

APONTAMENTOS ACERCA DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL REPUBLICANO.

JOSÉ ANTONIO ENCINAS MANFRÉ FILHO

RESUMO O artigo se refere a breve abordagem acerca dos dispositivos legais constantes da Parte Geral do Código Penal em vigor no Brasil a partir do período republicano, tendo sido editado com o escopo de refletir as mudanças sociais vivenciadas a partir de 15 de novembro de 1889.

Analisado, ainda que brevemente, o contexto histórico afeito à legislação em tela, sobretudo as diversas modificações que o texto recebeu ao longo de sua vigência, parte-se para o estudo dos dispositivos legais pertinentes ao Livro I, nomeado “Dos Crimes e das Penas”.

Por sinal, não se desconsidera aspecto primordial, qual seja, o alinhamento da legislação à orientação constitucional, sobretudo a vigente a partir da Proclamação da República, segundo ditames da Constituição de 1891.

Nessa esteira, a abordagem considera em maior escala as características dos institutos à época, as questões no tocante a questões como aplicação da lei penal no tempo e no espaço, seus efeitos; o (conturbado) conceito de crime trazido pelo legislador de 1890; consumação; autoria delitiva; tentativa criminosa; da aplicação das penas, com as respectivas formas de fixação; da extinção da ação penal, o que hoje poderíamos compreender como os mecanismos de extinção da punibilidade; a reabilitação, na qual se verifica que esse instituto não se confundia com a reabilitação que se encontra no Código Penal vigente, e por fim, sobre a prescrição.

Enfim, o estudo foca sobretudo a etapa correspondente à Parte Geral do diploma, traçando os fundamentos para aplicação dos tipos penais estabelecidos ao longo da legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Código Penal – República – Contexto – Parte Geral.

ABSTRACT The article refers to brief look concerning the legal instruments constants the general section of the Criminal Code effective in Brazil, from the Republican period at edited using the scope of reflecting social changes experienced starting from November 15th 1889.

Analyzed, however briefly, the historical setting found to the display into legislation, especially the various amendments where text received throughout its term, we proceed to the study of the relevant legal instruments of the Book I, named "Crimes and Punishments".

Incidentally, do not disregard primary feature, in whatever form the alignment of legislation to the constitutional orientation, especially the existing from Republic Proclamation, according to the dictates of the 1891 Constitution.

On this track, the approach believes on a larger scale characteristics of the institutes at that time, questions regarding such issues as the penal law enforcement across time and space, its effects; the (troubled) concept of crime brought by the 1890 legislature; fulfillment; culpable authorship; criminal attempt; imposing the penalty, with their respective forms of fixation; the extinction of the criminal law action, which today might comprehend how the mechanisms of the extinction of punishability; rehabilitation, wherein it is found that the institute was not confused with rehab which is in the Criminal Code in force, and ultimately on the prescription.

Her study mainly focuses on the corresponding step to general section the qualification by tracing and the fundamentals to apply the criminal definitions settled along of the legislation.

KEY-WORDS: Criminal Code – Republic – Context – General Section.

INTRODUÇÃO AO Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Breve Abordagem Histórica.

Cuida-se de legislação editada após a proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, cuja elaboração ficara a cargo de Baptista Pereira. Após análise por uma comissão, passou a ter vigência por meio do Decreto 847, de 11 de outubro de 1890.

Anteriormente, encontrava-se em vigência o Código Criminal do Império, sancionado por Dom Pedro II em 28 de novembro de 1832, editada após a declaração de independência do Brasil ante Portugal, proclamada em 7 de setembro de 1822.

Marcante era neste período a vigência do sistema econômico pautado na escravidão, e centralização de Poder na figura do Imperador.

Ao longo tempo, foram ocorrendo diversas mudanças sociais e políticas no Brasil, como a abolição da escravatura ocorrida por meio da edição da Lei Áurea, em 1888, não

bastasse a posterior mudança do regime político vigente, por meio da instituição da República em 1889.

Além dessas circunstâncias, a legislação penal anterior, codificada em 1832, vinha sofrendo mudanças devido a edição de inúmeras legislações esparsas, regendo outras condutas consoante as necessidades sociais da época.

Assim, com as mudanças políticas e sociais da época, vislumbrou-se a necessidade de se elaborar um novo Código Penal, alinhado aos anseios humanitários vigentes e à nova estrutura política.

As referidas ideias, de inspiração clássica, aliás, já se começavam fazer antes, quando do Código Criminal do Império, no sentido de se assegurar direitos e garantias das pessoas frente ao Estado, bem como afastar penas mais gravosas, cruéis. Isso muito se evoluiu, mostrando a edição do Código Penal Republicano em 1891 a adoção desses postulados

Então, encarregara-se a redação do novo diploma a João Baptista Pereira, por parte do então Ministro da Justiça, Campos Salles, texto esse que fora posteriormente submetido a uma comissão revisional. A propósito, logrou vigência antes mesmo da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, a segunda Carta Magna a ter vigência em nosso sistema jurídico.

Havia pressa na mudança da legislação penal, o que, por sinal, vale mencionar, veio expresso até mesmo no Preâmbulo que acompanha o texto legal do Decreto 847 de 1890.

A respeito do contexto e das características desse diploma, constatadas à época de sua edição, considera-se lição dada por Galdino Siqueira, segundo o qual

Inspirado ainda na intuição clássica, não satisfez completamente as aspirações e necessidades do paiz, sendo objecto, por isso, de intensa critica, em muitos pontos procedente (...) No entanto, tendo ante si o longo periodo de tempo decorrido da independencia, com todos esses ensinamentos que o tempo e a experiência ministram; como paradigma o codigo de 1830 e as diversas leis penais posteriores, onde se condensavam muitos principios eminentemente jurídicos, além das codificações dos outros povos, as mais recentes apontadas como obras perfeitissimas, todo esse contingente precioso e abundante trazido pelas sciencias sociaes e anthropologicas, em geral, e pela criminologia em particular, era de esperar que o codificador, já distinguido pelo ultimo governo do Imperio com igual

incumbencia, nos dotasse com um código que correspondesse á nossa civilização, ás tradições do nosso direito.⁷⁸

Por sinal, o Código em análise sofreu diversas modificações subsequentes por intermédio da edição de leis esparsas que buscavam melhor delimitar institutos nela contidos. Nesse ponto, tamanha fora a rapidez com que se buscou proceder a modificações nele que a primeira legislação fora editada ainda em 1890, no dia 12 de dezembro, pouco mais de dois meses após sua edição, por meio do Decreto 1.162, editado pelo Governo Provisório da República de então.

Feito o breve esboço histórico acerca do Código, passemos à análise de seus dispositivos, tratando dos principais aspectos penais do diploma vigente a partir de 1890, pautando-se o estudo, sobremaneira, no respectivo Livro I, Dos Crimes e das Penas, que forma o que podemos entender como a Parte Geral do Código em comento.

Isso não bastasse, o escopo da presente abordagem é o tratamento do institutos contidos nesta parte, em consonância com as previsões insertas no texto constitucional de 1891.

1 DOS CRIME E DAS PENAS.

1.1 Da applicação e dos effeitos da lei penal.

No artigo 1º do Código⁷⁹, encontramos expressos os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal.

Como decorrência desses postulados, interessante verificarmos que o legislador aqui trouxe as primeiras linhas acerca da restrição ao emprego da analogia no direito penal, a qual somente se admitia desde que não fosse em prejuízo do agente (vedação à analogia *in mallam partem*).

Não se deslembra a raiz constitucional desses postulados, que se encontram previstos nos §§ 1º e 15 do artigo 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

Por sua vez o artigo 2º⁸⁰ nos remete ao que se pode entender por infração penal. Assim, a violação da norma penal podia ser de duas espécies, o crime e a contravenção,

⁷⁸ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1921, pp. 13-14.

⁷⁹ Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissivel para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas.

⁸⁰ A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção.

podendo ser praticados por meio de ação ou omissão. Mais adiante trata acerca desses institutos.

Em relação ao artigo 3^{o81}, verifica-se a previsão da irretroatividade da norma penal, salvo na hipótese de benefício ao agente. Assim, temos como situações de retroatividade a *abolitio criminis*, na alínea “a”, e no caso de a norma posterior prever sanção mais branda que a anterior.

Interessante notar nesse dispositivo que a aplicação da legislação mais benigna não se atrelava a restrições de ordem recursal, ou a vedação no caso de condenação definitiva do agente, como se verificava no Código Criminal do Império (artigo 309). Nesse passo, ainda que houvesse a condenação, cabia a aplicação da legislação menos gravosa por meio de simples petição da defesa ou do Ministério Público.

Em relação ao artigo 4^{o82}, há a previsão acerca do que podemos entender por territorialidade da lei penal. Assim, previa-se hipóteses de extensão do território brasileiro para fins de regência das condutas praticadas nos locais indicados segundo o legislação respectiva.

