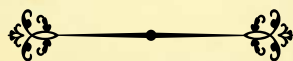


**OBRAS
JURÍDICAS
CEARENSES**

Resgate Histórico



Professor Olavo Oliveira

**O DELITO
DE MATAR**

Reprodução fac-similar da primeira edição de 1959

OBRAS JURÍDICAS CEARENSES

Resgate Histórico

Vol. 1



Professor Olavo Oliveira

O DELITO DE MATAR

Reprodução fac-similar da primeira edição de 1958



OBRAS JURÍDICAS CEARENSES

Resgate Histórico

Vol. 1



Professor Olavo Oliveira

O DELITO DE MATAR

Reprodução fac-similar da primeira edição de 1958



Fortaleza-CE
2018

Copyright © O DELITO DE MATAR
Reprodução Fac-similar da primeira edição de 1958

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
A reprodução, de qualquer parte desta publicação,
será permitida desde que citada a obra.
Reproduções para fins comerciais são proibidas.
Disponível também em: <http://www.tjce.jus.br>

Conselho Editorial (Gestão 2017-2019)

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Lira Ramos de Oliveira
Dr. Emílio de Medeiros Viana
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro

Projeto Gráfico e Diagramação
Hugo Leonardo Guedes Monteiro

Normalização

Bibliotecária: Ismênia Souto de Araújo Andrade CRB-3/834

Impressão e Acabamento

Assessoria de Comunicação Social
Coordenadoria de Apoio Operacional

O48d Oliveira, Olavo
O Delito de matar / Professor Olavo Oliveira. Ed. Fac-sim.
Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2018.
395 p. (Série Obras Jurídicas Cearenses – Resgate Histórico, v.1)

“Reprodução fac-similar da primeira edição de 1958”
ISBN:

1. Homicídio. I. Oliveira, Olavo. II. Título.

CDU: 343.6
CDDir: 341.556

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Avenida General Afonso Albuquerque de Lima, s/n
Cambeba - Fortaleza - Ceará - CEP: 60.822-325 | Fone: (85) 3207.7000
www.tjce.jus.br | biblioteca@tjce.jus.br | email: editora@tjce.jus.br

“A história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são frequentemente acusados de pedantismo... Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançamos no direito civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a única capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que as que existem”.

H. De Page, *Traité de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles 1942, 806.

Apresentação

A nova edição da obra “O Delito de Matar” do Professor Olavo Oliveira, lançada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, mais precisamente pelo seu Conselho Editorial e de Biblioteca, é uma contribuição relevante à memória da literatura jurídica cearense.

Publicada originalmente em 1958, o alentado trabalho foi escrito com linguagem objetiva e concisa sem desprezar de uma densidade própria, enquadrando-o em uma referência científica, para aqueles que buscam uma melhor solução para o destreame de uma lide na busca do ideal de justiça.

Em face do tema e pela forma como o estudo foi realizado, com competência e valorizando as melhores doutrinas com comentários singulares, nos remete com segurança de que a tese continua com características que adornam um estudo que não perdeu aspectos contemporâneos, nos fazendo crer que essa circunstância não podia ser olvidada por esse Sodalício na pessoa de seu Presidente, Desembargador Francisco Gladyson Pontes, que foi o maior incentivador da construção desse projeto, que tem aspectos sucessivos, e que esta sendo agora materializado em seu primeiro momento.

Desembargador Paulo Francisco Banhos Ponte
Presidente do Conselho Editorial e de Biblioteca

Fac-símile da primeira edição de
O DELITO DE MATAR
do **PROFESSOR OLAVO OLIVEIRA**

**O D E L I T O
D E M A T A R**

PROFESSOR OLAVO OLIVEIRA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade do Ceará

**O DELITO
DE MATAR**

*Eu sou como os regatos: sou claro,
porque sou pouco profundo.*

Anatole France

R A Z Ã O D E S E R

A origem deste livro é a dedicação do Magnífico Reitor da Universidade do Ceará, Professor Antônio Martins Filho, ao ensino do Direito em nossa terra.

Convidou-nos insistentemente a escrevê-lo e incentivou-nos, sem cessar, em nossa árdua tarefa.

Sentimo-nos bem em tributar de público nossa gratidão a Sua Magnificência.

O nosso estudo foge de algum modo à sistemática dos congêneres: não tem o seu texto uma única palavra em língua estrangeira, encontra-se despido de longas e fastidiosas citações, aponta problemas ainda não solucionados, expõe a doutrina corrente, em termos sintéticos, com a indicação das suas fontes, e emite o ponto de vista pessoal do seu autor sobre os momentosos temas jurídico-penais, de que se ocupa.

Sirva o "DELITO DE MATAR" de algo aos que se dedicam à cultura do Direito Penal.

E estaremos compensado do demorado e estafante esforço da sua elaboração.

Parangaba, 31 de março de 1958

OLAVO OLIVEIRA

HOMICÍDIO

H O M I C Í D I O

NÃO MATARÁS . . .

**Bíblia Sagrada, Pentateuco, Êxodo, Segunda Parte, Capítulo XX,
v. 13.**

Código Penal de 1830:

Art. 192 — Matar alguém:

Pena . . .

Código Penal de 1890:

Art. 294 — Matar alguém:

Pena . . .

Código Penal de 1940:

Art. 121 — Matar alguém:

Pena . . .

**“O homicídio é a morte de um homem por outro”, eis a mais
antiga e a mais seguida das suas definições.**

H O M I C Í D I O

1) — A vida e a morte. 2) — Espécies de morte: I) — natural; II) — provocada: a) — por força física ininteligente; b) — por animais selvagens; c) — pela vontade do homem: legal; casual; efetuada por um irresponsável e criminoso. 3) — Sentido ontológico do homicídio. 4) — Sentido jurídico do homicídio — Homicídio criminoso. 5) Definições. 6) — História. 7) — Direito brasileiro. 8) — Sujeito ativo. 9) — Sujeito passivo. 10) — Causalidade material. 11) — Concausas. 12) — Elementos do crime de homicídio: A) — A morte de alguém; B) — Por ação ou omissão de outrem através de meios: I) — diretos e indiretos; II) — idôneos e inidôneos; III) — materiais e morais; C) — O elemento moral ou intelectual — a vontade homicida — causalidade psíquica: I) — dolo específico; II) — dolo preterintencional; III) — culpa. 13) — Espécies de dolo específico: A) — Dolo de intenção. B) Dolo de previsão ou eventual. 14) — Homicídio com êrro sobre a pessoa. 15) — Homicídio com êrro na execução. 16) — A prova da morte.

1) — **A vida e a morte.**

A vida do homem inicia-se com a formação do óvo (1) e termina com a morte (2).

Tanto a vida como a morte são “dessas manifestações da natureza que todos compreendem, sentem, observam, quase apalpam. Mas não definem” (3).

Uma verdade todos sabem: a morte é o fim da vida.

2) — **Espécies de morte:** I) — natural; II) — provocada: a) — por força física ininteligente; b) — por animais selvagens; c) — pela vontade do homem: — legal, casual, efetuada por um irresponsável e criminosa.

A morte pode ser natural ou provocada.

I) — Natural — é patológica, se provém de doença; é teratológica, quando se origina de grave defeito orgânico incompatível com a vida prolongada.

II) — Provocada — assume diversas modalidades: a) — provocada por força física ininteligente; b) — provocada por animais selvagens; c) — provocada pela vontade do homem.

a) — A morte provocada por força física ininteligente é a acidental, representativa de uma “desgraça”: sobrevém já da força física inconsciente do próprio universo — o raio, tempestade, naufrágio, inundação, etc., — já de força física cega produzida pelo homem — máquinas, veículos, objetos, armas e instrumentos.

b) — Também é provocada a morte, com a extinção do homem pelas serpentes, feras ou animais bravios e

1 — V. *Abórto*.

2 — *Código Civil*, art. 10.

3 — PROFESSOR HÉLIO GOMES, *Medicina Legal*, Livraria Freitas Bastos S. A., Rio de Janeiro, 1953, pág. 773.

selvagens, nas caçadas, nas explorações de terras inóspitas, etc.

c) — A morte **provocada** pela **vontade** do homem depende de ação sua para êsse resultado e apresenta-se sob múltiplas espécies: a) legal; b) — casual; c) — efetuada por um irresponsável; e d) — criminosa.

A) — **Legal**, é a morte infligida, em nome da lei, como ato obrigatório — o homicídio **bélico** — ou como ato lícito — o chamado **homicídio judicial**, para a salvação da sua própria existência ou de outra pessoa, no exercício de qualquer eximente jurídico-penal (4).

B) — **Casual**, é a morte, proveniente de ação do homem, cometida com fim diferente da destruição do seu semelhante, consequência alcançada sem a participação da sua vontade. É o agente mero instrumento do **acaso**.

C) — **O excídio do homem cometido por um irresponsável** foge à tipificação do crime de homicídio e não sofre nenhuma pena o seu autor (5).

Fica êle sujeito apenas a medidas de segurança (6).

