainda: injuria se faz, sim, ao codificador de 1890, attribuindo-lhe ignorancia da significação do vocabulo *asylo*, que jamais exprimiu; conceito que forçadamente se lhe dá com a interpretação que combatemos.

Na technica juridico-criminal (toda gente o sabe, e os drs. Pujol e Ruy Barbosa o rememoram), asylo é o logar onde alguém se refugia para escapar a uma perseguição.

Asylar assassinos e roubadores é acoiatar ladrões e homicidas que fogem á justiça, a qual os persegue por assassinatos ou roubos que já commetteram,—não é prestar a casa para reunião de scelerados que concertem e planejem crimes futuros.

Adoptada, por estes motivos, a segunda opinião, vejamos as condições de cada um dos casos de cumplicidade do § 4.º do art. 21.

Para que se verifique o de cumplicidade *post factum* é essencial:

1.º) o facto material de acoitar, albergar, dar refugio,

2.º) a assassinos e roubadores, isto é, a individuos que já tenham commettido assassinatos ou roubos,

3.º) sabendo que os asylados são individuos dessa laia,

4.º) e sabendo que estão sendo perseguidos pela autoridade publica.

Não é necessaria a habitualidade, condição requerida no codigo francez para o favorecimento.

Para que se realize a cumplicidade *ante factum*, são requisitos:

1.º) a prestação da casa, isto é, o consentimento de sua utilização,

2.º) para reunião (o que significa pluralidade de individuos),

3.º) de assassinos e roubadores, isto é, de pessoas que tenham tomado parte em homicídios e roubos,

4.º) conhecendo-os como taes (sabendo que são scelerados dessa especie).

5.º) e o fim para que se reúnem, isto é, conhecendo o intuito criminoso que os congrega.

Como quer que seja, a conceituação legal é viciosa:— si é um caso de *concursum antecedens*, este auxilio anterior ao crime deve estar comprehendido no § 1.º do art. 21; si é a figura do favorecimento, este é um delicto *sui generis*, que deve ser articulado na Parte Especial e não como fórma ou modo de cumplicidade. Finalmente, num e noutro caso, o codigo só cogita do favorecedor ou encobridor de assassinos e roubadores, quando outras especies de criminosos igualmente perigosos (estupradores, incendiarios, etc.) podem ter seus crimes facilitados ou favorecidos por esse meio de asylo ou de prestação de casa para conluio de delinquentes.

— O art. 39, § 13 do cod. penal, considera aggravante o ter sido o crime ajustado entre dois ou mais individuos. Diversos commentadores do codigo de 1830 ensinavam que a circumstancia do «ajuste» é elementar no mandato, porque este é *pactum sceleris*, que exige pelo menos duas pessoas, o mandante e o mandatário, ajustadas para o crime, não devendo, portanto, influir na exacerbação penal. E' engano manifesto.

Realmente o art. 37 do código actual preceitúa que «a circumstancia aggravante não influirá quando fôr elemento constitutivo do crime»; mas o mandato não é crime, é uma das fórmulas de co-auctoria criminosa. O ajuste é elemento constitutivo dos crimes que não podem ser perpetrados singularmente, mas só o podem ser por varias pessoas concertadas para o mesmo fim (conspiração, sedição, suborno, duello, etc.).

O VIII Congr. Penitenciario Internacional, reunido em Washington em 1910, votou esta conclusão :

«Dado o augmento de crimes praticados em coparticipação e especialmente por delinquentes habituaes, isto é, os mais perigosos do ponto de vista social, é conveniente considerar a participação como circumstancia aggravante e augmentar a faculdade que tem o juiz de exacerbar a pena.

— Quanto á penalidade do cúmplice, a regra legal é a do art. 64 do código:— «A cumplicidade será punida com as penas da tentativa (quer dizer, com dois terços da pena do crime) e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade».

Os commentarios a este dispositivo já estão feitos na exposição doutrinal do assumpto.

---

Os apontamentos da aula sobre RESPONSABILIDADE NOS DELICTOS POR VIA DE IMPRENSA e os referentes á PERSONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL estão publicados na *Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Geraes*, vol. IX, pags. 281 e 321.

---