De outra parte, o artigo 5^{o83} trazia hipóteses de extraterritorialidade das normas penais brasileiras, em que se aplicava tanto ao cidadão brasileiro como ao estrangeiro que praticasse alguma das condutas previstas nas partes que elenca do Código.

Assim, inicialmente, em havendo a prática de alguns dos delitos estabelecidos nos capítulos I e II do Título I relativos ao Livro II do Código, relativo aos *Crimes contra a Existência Política da República*, era possível a aplicação do Código a condutas praticadas fora do território.

⁸¹ A lei penal não tem efeito retroactivo; todavia o facto anterior será regido pela lei nova.

a) si não for considerado passivel de pena; b) si for punido com pena menos rigorosa.

Paragrapho unico. Em ambos os casos, embora tenha havido condemnação, se fará applicação da nova lei, a requerimento da parte ou do ministério publico, por simples despacho do juiz ou tribunal, que proferiu a ultima sentença.

⁸² A lei penal é applicavel a todos os individuos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brasileiro, praticarem factos criminosos e puniveis. Incluem-se na definição de territorio brasileiro:

a) os portos e mares territoriaes; b) os navios brasileiros em alto mar; c) os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro; d) os navios de guerra nacionaes em porto estrangeiro.

⁸³ Art. 5^o É também applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que regressar ao Brazil, expontaneamente ou por extradicação, tendo commetido fóra do paiz os crimes previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II capitulos I e II do titulo VI; os de homicidio e roubo em fronteiras e não tendo sido punido no logar onde deliniquiu. Paragrapho unico. Ficam salvas as disposições dos tratados.

No capítulo I, seriam os *Crimes contra a independência, integridade e dignidade da Pátria*. Cuidam-se de condutas tipificadas com o escopo de tutelar a soberania do Estado Republicano brasileiro, a higidez política, a ordem interna estabelecida.

Por sua vez, no capítulo II, cuida-se *Dos crimes contra a Constituição da República e forma de seu governo*, cujo cerne é a tutela do regime político estabelecido, bem a ordem constitucional vigente da República. Entretanto, soa estranho a previsão dessas condutas quando, à época, a Constituição dita republicana somente fora elaborada após a edição deste Código, em 1891, como apontado anteriormente.

Finalmente, também era hipótese de ampliação da normativa penal no caso de prática de alguns dos tipos previstos nos capítulos I e II do Título VI, os *Crimes contra a fe Pública*, com atenção à falsidade praticada em detrimento da moeda brasileira, bem como dos títulos de crédito emitidos pelo Governo ou por instituição bancária oficial.

No parágrafo único do artigo 5º, entretanto, previa-se como ressalva à essa aplicação a previsão contida em tratados internacionais. Encontramos aqui o primeiro exemplo do que entendemos como norma penal em branco no Código Penal de 1890.

Quanto ao artigo 6º⁸⁴, compreendem-se hipóteses em que se afasta a aplicação do presente diploma penal, ressaltando o previsto em leis especiais. É o caso dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, os delitos de natureza militar, e as infrações praticadas em detrimento da atuação administrativa e econômica dos Estados que nele não estivessem catalogados.

Dos Crimes e dos Criminosos.

1.2.1 Do Conceito de Crime.

Nessa parte, verifica-se deficiência redacional do Código, haja vista que a ideia acerca de um conceito de crime deve ser vista pela análise conjunta de mais de um dispositivo legal.

Assim, o conceito trazido pelo artigo 7º se mostrar insuficiente, tendo sido alvo de críticas à época⁸⁵. Assim, dispõe ser crime “*a violação imputável e culposa da lei penal*”.

⁸⁴ Este código não compreende: a) os crimes de responsabilidade do Presidente da República; b) os crimes puramente militares, como taes declarados nas leis respectivas; c) os crimes não especificados nelle, contra a policia e economia administrativa dos Estados, os quaes serão punidos de conformidade com as leis peculiares de cada um.

⁸⁵ A propósito: PIERANGELI. José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. São Paulo: RT Ed., 2. ed., 2001, p. 75.

A definição em apreço, como dito, sofreu críticas. Nesse sentido, afirmava Galdino Siqueira⁸⁶ que o mais correto não seria a adoção de um conceito de delito por uma legislação, como havia à época nos Códigos Francês e Italiano, pois se incorria no risco de se mostrar inconveniente caso fosse inexata ou incompleta.

Assim, segundo o referido autor, o legislador aqui adotou um conceito jurídico de delito, que se baseia no conteúdo intrínseco e substancial daquele.

Dessa forma, a definição trazida pelo legislador no artigo 7º estaria mais amoldada, ainda que se mostrasse incompleta, ao que entendia a maioria dos estudiosos, no sentido de se entender o delito como

(...) acção humana, comissiva ou omissiva, se no seu aspecto exterior é uma *acção ilegal*, uma transgressão da norma do Estado que garante a ordem social, tendo como sanção necessária uma pena, por isso, uma *acção punível*, ou acarretando como efeito peculiar a pena, intrinsecamente é uma *acção culposa*, isto é, dolosa ou culposa, estricto sensu, o que presuppõe a imputabilidade do agente e a imputação do resultado.⁸⁷

Mostra-se cabível, por sinal, completar a análise desse conceito à luz do disposto no artigo 24 do Código, posto ao Título III (*Da responsabilidade criminal; das causas que derimem a criminalidade e justificam os crimes*), o qual estabelece o seguinte:

As acções ou omissões contrarias á lei penal que não forem commettidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudencia, ou impericia, não serão passíveis de pena.

Ante essa delimitação, o conceito de crime aqui estaria a abarcar, primeiro, o aspecto material, externo, ou seja, a conduta comissiva ou omissiva. Como elemento atrelado à ação ou omissão, está a imputabilidade, no sentido da capacidade de se atribuir ao agente a prática criminosa.

Conforme aduz Galdino Siqueira,

(...) a imputabilidade se refere precisamente à acção, a culpabilidade e a responsabilidade ao agente, a imputação ao juízo de um terceiro (...) Assim dizendo, no art. 7, violação imputável, quiz o legislador se referir à acção ou omissão atribuível a um individuo, não só pelo laço de cuasalidade physica, mas tambem, e sobretudo, pelo laço moral, isto é, a acção ou omissão produzida pelo concurso da intelligencia e da vontade livre do agente; dizendo violação culposa, quiz se referir à violação feita intencionalmente (dolo), ou sem previsão, mas estando o agente em condições de prever as consequencias de sua acção ou omissão (culpa), isto se verificando do disposto no art. 24 (...)⁸⁸

Dessa forma, percebe-se que o Estatuto, ainda que tenha superficialmente tratado acerca do conceito de crime, fê-lo considerando o aspecto da imputabilidade, pela

⁸⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1921, pp. 147-153.

⁸⁷ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 148.

⁸⁸ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 151.

capacidade do agente de ser responsabilizado pela conduta praticada, bem como o da culpabilidade, como o aspecto subjetivo referente ao agente.

Parece que esses aspectos por vezes se confundem, sendo que a imputabilidade não se encontra concebida como hoje a analisamos, como a capacidade do agente de receber a sanção penal pelo Estado. Atinha-se à conduta, às condições do autor, conforme lição citada.

Aliás, a culpa passou a ser expressamente normatizada, diferentemente do que se verificava anteriormente (a primeira previsão legal passou a constar no artigo 19 do Código do Império por meio de modificação trazida por lei esparsa em 20 de setembro de 1871), passando a tratar das respectivas modalidades, como visto. Nesse passo, a culpabilidade liga-se ao agente, à possibilidade de ter agido com intenção ou mediante inobservância do dever de cuidado.

Percebeu-se, nesse aspecto, que a confusão trazida pelo conceito catalogado pelo legislador de 1890 se atém ao fato do emprego dos termos *imputável* e *culpável* em conjunto, pois estes eram vistos como elementos que se confundem, consoante entendimento de Galdino Siqueira e Oscar de Macedo Soares⁸⁹.

Nessa esteira, cabível colacionar crítica de Galdino Siqueira, segundo o qual

(...) se a culpabilidade pressuppõe necessariamente a imputabilidade, de que é em última análise a forma, não havia necessidade de fazer referência expressa a esta, e assim a definição incorre no vício da redundância.

Se o intuito foi accentuar bem a imputabilidade moral, tal como a admite a escola clássica, e mostrámos atrás, ainda assim incorre em censura, tornando adstricta a lei a um systema philosophico, quando deve ser formulada de modo a não crear entraves ao progresso científico, e antes facilitá-lo sempre, evitando, pois, definições que constituam a synthese de uma doutrina.⁹⁰

Cuida-se de definição, como se viu, que, embora redundante e dividida em dois dispositivos distantes um do outro no Código, não bastasse a incompletude, buscou trazer ao máximo as ideias clássicas então vigentes, de modo a espelhar a adoção pelo legislador de anseios e ideias doutrinárias então em maioria consideradas.