D) — **Criminosa**, é a morte efetuada de propósito ou aceitando o autor as consequências letais do seu procedimento.

3) — Sentido ontológico do homicídio.

Em sentido ontológico ou geral, só não é homicídio o aniquilamento **natural** do homem.

Tôda a destruição **provocada** do corpo humano constitui homicídio.

4 — Código Penal, art. 19, ns. I a III.

5 — Código Penal, arts 22, 23 e 24, § 1º.

6 — Código Penal, parte geral, tit. VI.

4) — Sentido jurídico do homicídio — homicídio criminoso.

Em sentido estrito ou jurídico, entende-se como homicídio apenas o homicídio criminoso.

5) — Definições.

Registram-se discrepâncias na maneira de fixar o seu conceito.

“O homicídio é a morte de um homem por outro”, eis a mais antiga e a mais seguida das suas definições (7).

Para os seus adeptos dita fórmula traduz, fora de dúvida, a essência da incriminação do homicídio, que é a sua injustiça, isto é, o seu choque com o direito, visto importar na occisão de um ser humano, não permitida pela lei, injustiça, no entendimento dêles, ínsita

7 — BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, Luigi Piero, Tip. Editore, Napoles, 1910, vol. II, pág. 311; E. Ferri, *El homicida en la psicología y en la psicopatología criminal*, trd. de J. MASAVEU y RIVERO DE AGUIAR, Editorial Reus, (S. A.), Madrid, 1930, pág. 2; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1941, t. II (Parte Especial), pág. 385; EUSEBIO GOMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Compania Argentina de Editores, Buenos-Aires, 1939, t. II, n. 361; EMILIO C. DIAZ, *El Código Penal Para La Republica Argentina*, Imprensa y Editorial “La Facultad”, Buenos-Aires, 1942, n. 316; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Depalma, Buenos-Aires, 1951, Parte Especial, vol. 1º, pág. 21; SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tipografia Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, t. III, pág. 18; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1951, Parte Especial, n. 359; RIBEIRO PONTES, *Código Penal*, Editora Guaira Ltda., Curitiba, 1942, 1º vol., pág. 199; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942, 3º vol., pág. 47; MACEDO SOARES, *Cód. Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, Livraria Garnier, Rio de Janeiro, 7ª ed., pág. 598; FLAMINIO FAVERO, *Medicina Legal*, Livraria Martins Editora, S. Paulo, 5ª ed., 1º vol., pág. 238.

em todo o delito, sendo, por isso, desnecessária a sua especificação.

A essa definição, com a implicitude de ser o homicídio um atentado ao direito, um desrespeito às leis da coexistência social, uma injustiça, enfim, opõem vultos da criminologia esta outra, em que se menciona claramente o referido elemento substancial do delito: “o homicídio é a morte do homem injustamente causada por outro homem” (8).

Fazem-no sob o argumento de que a primeira definição exorbita do seu conteúdo — o crime de homicídio — e abrange também formas de homicídio alheias ao mesmo: a) — o homicídio provocado por animais selvagens; b) — o homicídio acidental, na sua dúplici exteriorização; c) — o homicídio legal — bélico ou judicial; d) — o homicídio perpetrado por um irresponsável; e) — o homicídio casual.

Tôdas elas são exteriorizações do homicídio ontológico ou geral e não do homicídio jurídico.

Reputam indispensável incluir na definição do crime de homicídio o seu elemento intencional, com a consignação da ilegalidade do fato material, que corporifica, e dizem-no “a destruição voluntária e injusta da vida de um homem pelo feito de outro homem” (9)

8 — FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli, Florença, 1912, *Parte Speciale*, vol. 1º, § 1.087; FERDINANDO PUGLIA, *Delitti contro la persona*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, pág. 13; JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1903, pág. 177; JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, *Código Penal Interpretado*, imprensa Oficial, Rio de Janeiro, 1901, *Parte Especial*, vol. II, n. 142; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, Livreria Jacinto Editora, Rio de Janeiro, 1943, *Parte Especial*, vol. III, pág. 6; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, vol. V, n. 5.

9 — R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal*

ou “a occisão de um homem causada por outro homem com um **comportamento doloso ou culposo** e sem o concurso de causas de justificação” (10).

Essas definições — argüi-se — reproduzem, com desenvolvimento, a clássica definição de CARRARA ou de CREMANI (11) — “homicídio é a morte do homem **INJUSTAMENTE** causada por outro homem” — a qual subtende não só a injustiça ou ilegalidade do acontecimento, senão também o seu requisito psíquico.

No direito penal, salvo exceções expressas, o fato material encerra e revela o propósito criminoso.

Não obstante, as referidas definições têm o mérito de imprimir ao assunto maior clareza e mais precisão.

Nelas ainda subsiste um defeito, no nosso parecer, referente ao seu sujeito ativo, que não pode ser todo o homem, como se deduz das suas frases, e **sim apenas o homem penalmente responsável.**

Por isso ousamos definir o crime de homicídio, como a morte de alguém por outrem, penalmente responsável, e sem fundamento em lei.

6) — História.

A história do homicídio se confunde com a da própria humanidade.

Está no Gênesis, cap. IV, v. 8, a morte de Abel pelo seu irmão, Caím.

Por muito tempo, foi a explosão da força dos ins-

Française, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris, 1900, t. 4º, n. 1568; ENRICO PESSINA, Elementi di diritto penale, RICARDO MARGHERI DI GINS, Editor, Nápoles, 1883, 2º vol., pág. 2.

10 — FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Dott Antonino Giuffrè, Editore, 1954, Parte Speciale, vol. I, n. 12.*

11 — FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit., n. 12.*

tintos, na luta pela vida, sem outra significação, além da vingança privada.

Nas mais antigas civilizações, onde aparece a organização política da sociedade, se encontra o homicídio, punido com rigor, de ordinário também com a morte, como a mais grave das infrações à ordem geral, — por ferir, ao mesmo tempo, o homem — que destrói — e ao Estado, a cuja coletividade êle pertence, na qualidade de sujeito e foco de todos os direitos, em múltiplas relações com os seus semelhantes, por sua vez prejudicados com o seu desaparecimento.

Essa política criminal, de severa repressão ao homicídio, subsiste íntegra entre os povos modernos, muitos dos quais ainda o reprimem com a morte, aplicando outros aos réus a maior das penas restritivas da liberdade.

7) — Direito brasileiro.

As Ordenações Filipinas determinavam — “Qualquer pessoa que matar outra ou mandar matar, morra porello” (12).

O Código Criminal do Império, (Lei de 16 de dezembro de 1830), o Código Penal da República (Dec. n. 847 de 11 de novembro de 1890) e o novo Código Penal (Decreto-Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940) seguem idêntica orientação, no tocante à previsão do homicídio.

Todos três consideram como tal — “matar alguém”, — chamando-o de **qualificado**, se acompanhado de qualquer das agravantes, que especificam, e **simples**, na hipótese contrária, cominando-lhe o do Impé-

12 — *Liv. 5, tit. 35.*

rio a pena de morte, galés perpétua e prisão com trabalho por vinte anos, no mínimo, e os dois outros pena carcerária, variável entre seis, vinte e trinta anos (13).

O estatuto repressivo vigente ainda admite o homicídio privilegiado, nos casos do seu art. 121, § 1º.

8) — **Sujeito ativo.**

O ser humano, masculino ou feminino, penalmente responsável (14).

A mãe, matando o próprio filho, comete também o crime de homicídio (15), a não ser quando o faz, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após (16).

Nesse caso se configura o delito de infanticídio, na sua essência um genuíno homicídio, com tipicidade própria, por motivos particulares de repressão punitiva.

Oferecendo menor gravidade, pelas condições da vítima, cuja perda tem menos valia que a de um adulto, forma crime à parte do homicídio, com pena inferior.

9) — **Sujeito passivo.**

“Alguém”, isto é, a pessoa humana nascente ou nascida, com vida.

Nascente, encerrado o ciclo biológico da gravidez, na flagrância do parto, a terno ou prematuro, anterior ou posteriormente à expulsão do feto, mas ainda prês a à mãe pelo cordão umbelical, através do qual passam

13 — Código Criminal do Império, arts. 192 e 193; Código Penal de 1890, art. 294, e §§ 1º e 2º; Código Penal de 1940, art. 121 e § 2º.

14 — Código Penal, arts. 22 e 23.

15 — Código Penal, arts. 121 e 44, II, f.

16 — Código Penal, art. 123.

os últimos elementos de nutrição ou de vida fetal e cujo corte muitas vezes convém demorar.

Nascida, egressa do corpo — em que se gerou — e dêle completamente separada, pela ruptura do cordão umbelical, — circunstância que lhe propicia vida autônoma e própria, antes mesmo da respiração, como ocorre com os recém-nascidos apneicos (17).

A mola — produto da concepção totalmente patológico — não é **homem**, ficando, portanto, excluída da tutela penal.

10) — Causalidade material.

No homicídio se pune o dano objetivo do delito — o evento morte — resultado **voluntário** do procedimento criminoso do agente, devendo haver entre o primeiro e o segundo uma relação necessária de **causa e efeito**, um nexó inquebrantável de **causalidade material** (18).

Pouco importa, ensina-se, que a extinção da vítima seja imediatamente posterior ao fato criminoso ou depois de breve ou largo tempo.

A morte decorre inequivocamente da ação ou da omissão do agente (19), “ainda verificada esta muito tempo depois, como costuma acontecer, quando prati-

17 — HALSCH, MEYER, WEHRLI MITTELSTEIN, em FRANZ VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. José Higinio Duarte Pereira, F. Brigueit, & Cia. Editôres, Rio de Janeiro, 1899, t. II, pág. 8, nota 1; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, pág. 18; LEONIDIO RIBEIRO, *O Nosso Código Penal e a Medicina Legal*, Livraria Jacinto Editôres, Rio de Janeiro, 1942, pág. 311; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 6; FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, pág. 305; ROBERTO LYRA, *Noções de Direito Criminal*, Editôra Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1944, *Parte Especial*, vol. 1º, ns. 33 a 41.

18 — *Código Penal*, art. 11.

19 — GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1954, *Parte Especial*, vol. IV, pág. 248; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, n. 302.

cado o crime, por exemplo, mediante micróbio ou veneno" (20).

EUGENIO CUELLO CALON ilustra a tese, com o exemplo da qualificação de homicídio, decorrida a morte do paciente dezoito meses depois do ferimento, que lhe serviu de origem. E ensina que o julgamento, efetuado antes da morte do lesado, não evita que o seu autor sofra as conseqüências penais do crime de homicídio (21).

No Código Penal de Pôrto Rico, "para que a morte constitua assassinato ou homicídio, será preciso que a vítima morra dentro de ano e um dia DEPOIS DE RECEBIDA A FERIDA OU DE ADMINISTRAR-SE A CAUSA DA SUA MORTE" (22).

Não é tanto assim, entre nós.

A denúncia ou queixa contém "a classificação do crime" (23).

Não sendo a morte contemporânea da ofensa e iniciando-se o processo, vivo o ofendido, a denúncia ou a queixa classifica o crime, como lesão corporal de natureza grave (24), ou como tentativa de morte (25).

Distingamos as hipóteses.

Na primeira, o processo é da competência do Juiz singular (26).

Se o óbito tiver lugar antes do julgamento, o juiz baixará o processo para que se adite a denúncia ou a

20 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 52.

21 — *Liv. cit.*, pág. 388 e nota 21.

22 — § 205.

23 — Código de Processo Penal, art. 41.

24 — Código Penal, art. 129, § 1º, n. II.

25 — Código Penal, art. 121, comb. art. 12, n. II.

26 — Código de Processo Penal, art. 74, § 1º.

queixa, como homicídio (27), por cuja prática pode o réu vir a ser condenado pelo tribunal popular (28).

Se a morte ocorrer após o julgamento, e dêle houver interposição de recurso (29), no julgamento dêste, cabe à instância superior inovar para homicídio a classificação do delito, se a apelação não houver sido feita somente pelo réu (30).

De qualquer modo, transitando em julgado a absolvição ou a condenação do réu, pelo crime de perigo de vida, que lhe foi atribuído pela inicial do processo, insusceptível fica o mesmo de responder pelo delito de homicídio, se porventura posteriormente morrer o ofendido.

Milita, a seu favor, a exceção de **cousa julgada** (31).

Na segunda hipótese, o processo é da competência do júri (32).

Então, a classificação da denúncia ou da queixa, considerando o crime tentativa de morte, pode ser alterada para homicídio, com a **superveniência da morte do ofendido**:

a) — na pronúncia (33);

b) — no libelo (34); no julgamento de apelação, não tendo sido intentada apenas pelo réu (35).

A **cousa julgada** serve em conclusão de limite aos efeitos, no tempo, do nexó de causalidade material ne-

27 — Código de Processo Penal, art. 384, § único.

28 — Código de Processo Penal, art. 383.

29 — Código de Processo Penal, art. 593, I.

30 — Código de Processo Penal, arts. 616 e 617.

31 — Código de Processo Penal, art. 95, V., e art. 110, § 2º.

32 — Código de Processo Penal, art. 74, § 1º, modificado Lei n. 263 de 23 de fevereiro de 1948, art. 2º.

33 — Código de Processo Penal, arts. 407, 408, § 3º.

34 — Código de Processo Penal, arts. 416, 417, I e II e 71.

35 — Código de Processo Penal, arts. 616 e 617.

cessária entre a morte da vítima e o procedimento voluntário do acusado para produzi-la:

11) — **Concausas.**

O agente de ofensa à integridade ou à saúde de outrem é réu de homicídio, desde que, direta ou indiretamente, haja provocação a sua morte.

Não se leva em linha de conta a letalidade absoluta, por si mesma, ou relativa, devido às circunstâncias pre-existentes, simultâneas ou sobrevenientes, em relação direta com o delito.

Este o imperativo do nosso Código Penal, enfileirado na teoria da equivalência dos antecedentes, em cujos lineamentos a causa da causa é causa do causado (36).

Quem voluntariamente executa ação ou omissão homicida acarreta com tôdas as suas conseqüências, provenientes das concausas, que a acompanham, ou aparecem, em virtude do seu cometimento.

Chamam-se concausas as condições anteriores, contemporâneas ou sobrevenientes, que, sem ser integrantes da ação ou da omissão, ajudam a produção do resultado.

Somam-se ao fato material do crime, que desacompanhado do seu concurso não ocasionaria a morte, cuja responsabilidade assiste, por isso, em última razão, ao seu autor.

Lesão leve produz, não obstante a morte, mercê de hemorragia invencível de ofendido hemofílico.

Ferimento com instrumento perfurante infeccionado provoca o tétano e a morte do paciente.

36 — Código Penal, art. 11.

Um homem é ferido em lugar êrmo e desprovido de recursos médicos, por cuja falta sucumbe, em virtude de infecção, evitável em centro civilizado.

Em todos êsses casos, apurado o elemento psíquico — a vontade de matar — HÁ CRIME DE HOMICÍDIO.

São as lesões a causa **primária** do evento, sem as quais não se teria verificado a morte.

Só a superveniência de causa independente, quando, por si só, produziu o resultado, exclui a imputação.

Em semelhante conjuntura, a causa independente superveniente não é **concausa**, condição que se reúne à causa do crime para lhe apressar o resultado — morte da vítima, — e sim causa direta da mesma.

E se a ação ou omissão precedente constitui outro delito, aplica-se a pena estabelecida para o evento (37).

As **concausas** suscitam divergências doutrinárias: para alguns autores a causa do homicídio é unicamente a ofensa à integridade ou à saúde do sujeito passivo do delito; para outros são também causa do homicídio as concausas ou contingências determinantes do resultado fatal originadas da lesão inicial.

Essa discrepância reflete-se no direito positivo.

De ordinário, as legislações penais modernas não tomam em consideração a interferência das **concausas** no homicídio, as quais deixam entregues aos ditames da jurisprudência.

O Código Criminal do Império admitia, com pena sensivelmente atenuada, o homicídio “**não porque o mal causado fôsse mortal, mas porque o ofendido não applicasse tôda a necessária diligência para removê-lo**” (38).

37 — Código Penal, art. 11, § único.

38 — Art. 194.

Para o Código de 1890 era mortal a lesão corporal se “causa eficiente da morte por sua natureza e sede, ou por ter sido praticada sôbre pessoa cuja constituição ou estado mórbido anterior concorresse para torná-la irremissivelmente mortal” (39).

Em seguida, diminuia sensivelmente a pena de homicídio, se a morte resultasse “não da natureza e sede da lesão, e sim de condições personalíssimas do ofendido” e também “não porque o mal fôsse mortal e sim por ter o ofendido deixado de observar o regime médico higiênico reclamado pelo seu estado” (40).

12) — **Elementos do crime de homicídio:** A) — a morte de alguém; B) — por ação ou omissão de outrem através de meios: I) — diretos e indiretos; II) — idôneos e inidôneos; III) — materiais e morais; C) — o elemento moral ou intelectual — a vontade homicida — causalidade psíquica: I) — dolo específico; II) — dolo preterintencional; III) — culpa.

A) — A morte de alguém.

A morte de alguém (41), de ser humano vivo, sejam quais forem as suas condições de resistência orgânica, saúde, idade, sexo e conformação física.

A inviabilidade do nascido não exclui a tutela legal da sua existência, por mais precária e esfarrapada que esta seja.

Tenha o homem entrado no mundo, apenas um momento de vida: a sua anulação **proposita** é homicídio.

39 — Art. 295.

40 — Art. 295, §§ 1º e 2º.

41 — V. n. 9, *sujeito passivo*.

Também dêle saindo, seja o homem um moribundo, disponha somente de um instante a mais de existência: o seu cancelamento voluntário é homicídio.

Pouco importa, por sua vez, ostente a pessoa humana — para o seu aniquilamento intencional ser homicídio — conformação física perfeita, regular, incorreta ou mesmo monstruosa.