Assim, o delito aqui configura o que podemos entender como fato típico, ilícito e culpável. Adotou-se já aqui a estrutura tripartida do conceito de crime, catalogando-se o elemento da culpabilidade, o subjetivo, para informar se se pode recorrer ao efeito da punibilidade, ou seja, poder ser imposta pena ao agente, como efeito, o qual deve ser

⁸⁹ SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Rio de Janeiro, Livraria Garnier Ed., 6. ed., 1907, p. 26.

⁹⁰ SIQUEIRA, Galdino, *Op. cit.*, pp. 151-152.

imputável, ter condições de ser assim responsabilizado por sua conduta, poder sofrer o juízo de reprovação social atinente a ela.

1.2.2 Da Contravenção.

De outra parte, também em distinção à ordem penal anterior à República, trouxe-se a figura da contravenção, que recebeu delimitação um tanto lacunosa por parte do legislador no artigo 8º. As figuras contravencionais se encontram previstas no corpo do Código Penal, e não em legislação esparsa, conforme artigos 364 e seguintes.

A propósito, interessante constatar-se que o escopo da previsão inserta no artigo 8º seria o de possibilitar uma proteção antecipada ao bem jurídico, no sentido da instituição das contravenções como figuras delituosas atinentes a infrações de perigo.

Nesse sentido, considera-se lição outra de Galdino Siqueira:

A contravenção supõe também um elemento physico e um elemento material, diversificando, porém, em um e em outro do crime de modo claro. Quanto ao elemento physico, requer tão somente a voluntariedade da ação, prescindindo do dolo e da culpa como condições de punibilidade; são elementos estes indiferentes para sua existência.

Quanto ao elemento material, não requer lesão effectiva ou potencial de um bem jurídico determinado, por isso que a acção é punida como infracção de um dever genérico, por envolver in abstracto a possibilidade de um perigo para certos bens jurídicos (...) ⁹¹

Dessa forma, malgrado essas condições atinentes às contravenções, encontramos disposições que configuram infrações de dano, a propósito. Nesse caso, temos como exemplo o artigo 366 do Código ⁹².

Ainda assim, dado o carácter dessas condutas, justificava-se o fato de não se punir a tentativa de contravenção, no artigo 16, dado a dificuldade prática de se vislumbrar uma situação de tentativa de ocasionar risco ao bem jurídico tutelado.

No período em análise, assim, não se relacionava ao que compreendemos como infrações de menor potencial ofensivo.

1.2.3 Da Consumação e da Tentativa.

Adiante, os artigos 10 a 13 estabelecem acerca da consumação e da tentativa.

Nota-se, assim, nos artigos 11 e 12, uma delimitação confusa referente ao delito consumado, tratando da reunião dos elementos previstos na lei, bem como da ocorrência

⁹¹ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 153.

⁹² Art. 366. Damnificar, de qualquer modo, os mausoléos, lousas, inscripções e emblemas funerarios:
Pena - de prisão cellular por um a tres mezes.

do resultado previsto na norma. Entendemos aqui ter havido um excesso por parte do legislador, que se socorreu de ideias distintas para tratar acerca de um mesmo instituto.

Bastaria, então, manter-se apenas a previsão do art. 12, no sentido de que a consumação do crime ocorre quando na conduta do agente se reunirem todos os elementos típicos estabelecidos, como se verifica no atual Código Penal, conforme previsão nele inserta no inciso I do respectivo artigo 14.

Por sua vez, o artigo 13 se refere à tentativa, deixando claro a figura dolosa da prática delitiva respectiva que não se consuma por circunstâncias independentes da vontade do agente. Não se deslembra, ainda, a hipótese em que a punição pela modalidade tentada ficaria afastada, consoante disposto no parágrafo único do artigo 14, que estabelece o que hoje entendemos como *crime impossível*.

De todo modo, pune-se os fatos que, porventura, sejam classificados como crimes específicos, ligados aos atos preparatórios.

Por sinal, no caput do artigo 14, encontramos previsão a respeito do que se considera aberratio ictus, ou seja, a má execução da conduta, o emprego incorreto dos meios disponíveis para a prática delitiva.

Esses dispositivos, em suma, buscam denotar a questão do *iter criminis* previsto para que se atinja a consumação do delito, com a reunião de todos os elementos que compõe a descrição típica. Embora, a nosso ver, não houvesse necessidade para tanto, buscou deixar claro o legislador a necessidade da conduta ser praticada dolosamente pelo agente.

Ainda acerca da forma tentada, não traça aqui o legislador um patamar de redução de pena quando de sua hipótese, como o faz o atual Código Penal. Novamente, como se verificara no Código Criminal do Império, apenas se prevê hipótese (artigo 16) de não punição do agente por crime tentado quando a pena respectivamente apropriada não ultrapassar um (1) mês de prisão, deixando ao arbítrio judicial a fixação da reprimenda cabível.

1.2.4 Autoria. O Concurso de Pessoas.

Em seguida, nesse Título encontramos disposições acerca da autoria, com atenção à distinção entre autor e partícipe, ou cúmplice (artigo 17).

Deixa-se claro aqui que o Código buscou separar a atuação de cada qual, sendo o autor o agente do crime, aquele que executa materialmente a conduta típica

prevista, o matar, o subtrair, e o partícipe, o que ministra mecanismos de auxílio ao autor para o sucesso do empreendimento criminoso.

Os artigos 18 e 19, então, nos respectivos parágrafos, disciplinam o que se deve entender por autor do crime. Verifica-se equiparação àquele que executa materialmente a conduta típica, ao que atua como instigador, mandante ou constringe a prática a outrem por meio de ameaças, abusos ou por influência de superioridade hierárquica.

Assemelha-se à previsão do artigo 22 do atual Código Penal, no sentido de se punir apenas a conduta daquele que exerce a coação moral irresistível ou ordena o algo ilegal.

A respeito do mandante, consta previsão no artigo 20 no sentido de que este podia se eximir de responsabilização criminal caso retirasse a tempo a cooperação dele na prática delitativa. Sobre esse aspecto, considera-se magistério de Oscar de Macedo Soares, em que

Effectivamente, para retirar a tempo a sua cooperação no crime, é necessario que o mandante providencie de modo que o mandatário retroceda, isole-se, e se executar o crime, será por conta propria. O exame das providencias dadas pelo mandante é que pode gerar no animo do julgador a convicção da *retirada a tempo* da cooperação.⁹³

Percebe-se que, em princípio, mostra-se desnecessária a referida previsão, pois, caso o individuo que tenha ordenado certa prática delitativa a um terceiro, mas a ele se reporta a tempo para expressar não desejar mais o delito, fica claro que a prova dessa circunstância inocenta o agente no caso, pois ele se retira da cadeia causal do crime.

Enfim, trata-se de aspecto que poderia ser resolvido por meio da questão probatória somente, sem necessidade de expressa previsão pelo legislador.

Por sua vez, o artigo 21 delimita acerca da figura do que se entende por partícipe.

A propósito, essa descrição foi alvo de críticas, sendo cabível a referência à de Galdino Siqueira, pelo qual

(...) O nosso código, ocupando-se do concurso de agentes (...) do contexto dos arts. 18 a 21, se verifica desde logo que o legislador se ateve aferradamente á *theoria objectiva*, distinguindo os autores e cúmplices tão somente pelos actos, que taxativamente enumera.

Não teve em conta que, sendo meramente empirica a distincção preconisada, e, por conseguinte, desprovida de cunho de certeza e uniformidade, além das consequencias excessivas a que póde conduzir (...)⁹⁴

Por sinal, analisando-se as hipóteses acolhidas pelo legislador atinentes à cumplicidade, no artigo 21, percebe-se nos §§ 3º e 4º que a participação podia se protrair,

⁹³ SOARES, Oscar de Macedo. *Op. cit.*, p. 48.

⁹⁴ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 209.

ir além do mero auxílio durante a execução da conduta, que é a sua características primordial. Então, podia subsistir a figura após a consumação do crime, numa participação posterior.

Ademais, o Código Republicano estaria a se aproximar da adoção da teoria pluralista, no aspecto ligado ao concurso de agentes, pois se preocupa com a individualização das condições de prática delitiva de cada um dos que podem se envolver na cadeia criminosa, autor, coautor e partícipe, sendo que estabelece, como se verá no artigo 64, a punição deles por distintas modalidades típicas, na medida da prática de cada um.

De outra parte, interessante notar que no artigo 22 o Código estipula uma responsabilidade penal solidária, no caso de crimes praticadas por meio dos mecanismos de comunicação.

A Constituição de 1891 tutelava a liberdade de comunicação e de manifestação do pensamento, mantida a abolição à censura, conforme artigo 72, §12.