Tanto é homicídio a extinção consciente de uma deusa de formosura, de uma Vênus de Milo, como o trucidamento querido do anão de Lúcius, de dois pés de altura e dezoito libras de peso, ou da criança com quatro cabeças presenteada a Nero (42).

B) — **Por ação ou omissão de outrem através de meios:** I) — diretos e indiretos; II) — idôneos e inidôneos; III) — materiais e morais.

A ação e a omissão são meios produtores de homicídio.

Mata-se alguém, com meio positivo, realizando-se ato próprio para fazê-lo: ferindo, propinando veneno, queimando a vítima, etc.

Mata-se alguém, com meio negativo, abstendo-se da prática de ato, a que se está obrigado por dever jurídico: deixando-se de alimentar o prêso em cárcere privado, omitindo-se conscientemente a ministração de remédio a enfermo, de que se cuida, para provocar o seu extermínio (43).

O homicídio de comissão por omissão não passa de um delito tipificado como delito de ação, que pode cometer-se mediante omissão (44).

42 — L. FRIEDLANDER, *A vida na Roma imperial*, trad. de Pinto de Aguiar, Livraria Progresso Editôra, Cidade de Salvador, 1954, pág. 4.

43 — *Código Penal*, arts. 11 e 121.

44 — CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 22.

Nêle, o agente, com a sua inatividade deliberada, provoca a morte de outrem (45).

Por isso conclui-se que o homicídio de **comissão por omissão** é um delito misto de **ação** e de **omissão**: participa do delito de **ação**, porque **se comete** e do delito de **omissão**, porque se deixa de fazer (46).

I) — Meios diretos e indiretos.

Os meios dizem **diretos** e **indiretos**.

Diretos, se aplicados pelo próprio agente no corpo da vítima — injeção de veneno, punhalada, tiro no mesmo.

Indiretos, quando o autor consegue a morte, para tal submetendo a vítima aos efeitos deletérios de forças físicas, químicas ou mecânicas, naturais ou desencadeadas pelo homem, suficientes para satisfazer aquêlê fim, com a sua atuação violenta ou demorada: a exposição de inválidos e doentes graves à ambiência perigosa, v. g. a temperaturas extremas de frio ou de calor, o açular animal perigoso para estraçalhar uma pessoa, etc.

II) — Meios idôneos e inidôneos.

Os meios, — sejam quais forem, — devem ser **idôneos**: capazes de produzir a morte.

Os meios inidôneos — aplicação de açúcar como veneno, e o pretense disparo de arma de fogo descarregada — não geram a morte, limitando-se ao **homicídio impossível**.

Os atos, que o informam, não configuram sequer a tentativa de homicídio.

45 — ANIBAL BRUNO, *Direito Penal, Editôra Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1956, Parte Geral, vol. I, pág. 299.*

46 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit., pág. 300.*

III) — Meios materiais e morais.

Ainda se classificam os meios em **materiais e morais**.

Materiais são os manuais, físico-químicos, mecânicos ou patológicos.

Morais são as ações, que não atingindo fisicamente a vítima, veiculam, contudo, a morte: o emprêgo da força do espírito, dos recursos do pensamento e das manobras da inteligência objetivam “a morte de uma pessoa, através da sua alma”.

Constam de traumas psíquicos, de ataques ao eu e são de duas naturezas.

Intensos e intempestivos, com a rapidez e o furor do raio, desencadeando emoção violenta, cujo processo, semelhante ao da congestão cerebral, acarreta a morte, máxime de indivíduos débeis e enfermos.

Alguém, para matar a um cardíaco, circunstância do seu conhecimento, comunica-lhe abruptamente a morte do seu filho e consegue o êxito esperado (47).

Graves, ferinos, contundentes, constantes e adrede repetidos, em apreciável espaço de tempo, visando ao estado crônico de sofrimento interior, a intoxicação da desdita sentimental e o contínuo e silencioso desgaste da personalidade, que carrega o aniquilamento do corpo e acaba na morte.

É a liquidação paulatina da pessoa pela progressiva consumpção moral.

Marido ou pai, serve-se da sua autoridade para infernar a vida do filho ou da mulher.

Por acinte a torna uma esteira de torturas e de dores. Procura abreviar-lhe os dias por uma crise moral aguda, permanente e prolongada.

47 — SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, pág. 19.

Com semelhante barbaria, friamente calculada, conduz, afinal, a sua infortunada vítima ao túmulo (48).

Combate-se tenazmente o emprêgo de meios morais para o homicídio, a pretexto dos obstáculos, quiçá, da inviabilidade da prova do **nexo físico**, da relação de causa e efeito entre êle e o resultado fatal.

A morte pelo uso de traumas psíquicos escapa à verificação física, sendo, assim, juridicamente inapuroável.

Conjecturas, por mais verossímeis que se apresentem, não valem como certezas (49).

Os meios morais não passam de efeitos de atos materiais, cujo reflexo sôbre a psique individual origina a desordem das funções orgânicas da pessoa, contra que se dirigem, e por conseqüência a enfermidade e a morte.

Os meios morais têm, assim, uma base física.

A prova da relação de causalidade material entre os meios morais e a morte é na verdade difícil.

Pode, entretanto, ser superada, máxime tendo-se particular atenção ao ânimo que presidiu o ato.

Ademais, como já ponderava REUTER, — “uma cousa é a dificuldade da prova do homicídio por meios morais e outra a possibilidade jurídica dêste fato”.

A solução talvez algo acadêmica, por não se cimentar em aplicações práticas nas lides forenses, onde os raros processos dessa natureza culminam sem-

48 — A. CHAVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code Penal*. Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, Paris, 1887 — 1908, t. III, n. 1189.

49 — R. GARRAUD, t. 4º, n. 1572; A. CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *liv. cit.*, n. 1189; JIMENEZ DE ASÚA, *La relation de causalidad y la responsabilidad criminal*, em SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, pág. 19; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, pág. 392 e nota 39.

pre na absolvição dos culpados, congrega numerosos adeptos e merece geral acolhida na exegese dos dispositivos penais vigentes sôbre homicídio (50).

Nos processos de homicídio por atos morais, deve-se levar ao máximo rigor a exigência de uma prova convincente do ânimo do autor e da eficiência da sua ação para o objeto visado.

C) — O elemento moral ou intelectual — a vontade homicida — causalidade psíquica: I) — dolo específico; II) — dolo preterintencional; III) — culpa.

Entre o evento — morte — e a ação ou a omissão — de que resultou — deve haver também a causalidade psíquica.

A destruição de alguém tem de ser obra da vontade de outrem, pois, na hipótese contrária, provém do acaso e, como mero acidente, não enseja crime, havendo somente desventura a lamentar-se.

A vontade na exteriorização do homicídio manifesta-se de diversas formas.

I) — Dolo específico.

50 — FRANCESCO CARRARA, *vol. cit.*, § 1087, nota 2; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, Casa Editrice Francesco Vallardi, Milão, 1928; FERDINAND PUBLIA, *liv. cit.*, n. 1189; EUGENIO PINCHERLI, *Il Codice Penale Italiano Annotato*, Fratelli Bocca Editori, Turim, 1890, pág. 505; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 279; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, n. 323; EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, n. 366; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 22; JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, *liv. cit.*, n. 143; GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, n. 363; BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-Práticas ao Código Penal do Brasil*, 3ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio, vol. II, n. 453, nota II e Código Penal Brasileiro, Rio, 1943, v. II, pág. 13; JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *liv. cit.*, pág. 178; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, pág. 200; ARY AZEVEDO FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942, n. 23; PEDRO VERGARA, *Delito de homicídio*, Livraria Jacinto Editora, Rio, 1943, vol. I, pág. 31; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, n. 12; *Direito Penal, Parte Especial*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1937, pág. 180.

É **dolo específico** — ânimo, propósito de matar, se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (51).

Então o homicídio diz-se doloso (52).

II) — **Dolo preterintencional.**

É **dolo preterintencional**, se o sujeito ativo quis claramente apenas vulnerar, ofender a integridade ou a saúde de um semelhante e matou-o, entretanto, consequência fora da sua expectativa.

O homicídio chama-se preterintencional em doutrina e na maioria dos estatutos penais, salvo em alguns modernos, inspirados no direito germânico, em cujo número assume o nome de **lesão corporal seguida de morte** (53).

III — **Culpa.**

É **culpa**, quando o agente, no exercício voluntário de ato lícito, deu causa ao resultado — morte — por negligência, imprudência ou imperícia (54).

É o homicídio culposo (55).

Diferencia-se do homicídio preterintencional na circunstância de representar êste ato voluntário e delituoso, enquanto aquêle forma-se de ato voluntário e inocente, sujeito esporadicamente à sanção punitiva pelo seu efeito mortal.

13 — **Espécies de dolo específico:** A) **Dolo de intenção.** B) — **Dolo de previsão ou eventual.**

A vontade de matar encarna o dolo específico do

51 — *Código Penal*, arts. 15, n. I, e 121.

52 — *Código Penal*, art. 121, §§ 1º e 2º.

53 — *Código Penal*, art. 129, § 3º.

54 — *Código Penal*, art. 15, n. II.

55 — *Código Penal*, art. 121, § 4º.

crime de homicídio, o qual se manifesta sob formas de **dolo de intenção e dolo de previsão**.

A) — **Dolo de intenção.**

O **dolo intencional**, também chamado **dolo direto**, existe “quando o agente quis o resultado”, transformando-se a **vontade em ação ou omissão** causadora do mesmo.

Um tiro proposital no coração de outrem para ocasionar-lhe a morte.

A deliberada falta de cuidados indispensáveis a um ferido com o fim de determinar o seu perecimento.

Divide-se, por sua vez, em:

a) — **dolo determinado ou imediato**; e b) — **dolo indeterminado ou genérico**.

No **dolo determinado ou imediato**, a vontade de matar se dirige a **pessoa certa**.

No **dolo indeterminado ou genérico**, a vontade de matar visa **seja quem fôr**, sem a individualização do imolado.

O disparo sôbre uma multidão para fazer desaparecer um ou alguns dos seus componentes.

B) — **Dolo de previsão ou eventual.**

O **dolo de previsão ou eventual** aparece, quando o autor, com a sua ação ou omissão, assumiu o risco de produzir a morte (56).

Nêle a **vontade de matar** está implícita no procedimento do acusado, consistente em ato lesivo **querido e praticado**, apesar da previsão das suas conseqüências fatais.

Em julgamento relativo ao fato de uma velha de setenta anos de idade não haver falecido em conseqüên-

56 — *Código Penal*, art. 15, I.

cia dos atos de violência dos seus atacantes, “mas de uma queda que levou, quando fugia dos mesmos”, resolveu o Tribunal de São Paulo, em acórdão de 12 de novembro de 1942, responderem os autores pela sua morte, cujo risco de produção haviam assumido (57).

Não se confunde a **vontade de matar** com a **causa de matar**, significando esta a **razão**, o **motivo** da vontade — força que impele o indivíduo a agir — cuja apreciação entra sabidamente na análise do homicídio para aumentar-lhe ou diminuir-lhe a gravidade.

O dolo específico no homicídio não se presume.

A **vontade de matar**, fenômeno interno, deve ser evidenciada pelos atos externos, que a corporificam: a maneira da execução do fato, os motivos do crime, os instrumentos empregados, o número e a direção dos golpes vibrados, a distância entre o ofensor e a vítima, as relações existentes entre os dois, a importância das lesões causadas, a vida pregressa do réu, o seu posterior procedimento e a diagnose da sua personalidade.

Esses dados são obtidos, conforme a sua natureza, através de perícias e testemunhos, quiçá da própria confissão do argüido, em consonância com as demais provas, e constituem, somados, os elementos da convicção, que levam ao juiz a certeza da causalidade psíquica do homicídio, isto é, de haver o delinqüente **querido** a morte ou **assumido** o risco de produzi-la.

14) — Homicídio com êrro sôbre a pessoa.

Na prática, às vêzes se chega a resultado diverso do **querido**: mata-se a indivíduo diferente da vítima,

57 — LEÃO VIEIRA STARLING, *Teoria e prática penal*, Edição Saraiva, São Paulo, 1950, pág. 222.

que se tinha a intenção de eliminar, mercê de erro sobre a sua identidade.

Antônio, pretendendo tirar a vida de Mário, atira em Francisco, tomando-o por aquêle, e consegue o resultado fatal.

“O erro, quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado, não isenta de pena.

Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime” (58).

Se o sujeito ativo do delito, com o intuito de matar a alguém, fá-lo ao seu próprio pai, que por equívoco julgou ser a criatura, cuja extinção ia realizar, responde pelo crime de homicídio, sem entretanto se levar em conta a circunstância agravante de haver sido cometido o crime contra ascendente (59).

Nas legislações que admitem o crime de parricídio, não há, no exemplo, essa entidade e sim a do homicídio simples.

A conclusão indicada tem outrossim inteira propriedade, quando o erro sobre a pessoa da vítima é cometido pelo mandatário do crime (60).

O autor intelectual encarega ao material de matar a certa pessoa.

Se, no cumprimento da sinistra incumbência, é outro o sacrificado, persiste a responsabilidade de quem determinou o delito.

A ordem de matar representa a causa primária de que resultou o erro do encarregado da sua execução.

Comissionando alguém para a efetuação do homi-

58 — Código Penal, art. 17, § 3º.

59 — Código Penal, art. 44, f.

60 — Código Penal, arts. 25 e 45, n. 1.

cídio, o mandante aceita, com antecedência, tôdas as possibilidades de êrro de seu delegado, na observância da emprêsa (61).

“O resultado, de que depende a existência do crime, sòmente é imputável a quem lhe deu a causa.

Considera-se causa a ação ou omissão, SEM A QUAL O RESULTADO NÃO TERIA OCORRIDO” (62).

Por outro lado, “quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas” (63).

Na configuração do homicídio com êrro sôbre a identidade da vítima, ocorre, também, que o fato, além da troca da mesma, acarreta morte ou lesões EM OUTRO INDIVÍDUO.

Alvejando a Prudêncio, com vontade homicida, e matando a Torcápio, na persuasão de ser aquêlê, e também matando ou ferindo a Francisco — que se achava perto do ofendido — comete o agente dois crimes de homicídio, ou um de homicídio e outro de tentativa; o primeiro com dolo direto, e o segundo com dolo eventual, cuja punição se faz na forma do artigo 51, § 1º do Código Penal.

15) — Homicídio com êrro na execução.

Ainda altera o resultado da vontade de matar o êrro na execução do homicídio: por acidente ou êrro de meios, nela empregados, o agente, ao invés de atingir o indivíduo, que pretende ofender, fere pessoa diversa e mata-a.

61 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, n. 1579; M. NYPELS, *Códe Penal Interpreté*, t. II, pág. 255, nota 1ª; ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *com apoio em ALIMENA*, GEYER, WAECHTER, KOHLER e BISCHMEYENS, *liv. cit.*, págs. 169 e 170; LIMA DRUMMOND, *Revista Jurisprudência*, pág. 176; J. J. HAUS, *Principes Généraux de Droit Pénal Belge*, Ernest Thorin, Editeurs, Paris, 1879, t. 1, n. 716.

62 — Código Penal, art. 11.

63 — Código Penal, art. 25, comb. com o 17, § 3º.

É como se o crime tivesse sido praticado contra o ser a que se destinava, cujas condições ou qualidades são as consideradas para os efeitos penais (64).

Alveja-se a Raimundo e o tiro alcança a Manuel, por desacerto de pontaria, matando-o.

Em luta, o agressor vibra contra o desacatado forte golpe de punhal, cuja lâmina penetra no coração de terceiro — que se intromete de improviso — gerando o seu aniquilamento.

Antônio, com intenção de matar, desfecha um tiro sôbre Sinfrônio, supondo que êste era Tício e mata Pedro, que na ocasião passava (65).

Em todos os exemplos, há um único crime de homicídio, dentro da taxinomia do nosso Código Penal (66).

Servem êles para mostrar a nítida diferença entre as figuras do êrro sôbre a pessoa e do êrro na execução, cuja soma prova a autonomia de cada qual.

Surge, então, o concurso formal de dois crimes dolosos de homicídio, ou de um crime doloso de homicídio e outro de tentativa, a cuja repressão se aplica a regra do art. 51, § 3º do Código Penal.

Apesar da sua raridade, conjugam-se no homicídio o êrro sôbre a pessoa e o êrro na execução.

“Esta hipótese se verificou em França, no caso Vera Geló, que, supondo ver em M. Deschamel uma outra pessoa, lhe desfechou um tiro, que atingiu Mlle. Zélemini. O primeiro não foi ferido. A última veio a falecer” (67).

64 — Código Penal, art. 53.

65 — OSCAR DE MACEDO SOARES, Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, pág. 68.

66 — Arts. 53 e 17, § 3º.

67 — ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, v. 1, pág. 172, n. 2; GARÇON, Code Penal, pág. 295, n. 72.

O enquadramento do êrro sôbre a pessoa e do êrro na execução no crime de homicídio justifica-se plenamente.

Provocam êles a destruição de um homem, por meios empregados por outro homem, com a vontade de matar, reunindo, assim, todos os elementos daquela entidade criminal, face ao nexu causal psíquico entre os dois acontecimentos.

Pouco importa que, em ambos os casos, a morte obtida não seja a morte visada.

É crime de homicídio matar alguém, seja êste alguém a pessoa que se pretendia eliminar, seja outra, que sucumbiu no seu lugar, fato a que deu causa o procedimento delituoso do seu autor (68).

A sôlução do nosso Código Penal ao homicídio, com êrro sôbre a pessoa, encontra assento pacífico na doutrina e na legislação dos povos cultos, que vêem nêle um único homicídio doloso.