Não bastasse, há a vedação ao anonimato. Nesse ponto estaria o alicerce do dispositivo do Código Penal em análise, com vistas a combater os abusos desse direito que pudesse gerar lesões à honra e imagem alheias.

Pese a previsão de uma responsabilidade penal solidária, entende-se que a imputação das condutas às pessoas descritas no artigo 22, como o editor do periódico, somente se verificaria caso estivesse comprovada a ciência dele a respeito da divulgação.

Nesse passo, interessante considerar-se entendimentos jurisprudenciais da época, citados por Antonio Bento de Faria, a propósito desse dispositivo:

Ao gerente ausente não póde ser imputada a publicação de um artigo injurioso para o qual não concorreu, não tinha conhecimento e nem sequer poderia obstar. (*Acc. Da 2ª Com. Da Côte de Appel.*, em 18 de Junho de 1907, *Rev. de Direito*, vol. 4º, pag. 113).

Presume-se diretamente responsável por artigos de redação, o redactor-chefe do jornal, que não exhibe os autógraphos dos artigos e não prova sobre quem pesa a responsabilidade delles. (Trib. De Just. De São Paulo, de 26 de setembro de 1904 e 23 de Agosto de 1906. São Paulo Judiciário, vol. 6º, pag. 42, e vol. 11, pag. 371).⁹⁵

Vale mencionar a possibilidade do oferecimento de queixa a qualquer das pessoas mencionadas no dispositivo, conforme o artigo 23, conferindo-se ao ofendido um direito alternativo, vedando-se, entretanto, a propositura em face de todos ao mesmo tempo, até

⁹⁵ DE FARIA, Antonio Bento. *Anotações Theorico-Praticas ao Codigo Penal do Brazil*. São Paulo: Livraria Francisco Alves Ed., vol. 1, 3. ed., 1919, p. 92.

como forma, entendemos, de evitar a utilização do instrumento punitivo estatal como forma de vingança privada.

Aliás, o Código impõe essa responsabilização para todos os efeitos legais, no §1º do artigo 22, ou seja, ultrapassaria, então, o campo criminal, ditando regras para estabelecimento de responsabilidade na seara civil também.

1.3 Da Responsabilidade Criminal; as Causas que Dirimem a Criminalidade e Justificam os Crimes.

Adiante, prevê-se a pessoalidade da responsabilidade criminal (artigo 25). Encontra-se disciplinado no artigo 26 as causas que não excluem a intenção criminosa, o dolo na prática delitiva, malgrado não se estabeleça uma causa de diminuição de pena, para as hipóteses contempladas, com destaque para o consentimento do ofendido, além do erro sobre a pessoa ou a coisa.

Disciplinou-se, como adiantado, com maior aprofundamento, acerca da imputabilidade penal, no artigo 27, o qual abarca as hipóteses de inimputabilidade. Afirma que deixa de ser criminoso o agente nesses casos, pois a imputabilidade se pauta sobremaneira na capacidade do agente de querer a prática delitiva, entende-la e por esse meio se governar sua atuação.

Logo, deixa de ser criminoso o agente por ausência de imputabilidade. Segundo Galdino Siqueira, o artigo 27 se refere à

(...) *causa dirimente*, ou *causa de não culpabilidade*, como dizem os tratadistas francezes, se verifica quando, não obstante o caracter illicito da ação, faltam os elementos essenciaes da imputabililidade (*intelligencia e a vontade*).

Assim, não são imputaveis, por não ter o *conhecimento do mal*, os compreendidosnos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 7º, e por *não ter a intenção de o praticar*, os compreendidos nos §§ 5º e 6º do art. 27.⁹⁶

Nesse passo, a menoridade penal passou a ser estabelecida aos nove (9) anos, podendo estender-se até os catorze (14) caso se comprove ausência de discernimento pelo agente.

Nos §§3º e 4º, seriam hipóteses de doença mental ou perturbação da saúde psíquica quando da prática delitiva.

Interessante notar a previsão do §6º, que prevê não haver responsabilidade penal no caso de cometimento do crime de forma casual no exercício de qualquer ato lícito feito com atenção ordinária. A redação não nos parece muito clara.

⁹⁶ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 345.

Dessa forma, estaríamos diante de uma hipótese de exercício regular de direito, como o praticado nas profissões regularmente estabelecidas, como, por exemplo, a lesão causada pelo médico quando da realização de procedimento cirúrgico, desde que observadas as regras pertinentes ao *mister*.

O artigo 28 nos remete à obediência hierárquica, como causa de exclusão da punibilidade, em que aquele que executa a ordem do superior hierárquico não se isenta de pena, a menos que cumpra ordem manifestamente legal, sem que haja excessos na forma de execução.

Nesse caso, necessário o socorro às regras de direito público referentes à função que se estiver a considerar. Isso não bastasse, deixa ao arbítrio judicial a determinação do excesso na prática.

Verifica-se no artigo 29, a nosso ver, uma confusão do legislador, pois, utiliza a culpabilidade, quando o certo seria se referir à ausência de imputabilidade. Todavia, esta decorre da falta de condições do agente de entender o caráter ilícito da conduta, do agir, seja ele doloso ou culposos. Cuida-se de uma decorrência, que poderia ter sido abordada de outro modo na legislação.

Mais adiante, o artigo 30 trata da forma como se devem responsabilizar os agentes menores de idade, também se fixando limite temporal ao recolhimento em estabelecimento disciplinar adequado. Semelhante previsão se encontrava no Código Criminal do Império, e que nos remete à medida de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 112).

A propósito, considera-se haver previsão, no artigo 49, da *prisão disciplinar*, como o mecanismo destinado ao cumprimento de pena dos condenados com até vinte e um anos de idade. Verifica-se aqui um alicerce das medidas distintas previstas aos menores de dezoito anos, que hoje se encontram no referido Estatuto.

De outra banda, por meio da análise dos artigos 32 a 35, chegamos ao que hoje entendemos acerca da excludente de antijuridicidade relativa ao estado de necessidade (praticar o crime para se evitar um mal maior) e à legítima defesa, própria ou de terceiros, traçando-se nesses dispositivos os requisitos para que se configurem.

Não deixa claro o legislador se ocorre o afastamento da imputabilidade ou da culpabilidade, haja vista a compreensão conjunta dada a esses elementos do crime.

Parece-nos que essas hipóteses atuam no escopo de retirar o juízo de imputabilidade da conduta do agente, pois ela se justifica tendo em vista circunstâncias de outra magnitude que autorizam uma ação que, ausentes fossem elas, seriam delituosas.

Assim, estamos diante aqui das chamadas *causas justificativas*. Segundo Oscar de Macedo Soares, (...) *na justificativa ha a responsabilidade, mas a penalidade deixa de ter logar por disposição da lei em certos e determinados casos, isto é, concorrendo os requisitos dos arts. 33 a 35*⁹⁷.

Verificamos uma semelhança ao que hoje se prevê como causas de exclusão da ilicitude da conduta, no artigo 23 do Código Penal em vigor. Assim, o fato se mantém típico, mas se retira o elemento da antijuridicidade, razão pela qual deixa de ser criminoso.

1.4 Das Circumstancias Aggravantes e Attenuantes.

Cuida-se aqui das hipóteses de agravamento e diminuição das penas cominadas aos crimes. Ante a redação do dispositivo, aqui não se abrangem as contravenções.

Percebe-se que a disposição contida no artigo 36, além de desnecessária, por buscar explicar algo que em si se mostra autoexplicativo, revelava mais uma vez a preocupação do legislador em esmiuçar a descrição típica, mostrar-se o mais analítico, como percebemos, por exemplo, na delimitação da consumação e da tentativa delitivas (3.3.)

Merece destaque, de outra parte, a preocupação em afastar a aplicação de alguma das circunstâncias agravantes previstas nos artigos 39 e 41 quando configurar elemento integrante da descrição típica. Assim, patente a preocupação em se evitar o *bis in idem* na esfera penal, hipótese que no atual Código Penal também contempla (artigo 61).

Por sua vez, o artigo 38 inova e traz a disciplina acerca de como se proceder no caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, servindo como guia ao julgador para conferir maior ou menor importância a algumas delas no caso concreto.

Assim, o legislador deixa ao arbítrio judicial essa determinação, levando em conta as condições pessoais do agente e as consequências e circunstâncias atinentes à prática do crime.

Assim, encontramos nos artigos 39 e 41 as hipóteses agravantes admitidas pelo legislador. Nesse ponto, vale destaque ao §2º, relativa à premeditação na prática criminosa.

Ainda, o § 19, que deve ser visto em conjunto com o artigo 40, que abarca a reincidência delitiva como agravante.