Já não assim a atribuída pelo mesmo ao homicídio com êrro na execução, sôbre cujo resultado assume o aspecto de um verdadeiro inferno a discrepância de opiniões dos mestres e de diretrizes do direito positivo.

No homicídio com êrro na execução — cuja denominação clássica é desvio de golpe — há apenas, como no êrro sôbre a pessoa, um único crime doloso, representado pelo evento apurado.

Esta teoria possui muitos adeptos e tem igualmente guarida em diversos Códigos Penais (69).

68 — Código Penal, art. 11.

69 — EUGENIO FLORIAN, *Parte Generale del Diritto Penale*, 3ª ed., nº 359c; CARRARA, *Prog., Part. Gen.*, § 262; GARRAUD, *liv. cit.*, n. 1579; PESSINA, *Elementi de Diritto Penale*, v. 2, ns. 6 e 7; EUSEBIO GOMEZ, t. II, ns. 367 e 370; A. CHAVEAU et FAUSTIN HELIE, *liv. cit.*, ns. 1104 e 1228; ANTOINE BLAN-

A culpabilidade deve ser apreciada subjetivamente, tendo em mira a vítima intencional e não a vítima real do autor.

Outra teoria pleiteia a existência de dois crimes na morte de alguém, com êrro na execução: a tentativa dolosa de homicídio da pessoa, que se visava destruir, e o homicídio culposo do indivíduo que pereceu, por haver recebido o efeito da ação delituosa, que lhe não era dirigida.

Ostenta por seu turno numerosos adeptos, logrando os seus preceitos aplicação entre vários povos modernos (70).

Esta disputa refletiu-se intensamente no estudo do Código Penal de 1890 (71), cujo texto não disciplinou a matéria no entender de LIMA DRUMOND (72), haven-

CHE, *Études Pratiques sur le Code Penal*, 2ª. ed., Cosse et Marchal, Editôres, Paris, 1864, t. 4, n. 471; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, pág. 396; ADOLFE PRINS, *liv. cit.*, n. 306; GEORGES VIDAL, *Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire*, 3ª. ed., Arthur Rousseau, Editor, Paris, 1906, n. 148; ENRICO ALTAVILLA, n. 34.

70 — J. J. HAUS, *Principes Généraux de Droit Pénal Belge*, t. 1, n. 331; NYPELS, *Le Code Penal belge interprété*, t. II, pág. 256; E. GARÇON, *Códe Penal Annoté*, pág. 295, n. 69; EMILIO BRUSA, *Saggio de una dottrina generale del reato*, 259, n. 60.

71 — Pela unidade de delito: CONSELHEIRO JOÃO BATISTA PEREIRA, *Revista de Jurisprudência*, vol. VI, pág. 133; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, ns. 211 e 212; JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *Dicionário Penal*, pág. 180; DES. CARLOS XAVIER, *Estatutos Penais*, Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1941.

72 — Pela dualidade de infrações: LIMA DRUMOND, *Revista de Jurisprudência*, v. 1, pág. 164; ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *liv. cit.*, pág. 171; MACEDO SOARES, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, n. 36; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Justificativas Penais*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1936, pág. 146; ESMERALDINO BANDEIRA, *Tratado de Direito Penal Militar*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1925, Parte Geral, pág. 295; ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, n. 73.

A jurisprudência dividia-se entre as duas correntes (VICENTE PIRAGIBE, *Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil*, Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938, vol. I, ns. 4 a 12, 1º Suplemento, ns. 2.844 a 2.846).

do-o feito, com a sua inclusão no artigo 66 § 3º, no ensinamento do CONSELHEIRO JOÃO BATISTA PEREIRA, aliás autor daquele diploma penal (73).

Semelhante controvérsia não possui sentido prático. Os opositores estão todos de acôrdo em que a circunstância êrro na execução, no homicídio, “é prevista e apurada num só e mesmo artigo — Cód. Penal Comentado, art. 66, 3º; C. P. A., art. 53, § 2º” (74).

O Código Penal de 1940 cortou cerce o nó górdio de tão intrincada e sibilina questão.

No homicídio com êrro na execução, há um único crime doloso (75).

“No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do § 1º do art. 51”.

Então eclodem do fato dois crimes dolosos, a cuja prática se inflige a pena do mais severamente reprimido (76).

16) — A prova da morte.

A punição do homicídio reclama certeza física e indubitável da sua existência, a qual se obtém mediante “o exame de corpo de delito direto ou indireto, NÃO

73 — *Revista de Jurisprudência*, vol. VI, pág. 133.

74 — ESMERALDINO BANDEIRA, *liv. cit.*, pág. 296.

75 — *Código Penal*, art. 53.

76 — NICO GUNSZBURG, *La trajectoire du crime*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1941, pág. 98; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 2º vol., pág. 218; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, pág. 113; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 239; DESEMBARGADOR CARLOS XAVIER, *liv. cit.*, pág. 146; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 73; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 87; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 19, pág. 437.

PODENDO SUPRI-LO A CONFISSÃO DO ACUSADO” (77).

O corpo de delito **direto** forma-se com a autópsia, deixando o crime **vestígios** (78).

O corpo de delito **indireto**, por meio da “**prova testemunhal**, não sendo possível o exame do corpo de delito por haverem desaparecido os vestígios” (79).

Pratica-se a **necropsia**, no encontro total do cadáver ou de despojos capazes de permitirem aos peritos a afirmação da morte e da sua causa (80).

Na obtenção de **peças** ou de **partes** dos defuntos — que não dêem lugar a sua recomposição anatômica — o corpo de delito é o indireto, através da prova testemunhal, devendo também ser levantadas perícias dos restos mortais achados (81), como elementos subsidiários de convicção.

O estrago e a mutilação da vítima, sejam quais forem o seu grau, podem ser naturais, ou ocasionais — abutres e feras — ou propositais, engenho do criminoso para ocultar o seu malefício, pelo emprêgo do retalhamento, de ácidos, do fogo, da incineração, etc., como vem se tornando comum.

O corpo de delito — dá-lo o nome — é a materialidade da infração. No homicídio é a **morte**.

O corpo de delito **direto** ou **indireto** é a reprodução escrita ou verbal do aniquilamento de uma vida humana.

Escrita, em laudo, pelos peritos, em virtude da inspeção do cadáver (82).

77 — Código de Processo Penal, art. 158.

78 — Código de Processo Penal, arts. 158, 162 e § único.

79 — Código de Processo Penal, art. 167.

80 — Código de Processo Penal, art. 162 e § único.

81 — Código de Processo Penal, art. 158.

82 — Código de Processo Penal, art. 162 e § único.

Verbal, pelo depoimento das testemunhas sôbre a sua ocorrência (83).

Tanto um, como o outro — bases do processo — não encerram probabilidades, excluem em absoluto qualquer possibilidade contrária e traduzem uma verdade inconcussa e incontestável — a morte de alguém — isenta da mínima desconfiança.

Consubstancia a prova genérica do homicídio a verificação da realização do fato delituoso.

Sòmente depois da sua consecução se cogita da prova específica da sua prática, para a fixação do delinqüente.

A justiça deve ser cautelosa e cercar de cuidados a sua investigação, de modo a tornar realidade formal, no processo, a destruição de uma vida humana.

Sem a certeza da morte da vítima, pelo corpo de delito, não é lícita a pronúncia e muito menos a condenação do acusado (84).

Em 1817, na Itália, BUCCHERI, serviçal de MANGIAMELI, desapareceu.

Pela sua morte, aceita com base em testemunhos, foi condenado o seu patrão, que pereceu no cárcere, revoltado com o veredicto.

Decorridos anos, BUCCHERI reapareceu, ressuscitou (85).

No proposital incêndio de uma casa para matar o seu habitante, reduzida a cinzas a pessoa, torna-se impraticável o corpo de delito direto.

No pó dos escombros, o aparelho punitivo deve procurar resíduos, sinais do ser humano sacrificado.

83 — Código de Processo Penal, art. 167.

84 — Código de Processo Penal, arts. 158, 162, 167, 408 e 409.

85 — FRANCESCO CARRARA, *liv. cit.*, § 1088, nota 4.

Os vizinhos informarão a ouvida dos gritos lancinantes da criatura devorada pela fúria das chamas e a impossibilidade total da sua salvação — o que constituirá o corpo de delito indireto.

Ivair Nogueira Itagiba narra um feito de sua judicatura, em Macaé, no Estado do Rio:

O criminoso, após a morte do alemão Francisco von der Lyem, por tiro de espingarda no crânio, “usando de inflamável incendiou o corpo da vítima.

As cinzas não foram examinadas para firmar a diagnose.

Ainda não se podia obter a prova biológica mediante o sôro-precipitação de ULENHUT.

A identificação se fêz por um conjunto de provas, aliadas à confissão e circunstâncias inequívocas, entre as quais um osso inferior-posterior do crânio e uma das tíbias do assassinado, que o fogo não destruiu” (86).

No lançamento de alguém ao seio do mar ou à corrente de um rio, não bastam os testemunhos dessa cena material, os quais se devem estender ao perecimento do afogado.