Nesse ponto, o legislador delimitou a aplicabilidade do instituto ao estabelecer um critério temporal, no sentido de que a nova prática deve ocorrer após o trânsito em julgado

⁹⁷ SOARES, Oscar de Macedo. *Op. cit.*, p. 85.

da condenação anterior. Porém, não fixa um limite para essa circunstância, de modo que ao agente que tornasse a delinquir a pecha de reincidente se lhe atribuiria de forma perpétua.

De outra parte, deixou claro que a reincidência deve ser específica, verificando-se na prática de mesmo tipo penal no qual fora anteriormente condenado o agente.

Por sua vez, encontram-se dispostas as circunstâncias atenuantes no artigo 42. A nosso ver, parece haver contradição no diploma legal, pois, nos §§ 3 e 4, prevê-se que o crime praticado em defesa própria do réu ou de terceiro, ou em oposição a atos ilegais, todavia, tais hipóteses estão antes previstas como causas de justificação, que afastam a aplicação de pena, nos artigos 33 a 35. O mesmo ocorre no tocante ao crime praticado para evitar um mal maior, aliás

Dessa forma, haveria dubiedade na redação do dispositivo. Por fim, vale destaque ao §10, que prevê que a embriaguez completa fortuita, não desejada pelo agente para a prática criminosa, configura atenuante, diferentemente da previsão atual da legislação penal. Também, por outro lado, a menoridade relativa do agente com menos de 21 anos de idade.

O artigo 41, por sinal, traz outras modalidades de agravamento. Entretanto, não bastasse estarem ligadas em demasia ao arbítrio judicial, podem, eventualmente, estas circunstâncias, já se encontrarem abarcadas, subsumidas à gravidade inerente ao delito mesmo, de modo que, a depender do caso, a aplicabilidade delas pode resultar em bis in idem, algo que, por sinal, o legislador buscou evitar nessas hipóteses.

1.5 Das Penas e seus Efeitos; Da sua Aplicação e Modo de Execução.

Entramos na parte referente ao tratamento das penas. Realça-se nessa oportunidade notáveis inovações do Código Penal de 1890, consentâneas sobretudo com a ordem constitucional que passou a vigor após a proclamação da República.

Assim, as modalidades de sanção penal, previstas no artigo 43 do Código, são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdicção; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro; h) multa.

Com o atual momento político vivenciado, sobretudo se tendo em conta a abolição da escravatura em 1888, foi banida a pena de morte, bem como as de caráter perpétuo. Por isso, também não encontramos mais também a pena de galés.

Ademais, o artigo 44 estabelece vedação às penas infamantes, e que as que ocasionam privação de liberdade não podem ultrapassar os 30 anos.

Por sinal, a Constituição de 1891 agasalhara esses aspectos, conforme previsão contida no artigo 72, §§ 20 e 21, o qual, porém, ressalva a possibilidade de penas de morte no caso de crimes militares.

Todavia, vale realçar, a pena de *banimento* não chegou a ter aplicação, haja vista que o mesmo §20 do artigo 72 da Constituição acabou por revogá-la, pouco menos de um ano após a edição do Código Penal. Assim, desnecessárias afirmações a respeito do artigo 46 dessa legislação.

Em seguida, os artigos 45 e seguintes cuidam da disciplina das demais modalidades sancionatórias.

A pena de *reclusão*, à época, conforme o artigo 47, tinha regramento peculiar, atinente ao local de cumprimento, e se aplicava a condenados pelas condutas especificamente previstas nos artigos 107 a 109, 111 e 115⁹⁸. São condutas que atentavam contra a organização política vigente, à estrutura e atribuições dos Poderes, enfim.

⁹⁸ DOS CRIMES CONTRA A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA E FÓRMA DE SEU GOVERNO

Art. 107. Tentar, directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição política da Republica, ou a fôrma de governo estabelecida: Pena - de banimento, aos cabeças; e aos co-réos - a de reclusão por cinco a dez annos.

Art. 108. Tentar, pelos mesmos meios, mudar algum dos artigos da Constituição: Pena - de reclusão por dous a seis annos. Reputam-se - cabeças - os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento.

CAPITULO III

DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCICIO DOS PODERES POLITICOS

Art. 109. Oppor-se alguém, directamente e por factos, á execução das leis e decretos do Congresso: § 1º Oppor-se directamente por factos, á reunião do Congresso; § 2º Entrar tumultuariamente no recinto de alguma das camaras do Congresso; obrigar-a, por meio de força ou ameaças de violencia, a propor ou deixar de propor alguma lei ou resolução; ou influir na maneira de exercer as suas funcções constitucionaes: Pena - de reclusão por dous a quatro annos. § 1º Si qualquer destes crimes for praticado contra as assembléas legislativas dos Estados: Metade da pena. § 2º Si contra as intendencias ou conselhos municipaes: A terça parte da pena.

Art. 111. Oppor-se alguém, directamente e por factos, ao livre exercicio dos poderes executivo e judiciario federal, ou dos Estados, no tocante ás suas attribuições constitucionaes; obstar ou impedir, por qualquer modo, o effeito das determinações desses poderes que forem conformes á constituição e ás leis: Pena - de reclusão por dous a quatro annos.

Art. 115. E' crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:

§ 1º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;

§ 2º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;

§ 3º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4º Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados;

A *prisão celular*, que se acompanhava do dever de trabalho pelo condenado, consistia no mecanismo primordial, aplicado à maior parte dos delitos. Cuidava-se do isolamento do agente no estabelecimento penal, com privação de sua liberdade, estando ele obrigado a trabalhar, assegurado, por outra via, a atribuição de trabalho compatível com as condições pessoais (artigo 53).

O Código atrela a aplicação ao *quantum* de pena imposto, como se verifica nos artigos 45 e 50, este, por sinal, que passa a prever o que hoje podemos entender como sistema progressivo de cumprimento de penas, já que admite que, após cumprida metade da pena superior a seis anos de prisão, possa o condenado, que ostente bom comportamento, cumprir o restante da reprimenda em estabelecimento penal agrícola, ou seja, em local menos severo.

Nessa esteira, tem-se a possibilidade de concessão de livramento condicional (artigos 51 e 52) ao agente que mantenha bom comportamento e cuja pena restante seja inferior a dois anos. Sujeita-se ele a condições dispostas no Código, que, caso inobservadas, podem acarretar na respectiva revogação, aspecto que muita se assemelha ao atual sistema penal de 1969.

Prosseguindo-se a respeito do cumprimento das penas, no caso de imposição de pena de prisão superior a seis anos, de acordo com o artigo 55, cabe a aplicação conjunta da sanção de interdição, que abarca a suspensão dos direitos políticos, a perda do mandato, do cargo público e de outras funções públicas.

Aqui estaríamos diante do que hoje concebemos como efeitos penais decorrentes da condenação, mas que, à época, era tratado como sanção penal efetiva. Assemelham-se esses aspectos, aliás, às previsões contidas antes no Código Criminal do Império (artigos 58 e 59).

Aliás, podemos identificar a raiz constitucional dessa modalidade sancionatória por meio de mandado expresso contido no artigo 82 da subsequente Constituição de 1891, que determina a responsabilização dos funcionários públicos pelos atos cometidos no exercício das funções. Isso não bastasse, alicerça-se aqui a previsão dos crimes funcionais, existentes também sob o regime penal anterior, por meio dos tipos penais dispostos nos artigos 207 e seguintes do Código Republicano.

§ 5º Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e a das assembléas legislativas dos Estados:

Pena - de reclusão por um a seis annos.

Feitas essas considerações, analisamos em seguida a pena de *multa*, prevista no artigo 58.

Mantém-se a previsão atinente ao que seriam os dias-multa, pois considera as condições econômicas e laborais do condenado, consoante o que recebe por dia de trabalho.

Encontramos dispersas algumas hipóteses de fixação de pena de multa, que, nesse período, se fixava consoante o dano concreto ocasionado pela conduta delituosa. Como exemplo, os chamados crimes de incêndio, previstos nos artigos 136 e seguintes.

Mostra-se possível a conversão da pena de multa em prisão no caso de descumprimento pelo agente, salvo se ela for satisfeita. Cuida-se de mecanismo que já se verificava no sistema do Código Criminal do Império.

Em seguida, o artigo 60 corporifica inovação editada pelo legislador de 1890, pois admite o cômputo do período de prisão preventiva ou de suspensão administrativa como forma de abatimento da pena fixada na condenação, dando azo ao instituto da detração penal.

Outro aspecto relevante atinente ao sistema de penas no Código em apreço diz respeito à fixação das regras de dosimetria e fixação das reprimendas, *mutatis mutandis*, como hoje se verifica no artigo 68 do atual Código Penal.

Assim, os artigos 61, 62 e 63 disciplinam as regras de fixação às quais o juiz deve se ater para estabelecer a quantidade de pena cabível diante dos graus de quantificação previstos especificamente em cada figura típica constante do Livro II do Código.

Primeiramente, o artigo 61 regula o direito fundamental constante do § 15 do artigo 72 da Constituição, relativo ao de ser sentenciado pela autoridade competente de acordo com o previsto na legislação.

O artigo 62, por sua vez, que trata dos níveis de dosimetria penal, consoante a regra geral que se verifica no corpo da legislação consistente na fixação de níveis mínimo e máximo de pena, compreendendo-se o nível médio entre essas duas quantidades.

Ou seja, tomando como exemplo o tipo penal do artigo 151, que estabelece pena de prisão celular de dois a seis anos, estes se referem, respectivamente, aos níveis mínimo e máximo, sendo o médio a metade do *quantum* neles compreendido, que, nesse caso, corresponde a quatro anos.

Assim, a dosimetria seria encarada da seguinte forma: fixada a pena inicial, ou mínima, consoante arbítrio judicial – por sinal, não há uma disciplina que informe como

o magistrado deve alcançar o patamar básico, à semelhança do que hoje se verifica no artigo 59 do Código Penal vigente –, dentro dos referidos patamares.

Após, aplicam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, com a observância do previsto no artigo 38 e nos parágrafos do artigo 62.

Caso o delito tenha se restringido à modalidade tentada, se ausente pena específica para a hipótese – circunstância dos chamados delitos de atentado, caso, por exemplo, das figuras previstas nos artigos 107 e 108 –, abater-se-á da operação em testilha o patamar de um terço, segundo o artigo 63. Não se deslembra, nessa operação, o contido nos artigos 15 e 16, abordados anteriormente.

No caso dos partícipes ou cúmplices (artigo 21), informa o artigo 64 que estes incidem nas penas cominadas ao delito apropriado, mas com a aplicação do redutor de um terço, como da tentativa, e, se a participação ocorrer em crime tentado, aplica-se o valor de pena imposto ao autor da conduta diminuída, então, de um terço.

Vale notar a previsão da segunda parte, na qual, nos crimes para cuja forma tentada se aplique pena especial, o partícipe ou cúmplice incide normalmente na mesma sanção cominada ao autor da conduta, havendo no caso uma equiparação.

Ante a disposição contida no artigo 64, bem como as referências precedentes a respeito dos artigos 17 a 21, parece-nos que o legislador considerou aqui, em maior escala, a teoria pluralística, como já adiantamos em outras passagens, relativa à punição dos autores e dos partícipes, podendo eles incidir na prática de delitos diversos, o que não se verifica no atual Código Penal vigente no Brasil.

Tal circunstância, sobremaneira, seria decorrente da consideração do princípio constitucional da pessoalidade das penas, inserido no artigo 72, § 19, da Carta Magna de 1891.

Seguindo-se na análise do diploma penal, o artigo 65, estabelece uma forma de punição para os agentes maiores de catorze e menores de dezessete. Não eram tratados como menores de idade para fins penais, como hoje se concebe, mas, a legislação lhes dispensava um tratamento mais benigno, ao determinar que o juiz os julgue como se atuassem na condição de partícipes do crime a que eram acusados.

Não se tratava propriamente do que hoje entendemos como a medida socioeducativa de internação, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990, artigos 121 e seguintes).

N'outro giro, o artigo 66 repete a previsão trazida antes no Código Criminal do Império, ao catalogar o concurso de crimes, disciplinando a forma como se deve dar a respectiva responsabilização do agente, com atenção ao § 2º, que estabelece a forma de punir a continuidade delitiva, e o 3º, que dispõe acerca do que se entende pelo concurso formal de delitos, que aqui apenas prevê o sistema da exasperação da pena, ao se fiar apenas ao grau de reprimenda cabível.

O artigo 67, por sua vez, cuida-se de veemente decorrência do princípio da presunção do estado de inocência, agasalhado como direito fundamental no artigo 72, §§ 13 e 14.

O artigo 68 do Código disciplina outro aspecto penal relevante, qual seja, a situação do condenado que vem a padecer de doença mental. Nesse caso, não se lhe impõe o cumprimento de pena.

Cabível que se analise esse dispositivo em conjunto com o artigo 29⁹⁹ desse Código. Então, o que se disciplina no artigo 68 seria a hipótese na qual o agente, ao tempo da ação ou omissão, ostentava condições psíquicas normais, porém, entre o processamento do feito criminal e o início do cumprimento da pena, sobreveio-lhe doença mental.

Parece-nos que o legislador que imprimir a mesma solução, prevista no artigo 29, para ambas as situações, deixando-se o condenado sob os cuidados da família ou sob custódia em hospital psiquiátrico, até que, porventura, reassuma condições hábeis a permitir que se submeta à execução penal. No mais, se esse evento ocorrer durante o cumprimento da reprimenda, suspende-se a execução.

Por fim, é de consideração o artigo 69, que passou a estabelecer os efeitos da condenação penal. Aqui, o Código Penal disciplinou matéria de direito civil, ao estabelecer a solidariedade do dever de reparação dos danos e do pagamento de despesas judiciais aos autores, coautores e cúmplices condenados pela mesma prática delitiva. No mais, remete à legislação civil a disciplina da ação de reparação de danos (artigo 70).

1.6 Da Extinção e Suspensão da Acção Penal e da Condenação.

Ao analisarmos os artigos 71 e 72, primeiramente, observa-se inovação trazida pela legislação à época, que diz respeito à previsão da prescrição de penas, oposto ao que

⁹⁹ Art. 29: Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.

antes estabelecia o Código Criminal do Império em 1830 (artigo 65) como imprescritibilidade das penas fixadas em sentença condenatória.

O artigo 71 menciona que ocorre a extinção da “acção penal”, e o 72, da “condenação”. Num primeiro contanto, tal diferenciação se mostra desnecessária, até redundante, pois o que se deixa claro é que, em ocorrendo qualquer das hipóteses descritas, cessa-se a possibilidade de imposição de pena ao agente pelo Estado.

Assim, seria possível, a nosso ver, que estivessem arroladas num mesmo dispositivo as hipóteses de extinção.

O artigo 71 menciona como possibilidades, então, morte do agente, a anistia concedida pelo Congresso Nacional – competência esta, por sinal, disciplinada na Constituição de 1891, artigo 34, §26 –, o perdão do ofendido, nos casos dos delitos processados mediante acção penal privada¹⁰⁰. Entretanto, o perdão, para operar os efeitos de extinção da condenação penal, estava condicionado à aceitação pelo ofensor (artigo 77).

O artigo 72 arrola hipóteses em que ocorreria a extinção da pena especificamente aplicada ao sentenciado, que também se extingue por aquelas causas anteriores, mais, no caso, o cumprimento da sanção, a concessão de indulto – conforme competência do Presidente da República disciplinada pelo artigo 48, §6º, da Carta Magna de 1891 –, e pela reabilitação.

Por sinal, o indulto concedido se estendia a todas as condenações aplicadas ao agente, sobretudo os efeitos decorrentes da condenação, exceto o de reparação de dano (artigos 74 e 76).

Outro aspecto interessante ora disciplinado, no artigo 73, se refere à suspensão da condenação por meio da concessão de livramento condicional (artigo 50 a 52 do Código), e por intermédio da concessão de fiança.

Interessante é abordar-se esse ponto, atinente à fiança. O legislador tornou típica a conduta dos chamados “Vadios e Capoeiras”, no Capítulo XIII do Livro III, como contravenção (artigos 399 e seguintes).

¹⁰⁰ Embora não diga respeito expressamente à hipótese, haja vista que o artigo 71 deixa claro que a extinção decorre de perdão ofertado pelo ofendido, não se deslembra outra hipótese de perdão constante do texto constitucional de 1891, o qual, no artigo 34, § 27, estabelece a possibilidade de perdão concedido pelo Congresso Nacional aos funcionários públicos federais condenados por crimes de responsabilidade.

Assim, a conduta de vadiagem consiste em deixar o individuo de exercer profissão ou qualquer função que lhe permita prover seus meios de subsistência, ou manter-se por meio de ocupação ilícita ou ofensiva à moral e aos bons costumes (artigo 399).

Então, de forma inovadora, estabeleceu-se no artigo 401 que a pena por essa conduta podia deixar de se aplicar caso provasse o condenado a aquisição de renda suficiente à sua manutenção. Isso não bastasse, podia o agente se valer de um fiador que garantisse em nome dele que obtivera condições financeiras.

Aqui reside a fiança mencionada pelo artigo 73. Servia como forma de suspender o curso do cumprimento da pena em virtude da contravenção de vadiagem. Caso fosse ela julgada quebrada, voltava-se à imposição da reprimenda. Novamente, está o legislador penal a tratar de matéria de natureza civil, incorporando-a para tratar de instituto de direito penal.