Ganhou foros de clássico o caso referido pelo antigo autor ROSA: dois marítimos de Chiaja foram condenados PELA CONFISSÃO de afogamento de dois moços, os quais, entretanto, tinham-se salvo das insídias do oceano e viviam muito bem, em Roma (87).

Havendo dúvida sôbre a identidade do cadáver, procede-se ao seu reconhecimento (88).

86 — *Do Homicídio, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945, n. 33, nota 23.*

87 — FRANCESCO CARRARA, *liv. cit.*, § 1088, nota 5.

88 — *Código de Processo Penal, art. 166.*

**HOMICÍDIO
DOLOSO**

HOMICÍDIO DOLOSO

Código Criminal de 1830:

Art. 192 — Matar alguém com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas no art. 16, ns. 2, 7, 10, 12, 13, 14 e 17:

Penas de morte, no grau máximo, galés perpétuas no médio, e de prisão com trabalho por vinte anos no mínimo.

Art. 193 — Se o homicídio não tiver sido revestido das referidas circunstâncias agravantes:

Penas — de galés perpétuas no grau máximo, de prisão com trabalho por doze anos no médio, e por seis no mínimo.

Código Penal de 1890:

Art. 294 — Matar alguém:

§ 1º — Se o crime fôr perpetrado com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas nos §§ 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 16º 17º, 18º e 19º do art. 39 e § 2º do art. 41:

Pena — de prisão celular por 12 a 30 anos.

§2º — Se o homicídio não tiver sido agravado pelas referidas circunstâncias:

Pena — de prisão celular por seis a 24 anos.

Código Penal de 1940:

Art. 121 — Matar alguém:

Pena — Reclusão de seis a vinte anos.

§ 1º — Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

§ 2º — Se o homicídio é cometido:

I — mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II — por motivo fútil;

III — com emprêgo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV — à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V — para assegurar a execução, a impunidade, ou vantagem de outro crime;

Pena: reclusão, de doze a trinta anos.

Exposição de Motivos:

Dos crimes contra a vida.

38 — O projeto mantém a diferença entre uma forma simples e uma forma qualificada de “homicídio”. As circunstâncias qualificativas estão enumeradas no § 2º do art. 121. Umam dizem com a intensidade do dolo, outras com o modo da ação ou com a natureza dos meios empregados. Mas tôdas são especialmente destacadas pelo seu valor sintomático: são circunstâncias reveladoras de maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente. Em primeiro lugar vem o motivo torpe (isto é, o motivo que suscita a aversão ou repugnância geral, v. g.: a cupidez, a luxúria, o despeito da imoralidade contrariada, o prazer do mal, etc.), ou fútil (isto é, que, pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime). Vem a seguir o “emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso (isto é, dissimulado na sua eficiência maléfica) ou cruel (isto é, que aumenta inútilmente o sofrimento da vítima, ora revela uma brutalidade fora do comum, ora em contraste com o mais elementar sentimento de piedade) ou de que possa resultar perigo comum. Deve notar-se que, para a inclusão do motivo fútil e emprego de meio cruel entre as agravantes que qualificam o homicídio, há mesmo uma razão de ordem constitucional, pois o único crime comum contra o qual a nossa vigente Carta Política permite que a sanção penal possa ir até a pena de morte, é o homicídio cometido por motivo fútil e com extrema perversidade (art. 122, n. 13, letra j). São também qualificativas do homicídio as agravantes que traduzem um modo insidioso da ati-

vidade executiva do crime (não se confundindo, portanto, com o emprêgo de meio insídioso), impossibilitando ou dificultando a defesa da vítima (como a traição, a emboscada, a dissimulação, etc.). Finalmente, qualifica o homicídio a circunstância de ter sido cometido “para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime”. É claro que esta qualificação não diz com os casos em que o homicídio é elemento de crime complexo (nos exemplos) : arts. 157, § 3º, no fim, e 159, § 3º. Pois, em tais casos, a pena, quando não mais grave, é, pelo menos, igual à do homicídio qualificado.

HOMICÍDIO DOLOSO

1) — Homicídio doloso: A) — Simples. B) — Privilegiado. C) — Qualificado. 2) — Paga ou promessa de recompensa. 3) — Motivo torpe. 4) — Motivo fútil. 5) — Emprêgo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum: A) — Veneno. B) — Fogo. C) — Explosivo. D) — Asfixia. Asfixias homicidas: I) — Enforcamento. II) — Estrangulamento. III) — Esganadura. IV) — Submersão ou afogamento. V) — Sufocação: a) — oclusão direta das narinas e da bôca; b) — oclusão da laringe e da faringe; c) — compressão torácica; d) — confinamento em espaço fechado; e) — soterramento. E) — Tortura ou outro meio insidioso ou cruel. F) — Ou de que possa resultar perigo comum. 6) — À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido: A) — À traição. B) — De emboscada. C) — Ou mediante dissimulação. D) — Ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. 7) — Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: A) — A execução. B) — A ocultação. C) — A impunidade. D) — A vantagem. 8) — Tentativa.

1) — **Homicídio doloso:** A) — **Simples.** B) — **Privilegiado.** C) — **Qualificado.**

Matar alguém, deliberadamente, ou assumindo o risco de fazê-lo, eis o homicídio doloso (1).

Três são as suas modalidades: a) — simples; b) — privilegiado; c) — qualificado.

A) — **Simples.**

Denomina-se homicídio doloso simples, sujeito à pena de seis a vinte anos de reclusão, a morte de uma pessoa física, sem o concurso de qualquer das circunstâncias legalmente qualificadoras do delito (2).

Pode ser acompanhado de parte ou do conjunto das circunstâncias atenuantes, compreendidas no art. 48, ns. I a IV, e letras b, c, primeira parte, d e e, bem como de uma, algumas ou tôdas as circunstâncias agravantes comuns, “que não constituem nem qualificam o crime”, enfeixadas no artigo 44, ns. I, II, c, f, g, h, i, j, k e 45, ns. I a IV, do Código Penal.

A quantidade da pena a aplicar-se fica a cargo do juiz, instrumento da sua individualização, de acôrdo com a preponderância das circunstâncias atenuantes ou agravantes e “atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo, aos motivos e às conseqüências do crime” (3).

São elementos do homicídio doloso simples: a) — uma existência humana; b) — a sua destruição por ação ou omissão de um semelhante penalmente responsável; c) — dolo específico — a vontade de matar.

1 — Código Penal, arts. 15, n. I, e 121 e §§ 1º e 2º.

2 — Código Penal, art. 121.

3 — Código Penal, art. 42, n. II.

B) — Privilegiado.

“Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral (4), ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, (5) o juiz pode reduzir a pena de um terço a um sexto” (6).

O homicídio privilegiado será objeto de um capítulo especial dêste livro.

C) — Qualificado.

O homicídio doloso qualificado, cuja pena é de doze a trinta anos de reclusão, é o cometido: I) — mediante paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe; II) — por motivo fútil; III) — com emprêgo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV) — à traição, de emboscada, ou mediante simulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V) — para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (7).

Ditas circunstâncias são agravantes comuns nos crimes em geral (8).

No homicídio, porém, perdem êsse caráter e assumem o de circunstâncias qualificativas — qualquer que seja o número delas no fato — para tipificar o **homicídio qualificado** (9), de cuja figura são partes componentes.

4 — A atenuante do art. 48, IV, letras a e c, segunda parte, do Código Penal.

5 — A atenuante do art. 48, IV, letras a e c, segunda parte, do Código Penal.

6 — Código Penal, art. 121 § 1º.

7 — Código Penal, art. 121, § 2º.

8 — Código Penal, art. 44, n. II, letras a, b, d, e k e art. 45, IV.

9 — Código Penal, art. 121, § 2º, ns. I a IV.

São elementos da entidade criminal: a) — uma existência humana; b) — a sua destruição por ação ou omissão de um semelhante penalmente responsável; c) — a vontade de matar; d) — tantas circunstâncias **qualificativas** quantas as que acompanham o evento (10).

O homicídio doloso **qualificado** admite a incidência grupal ou fracionada das atenuantes gerais do art. 48 do Código Penal, menos a do cometimento do crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob a influência de violenta emoção por ato injusto da vítima, cuja presença ocasiona a figura especial do homicídio privilegiado (11).

Também permite o concurso das circunstâncias agravantes comuns (12), salvo as do artigo 45, ns. I a III, do Código Penal, se o homicídio é cometido por paga ou promessa de pagamento.

Do jôgo das circunstâncias atenuantes e agravantes comuns depende a imposição judicial da pena (13).

O homicídio **qualificado** importa em maior gravidade e, nessas condições, inspira sérios receios a temibilidade do seu agente, justificando-se, assim, a sua mais severa punição.

Esmiuçemos as qualificativas de per si, também chamadas **elementares**.

2) — Paga ou promessa de recompensa.

Delas a primeira é a paga ou promessa de recompensa.

10 — Código Penal, art. 121, § 2º, ns. I a IV.