Sobre este aspecto, considera-se o que leciona Oscar de Macedo Soares:

(...) Será suspensa a pena, se o condemnado apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue. Mas, se não obstante esta concessão de intuitos regeneradores, o infractor persistir na pratica de vadiagem, póde o fiador requerer exoneração de sua responsabilidade ou requerer o quabramento da fiança, e neste caso a sentença que julgar quebrada a fiança tornará effectiva a condemnação suspensa em virtude della.¹⁰¹

Ainda a respeito da fiança, encontrava-se também disciplinadas nos artigos 405 e 406 do Código, traçando-se os requisitos para a respectiva concessão na hipótese de acusação pelo crime de furto – consoante estabelecido nos arts. 330 e 331, figura típica essa que, naquele período, abarcava a conduta hoje conhecida como apropriação indébita –, bem como no caso de estelionato.

Ademais, era incabível a concessão de fiança no caso de prática de delitos cuja pena de prisão, ou reclusão prevista superasse os quatro anos (artigo 406).

Nesse sentido, o legislador acabou por disciplinar a previsão contida na Carta Magna de 1891, a qual, no artigo 72, §§ 13 e 14, deixou ao arbítrio do legislador infraconstitucional os requisitos e condições para concessão de livramento sob fiança. Algo que, aliás, distingue-se da anterior ordem constitucional, que no artigo 179 da Constituição de 1824 disciplinava com maior minudencia o instituto da fiança.

¹⁰¹

SOARES, Oscar Macedo. *Op. cit.*, pp. 772-773.

1.7 Da Prescrição.

Por outro lado, vale a abordagem de importante inovação trazida então pelo Código Penal Republicano, qual seja, a possibilidade de extinção da condenação por meio da prescrição (artigo 71, §4º). Regulava-se pelos artigos 78 a 85 o referido instituto.

Pode-se constatar da análise dos dispositivos em testilha que somente se sujeitam à prescrição as penas de natureza privativa de liberdade (artigo 85), e pecuniária, multa (artigo 83), para a qual se prevê lapso específico, um ano.

Interessante notar que o artigo 78 equipara, em termos de regulação de prazo, a prescrição da ação penal com a prescrição da condenação do agente, ou seja, a modalidade da pretensão punitiva estatal com a da pretensão executória respectiva. Esse ponto fora objeto de críticas, como aponta Galdino Siqueira¹⁰².

Por sinal, encontram-se exceções a essa regra no dispositivo legal. Refere-se aos artigos 275, 277 e 281¹⁰³ do Código.

Estas hipóteses são encontradas no Título VIII do Livro II, cujo *nomen iuris* é *Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor*.

¹⁰² SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, pp. 684-685: *O nosso legislador procurou também seguir a mesma orientação, mas talvez para simplificar, tout court, sem se aperceber, porém, do contrassenso a que ia chegar, subordinou os prazos da prescrição da ação aos mesmos da prescrição da condenação (art. 78). Ora, é de elementar intuição, que se tratando de factos diversos, regras também diversas devem governal-os. (...) não ha como justificar a disposição do art. 78, que não encontra analogia nas legislações estrangeiras, e haja a vista a franchezza, duplicando em geral os prazos da prescrição da acção quando se trata da prescrição das penas (Cod. De Inst. Crim. Arts. 635, 636, 639), etc.*

¹⁰³ Art. 275. O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime for commettido;

Art. 277. Excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos deshonestos ou paixões lascivas de outrem:

Pena - de prisão cellualar por um a dous annos.

Paragrapho unico. Si este crime for commettido por ascendente em relação á descendente, por tutor, curador ou pessoa encarregada da educação ou guarda de algum menor com relação a este; pelo marido com relação á sua propria mulher:

Pena - de prisão cellualar por dous a quatro annos.

Além desta pena, e da de interdicção em que incorrerão, se imporá mais:

Ao pae e mãe a perda de todos os direitos que a lei lhe concede sobre a pessoa e bens do descendente prostituido;

Ao tutor ou curador, a immediata destituição desse munus;

A' pessoa encarregada da educação do menor, a privação do direito de ensinar, dirigir ou ter parte em qualquer estabelecimento de instrucção e educação;

Ao marido, a perda do poder marital, tendo logar a acção criminal, que prescreverá em tres mezes, por queixa contra elle dada sómente pela mulher.

Art. 281. Acção de adulterio prescreve no fim de tres mezes, contados da data do crime.

Então, nos crimes de Rapto e Lenocínio, estabelece-se prazos para exercício de direito de queixa privada. Em realidade, tais hipóteses não se tratam de prescrição, mas sim, de decadência, ante a falta de exercício do direito de querela pelo ofendido, mas que neste Código Penal acabaram por ser tratadas como prescrição.

Aliás, não se previa possibilidade de interrupção ou suspensão desses prazos, razão a mais a espelhar a figura da decadência, e não prescrição.

Ademais, no artigo 281 consta o que parece ser, efetivamente, prazo prescricional, relacionado ao delito de Adultério, o qual era de três meses contado da data do conduta criminosa.

A propósito, considera-se comentário outro de Galdino Siqueira a respeito, segundo o qual

(...) porque a prescrição do direito de queixa privada ou privativa envolve a prescrição da acção, o legislador patrio não duvidou comprehender num só enunciado (...), à semelhança do que fez o legislador italiano no art. 91 (...)¹⁰⁴

Assim sendo, tinha como termo inicial, a chamada prescrição da ação, da data em que se cometeu o crime, ou seja, quando da respectiva consumação, conforme artigo 79.

Nesse caso, cabível a análise em conjunto com os artigos 11 e 12, que estabelecem quando se considera consumado o crime, por meio da realização material de todos os elementos previstos em lei, bem como, ainda, com o artigo 13, em que, no caso do delito tentado, conta-se a prescrição a partir do último ato que configure início de execução.

Aponta-nos, novamente, Galdino Siqueira, a respeito do artigo 79, uma lacuna ocasionada no dispositivo, pelo que o instituto prescricional

(...) como vem deduzido pela escola ecletica, inspiradora de nosso codigo, é applicavel a todos os crimes e contravenções, previsto no mesmo código ou em leis especiaes. Embora no art. 79 se faça referencia só ao termo – crime, este deve ser tomado em sentido genérico, como comprehensivo daquellas duas modalidades de infracção, diante da regra ampla do art. 71, n. 4, e da ausencia de motivos impeditivos da prescrição das contravenções.¹⁰⁵

Ademais, a prescrição da ação, ou da pretensão punitiva, tinha como causa interruptiva, à época, a decisão de pronúncia do réu, conforme ainda do artigo 79. A respeito desta circunstância, interessante observar aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prolatado no ano de 1895, citado por Antonio Bento de Faria, no qual a

¹⁰⁴ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 690.

¹⁰⁵ SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 684.

demora do magistrado em decidir a propósito de pronunciar o réu não era hipótese a favorecer o réu, podendo obstar o reconhecimento da prescrição. Nesse sentido:

A demora da parte do juiz em proferir despacho ou sentença constitui embaraço judicial. O tempo dessa demora não deve ser contado para a prescrição. (Acc. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 20 de Agosto de 1895. Revista Mensal do Tribunal de S. Paulo, vol. 1, pág. 248).¹⁰⁶

De outra parte, a prescrição da condenação, ou da pretensão executória da pena, como hoje se vislumbra, relativa ao poder do Estado de fazer cumprir a reprimenda específica fixada em sentença condenatória penal, tem como termo inicial o trânsito em julgado dessa decisão, e se sujeita a interrupção quando da prisão do condenado (artigo 80).

Imagina-se aqui, em nosso entendimento, que essa circunstância se aplica ao agente que esteve em liberdade no transcorrer do julgamento da causa, e que se recolhe preso após o esgotamento dos recursos cabíveis, para efetuar o cumprimento da pena prevista.

Outra hipótese que interrompe o lapso prescricional seria a evasão do condenado da prisão, conforme o parágrafo único do artigo 80, e novamente ocasiona outra interrupção com a prisão posterior do indivíduo.

Não se olvida outra hipótese interruptiva do curso do lapso prescricional, tanto o da pretensão punitiva, como o da executória, qual seja, a reincidência do réu (artigo 81), lembrando-se que esta somente se configurava com a prática pelo agente de delito idêntico após o trânsito em julgado da condenação anterior, nos termos do artigo 40.

Haja vista se tratar de instituto de direito público a prescrição, desde o diploma de 1890 já se admitia o respectivo reconhecimento de ofício pelo julgador, como se nota no artigo 82.

De outra banda, há interessante previsão no artigo 84, que seria aplicável nos casos de concurso de crimes, segundo o qual a condenação que abranja mais de uma pena, haja vista estar contido delito de menor gravidade em outro de maior amplitude, prescreverá segundo o *quantum* fixado para a conduta mais gravosa.

Essa previsão também fora alvo de críticas, como aponta Oscar de Macedo Soares:

(...) este artigo consagra uma disposição inconveniente. A solução contrária é dada pela jurisprudência italiana e aceita pelos autores. Assim, diz Magno, que a prescrição extinguindo a ação penal em termos diversos, conforme a gravidade específica do crime a que se refere, disto deriva que dada também a conexão entre crimes de gravidade diversa, cada um fica sujeito a

¹⁰⁶

DE FARIA, Antonio Bento. *Op. Cit.*, p. 212.

prescrição particular própria e não se pode sustentar que a prescrição mais longa se applique também aos crimes menores.¹⁰⁷

Passando-se ao artigo 85, encontramos os prazos de prescrição, calculados conforme a quantidade de pena imposta.

Percebe-se aqui outra lacuna do legislador, pois, diferentemente do que consta no atual Código Penal, traçou apenas limites determinados de sanção para delimitar o prazo prescricional – seis meses, dois, quatro, oito e doze anos ou mais –, deixando de regular situações nas quais a reprimenda fixada não se enquadra em alguns deles.

Então, por exemplo, caso alguém receba condenação a pena de nove anos de privação de liberdade, que está acima de oito e abaixo de doze, não deixa claro a legislação se o prazo de prescrição a ser observado seria o de doze ou o de dezesseis anos.

Por fim, convém lembrar que, apesar da ordem jurídica vigente então admitir o instituto da prescrição em benefício dos condenados, não podemos afirmar que, à época, estava afastada por completo a imprescritibilidade de certas condutas.

Isso porque, havia legislação esparsa, no caso, a Lei 515, de 3 de novembro de 1898, que regulava o processamento dos feitos atinentes aos delitos previstos no Código Penal de então, quais sejam, de moeda falsa (artigo 239 a 244), contrabando, peculato (artigos 221 a 223), falsificação de estampilhas, selos adesivos, vales postais e outros (artigo 247).

Nesse passo, no artigo 14 constava expressamente a exceção, no sentido de que o delito de moeda falsa não se sujeita a prescrição caso o réu seja domiciliado em país estrangeiro.

1.8 Da Reabilitação.

Quanto a esse instituto, verifica-se que o artigo 86 do Código Republicano não o franqueava ao condenado que cumprisse integralmente a pena a que se lhe impusera, como hoje se verifica na legislação atual (artigo 119).

Assim, previa-se a respectiva concessão no caso de procedência de ação com escopo de revisão da condenação penal anteriormente fixada, cuja competência à época era do Supremo Tribunal Federal – nesse aspecto, aliás, estava a Carta Magna de 1891, no respectivo artigo 59, inciso III –, situação em que se reintegravam ao agente todos os direitos dele ceifados em decorrência da decisão condenatória (caso daqueles previstos nos artigos 55 e 56). Cuida-se do que hoje entendemos como revisão criminal.

¹⁰⁷

SOARES, Oscar de Macedo. *Op. cit.*, p. 196.

Nesse caso, declarado inocente o condenado, assegura-se a reaquisição desses direitos e, ainda, estabelece-se o direito a uma indenização, a ser liquidada no Juízo cível, em benefício do então condenado, a ser suportada pelo Poder Público.

A título de curiosidade, caso ocorra a prática de delitos durante a vigência de estado de sítio, o artigo 81 da Constituição permite a realização de revisão das condenações respectivas prolatadas nesse período. Ainda, garante-se que nos processos de revisão está vedado o agravamento da sanção imposta anteriormente.

2. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS DO CÓDIGO PENAL.

Por fim, a par das regras de fiança estabelecidas nesta parte da legislação, analisadas alhures (item 7), também se encontra regulação a respeito da ação penal.

Dessa forma, encontra-se normatizada a atuação do Ministério Público, instituição à qual compete a propositura de ação penal, no caso de crimes e contravenções, por meio de denúncia, sem excluir a legitimidade para propositura do ofendido por meio de queixa, nos casos previstos especificamente pela legislação.

Considera-se, ainda, uma espécie anômala de ação penal, no artigos 407 e 408. Cuida-se do *procedimento ex officio*, que tem lugar nos casos em que a denúncia não é apresentada no prazo legal.

Ao que se indica, poderia o juiz exercer jurisdição de ofício, fazendo com que se instale a relação processual independente da iniciativa do Promotor de Justiça, nos casos de delitos processáveis apenas por meio de denúncia, com vistas ao processamento de feito criminal por conduta inafiançável.

Mostra-se algo inovador à época, que não mais hoje subsiste. Assegura-se, ainda, a oitiva do membro do Ministério Público, não só nesta situação como também na da ação penal privada, iniciada por queixa (artigo 408).

Por sinal, neste dispositivo também encontramos um espelho do que hoje se conhece como o assistente (artigo 268 e seguintes do Código de Processo Penal).

Ainda, no artigo 409, encontramos regra de transição, a propósito da fixação dos estabelecimentos próprios para a execução das modalidades de prisão previstas no Código, no caso, a prisão celular e a prisão com trabalhos obrigatórios (artigos 45 e 48), hipótese em que os estabelecimentos anteriormente construídos eram utilizados para os fins legais de pena.

Mostra-se de rigor ler-se o §2º do artigo 409 em conjunto com o artigo 60 também do Código. Assim, no cumprimento da pena de prisão simples, não se deixa de computar o período de segregação anterior à sentença condenatória definitiva.

Não se olvida, ademais, a regulamentação acerca do cumprimento de sanções pecuniárias e disciplinares nos termos de outras normas relativas a comércio, poder de polícia e administração, consoante o posto ao artigo 410. Nesse passo, este dispositivo teria natureza de norma penal em branco, ao remeter o julgador a outros diplomas legais para efetuar o cumprimento das reprimendas previstas no Código Penal.

CONCLUSÃO.

Percebe-se que o Código Penal Republicano incorporificou inovações mais na ordem jurídica à época da instituição do regime republicano, buscando ir além daquelas verificadas a partir de 1832 com a edição do Código Criminal do Império.

Assim, seguindo princípios da ordem constitucional (embora seja ela subsequente, por curto período de tempo, à edição dele), previu expressamente a limitação às sanções privativas de liberdade (30 anos), aboliu penas infamantes e cruéis, regulou o instituto da prescrição, entre outros aspectos relevantes sobre as penas.

Por sinal, a busca pela delimitação da atuação do autor do crime, e do partícipe, buscando disciplinar da forma mais minudente possível como se vislumbra a importância de cada qual na cadeia delitiva, bem como a individualização da respectiva responsabilidade, tratou-se de mecanismo cuja intenção era assegurar a individualidade na responsabilização criminal.

Ainda que se verifique dificuldades de entendimento por conta da redação, com institutos disciplinados por mais de um tipo penal, sem uma organização, uma unicidade dos respectivos pressupostos, uma sistematicidade completa e mais organizada, não se pode desconsiderar a importância dessa legislação.

Ocasionou celeumas devido aos problemas de redação e organização, haja vista a urgência considerada à época para que se editasse uma nova legislação penal. A corroborar essa circunstância, temos o caso do conceito de crime dado pelo artigo 7º, que necessita ser visto em conjunto com o artigo 24, pertencente a outro título, para se poder entender quais pressupostos utilizou o legislador para delimitar a ideia sobre o instituto.

Por outro lado, chama a atenção, em alguns dispositivos, algo que já verificamos em outras ordens jurídicas precedentes, qual seja, a previsão de regras de direito civil no

âmbito da legislação criminal, como é o caso de responsabilidade solidária, as regras de responsabilidade civil, fora outras constantes do Livro II, ao tratar dos crimes em espécie.

De todo modo, verifica-se que a intenção fora a de catalogar na legislação os institutos penais em consonância com os anseios e o momento social e político vigente, ou seja, acompanhar os acontecimentos sociais. Percebe-se, em diversos pontos enunciados ao longo da exposição, a aderência dos dispositivos aos postulados constitucionais impressos pela Constituição de 1891, salvo algumas exceções decorrentes da urgência que se verificou para a edição da legislação penal (prova disso é o caso da sanção de banimento, no artigo 46, que fora extirpada pelo texto constitucional subsequente, como visto).

Faz parte o Código Penal Republicano de etapa importante do desenvolvimento político e social do Brasil, tendo passado a abarcar institutos penais que até o momento presente se encontram em vigência de acordo com o atual diploma, advindo de 1940, como a prescrição, a reabilitação (embora hoje tratada de modo diverso do que aquele ora estabelecido pelo legislador de 1890), a reincidência, entre outros.

BIBLIOGRAFIA.

DE FARIA, Antonio Bento. *Anotações Theorico-Praticas ao Codigo Penal do Brazil.*

São Paulo: Livraria Francisco Alves Ed., vol. 1, 3. ed., 1919.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica.* São Paulo:

RT Ed., 2. ed., 2001.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos

Santos Ed., 1921.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brazil.*

Rio de Janeiro, Livraria Garnier Ed., 6. ed., 1907.