11 — Código Penal, art. 121, § 1º.

12 — Código Penal, arts. 44 e 45.

13 — Código Penal, art. 42.

Encerra o mesmo preceito do artigo 39, § 1º do Código Penal de 1890 — “**ter o delinqüente cometido o crime por paga ou promessa de recompensa**” (14)— que, por seu turno, se inspirava no texto, aliás, melhor, do artigo 16, § 11 do Código Criminal do Império — “**ter o delinqüente cometido o crime por paga ou esperança de alguma recompensa**” (15).

Abrange o assassinio, no sentido clássico, também chamado homicídio **condutício** ou **mercenário** — a morte de alguém cometida por **ordem** e **conta de outrem**.

Contém forma típica de berrante perigo social, indicativo de alta periculosidade dos seus sujeitos ativos, tanto do intelectual, que arma o punho alheio para destruir a vida de outrem, ficando à socapa, livre da imputação do fato, como do material, que se presta ao vergonhoso papel de vil instrumento de liquidação de indivíduo, comumente seu desconhecido, contra quem nada tem a alegar.

De ordinário, o último é o **sicário**, o **bandido**, o **mata-dor profissional**, estranho e anômalo meio de existência, denunciador das suas anomalias psíquicas, comumente exacerbadas pelo ambiente, em que se agita, ou da completa ausência de senso moral, guindando-o à categoria científica do criminoso nato.

A qualificativa importa num cínico pacto escrito ou verbal, entre o mandante e o mandatário para a prática do homicídio: previamente fixada ou deixada ao critério daquele, a oferta do primeiro — com a individuação

14 — *A circunstância em aprêço era também elementar do homicídio qualificado, nos arts. 192 do Código do Império e 294, § 1º do Código Penal de 1890.*

15 — *A circunstância em aprêço era também elementar do homicídio qualificado, nos arts. 192 do Código do Império e 294, § 1º do Código Penal de 1890.*

do sacrificado e o PREÇO DO SANGUE — é aceita pelo segundo.

Firmado o ignóbil contrato, a sua execução confere ao último o prêmio da sua miséria.

O preço do sangue, — que o representa, — denomina-se **paga** ou **promessa de recompensa**, conforme a sua entrega ao beneficiário, antes ou depois do delito.

Na derradeira hipótese, o seu descumprimento, da parte do mandante, em nada prejudica a infame transação, cuja criminalidade subsiste íntegra.

Basta haja sido êste o motivo por que agiu o mandatário.

O preço do sangue — a **paga** ou **promessa de recompensa** — pode consistir em dinheiro, em bens, em vantagens econômicas ou efeitos patrimoniais, assim como em utilidades de qualquer natureza, e ainda na satisfação de desejos, de posições e de quaisquer prazeres.

“Tudo quanto possa ser objeto de paga ou promessa está compreendido na letra do dispositivo”: moeda corrente, bens móveis e imóveis, jóias, animais, perdão de dívida, nomeação para cargo público, promoção em emprêgo, aquisição de direito imobiliário, “a promessa de futuro casamento com a própria pessoa instigadora do crime ou com terceiro”; a entrega sexual de uma mulher a um seu apaixonado para a eliminação de indivíduo que odeia.

Enquadra-se no preço do sangue qualquer retribuição, mesmo sem valor patrimonial, representativa da contraprestação, a que corresponde a prestação da atividade criminosa.

A qualificativa colhe também nas suas malhas o agente intelectual, o mandante do homicídio (16).

Quem paga ou promete recompensa a outrem para matar a um homem responde, na qualidade de autor psíquico e da mesma forma que o agente material, pelo crime de homicídio qualificado.

A paga ou promessa de recompensa é uma circunstância, de caráter pessoal, ELEMENTAR do crime de homicídio qualificado (17) e, portanto, comunicável a todos que participam do seu cometimento (18).

3) — Motivo torpe.

A segunda parte do artigo 121, § 2º, n. I, do nosso Código Penal qualifica o homicídio, se efetuado “POR OUTRO MOTIVO TORPE”, que não a “paga ou promessa de recompensa”.

O “outro motivo torpe” do inciso legal apreciado, do Código Penal em vigor, tem a mesma significação do “motivo reprovado”, agravante ordinária dos arts. 16, n. 4, do Código Criminal do Império e 39, § 4º, do Código Penal de 1890, a qual entrava, entretanto, como fator substancial, na qualificação do homicídio nos dois referidos diplomas legais.

Motivo torpe (ou reprovado) é a volição, de natureza egoística ou antisocial, tradutora de sentimentos mesquinhos, baixos e vis, em choque frontal com as regras básicas da coexistência humana, vasadas no direito, na moral e na religião: circunstância reveladora

16 — PEDRO VERGARA, *Das circunstâncias agravantes*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1948, ns. 277 e 278.

17 — Código Penal, art. 121, § 2º, n. I.

18 — Código Penal, art. 26; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1949, vol. I, n. 121; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 89.

do extraordinário grau de perversidade do agente, constitui-a “o motivo que suscita a aversão ou repugnância geral” (19). São suas matrizes a vingança, a cupidez, a atrocidade, o ódio, a luxúria, a vaidade criminal, a inveja, o despeito da imoralidade contrariada, a volúpia do mal e outros muitos impulsos anômalos dos nossos instintos sanguinários, egressos das profundezas do nosso eu, em momentos malsãos, levando-nos ao excídio do nosso semelhante.

“Humilhado por Átala, soldado de Felipe da Macedônia, o adolescente Pausanias procurou insistentemente o tirano, pedindo-lhe vingança. Felipe, como resposta, elevou Átala ao generalato. Certo dia, em uma data de festa, quando se encaminhava para o teatro, entre os dois Alexandres, filho e genro, ao passar por um lugar escuro e estreito, é o grande macedônio apunhalado nas costas pelo pequeno inimigo que conquistara . . .” (20).

Outro exemplo:

“E qual foi o crime dêle ?

— Matou uma negra com ciúme dela, pegou vinte e dois anos.

— Pro mode a negra ?

— Foi uma coisa horrível, abriu os peitos da desgraçada a machado.” (21).

Mais uma amostra:

— “Já ouviram falar em “caxixe” ?

Diz que é um negócio de doutor que toma a terra dos outros . . .

19 — FRANCISCO DE CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 38.

20 — HUMBERTO DE CAMPOS, *Da Seara de Booz*, W. M. Jackson, Inc. Editôres, São Paulo, 1954, XIV.

21 — RACHEL DE QUEIROZ, *Três Romances*, Liv. José Olímpio Editôra, Rio de Janeiro, 1948, pág. 141.

— Vem um advogado com um coronel, faz caxixe, a gente nem sabe aonde vai parar os pés de cacau que a gente plantou

.....
Diz que a lua quando tá assim côm de sangue que é desgraça na estrada nessa noite. Tava assim quando mataram Joaquim. Não tinha por que, mataram só de malvadez.

— Por que mataram êle? perguntou a mulher.

— O coronel Horácio fêz um caxixe mais dr. Rui, tomaram a roça que nós havia plantado ... Que a terra era dêle, que Joaquim não era dono. Veio com os jagunços mais uma certidão do cartório. Botou a gente pra fora, ficaram até com o cacau que já tava secando, prontinho pra vender. Joaquim era bom no trabalho, não tinha mesmo mêdo do pesado. Ficou acabado com a tomada da roça, deu de beber.

E uma vez, já bebido, disse que ia se vingar, ia liquidar com o coronel. Tava um cabra do coronel por perto, ouviu, foi contar. Mandaram tocaiar Joaquim, mataram êle na outra noite, quando vinha pra Ferradas ...” (22).

4) — Motivo fútil.

A elementar do **motivo fútil**, no homicídio, tem como substrato a carência de fundamento para a sua efetuação: “pela sua mínima importância não é causa suficiente para o crime” (23), não fornece “ao fato praticado pelo delinqüente uma explicação razoável” e mostra a sua frieza de ânimo.

22 — JORGE AMADO, *Terras do Sem Fim*, Livraria Martins Editôra S. A., São Paulo, 7ª ed., pág. 29.

23 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 38.

O motivo fútil do nosso último Estatuto Penal agrava a pena dos crimes em geral (24) e funciona também como parte integrante do homicídio qualificado (25).

A expressão motivo fútil veio do art. 122, n. 12, alínea f da Carta Política de 10 de novembro de 1937 — em cujo regime foi decretado o Código Penal de 1940 — que instituiu a pena de morte para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Eis quatro casos típicos, tirados da nossa literatura.

O primeiro:

— “É você, Santa”?

— É... Que foi isso, João?

— Desgraça, Santa...

— Desgraça, não, João, cachaça!... Foi a cachaça que te perdeu!

E eu, no comêço, não queria brigar... Foi êle que pegou no diabo da inticage... Até pisou no meu pé...” (26).

O segundo:

“João Miguel ousou indagar:

— E o senhor, quantos pegou?

— Oito...

— Por causa de que?

— Besteira... Duas furadas de faca, mode um negócio de roçado... (27).

O terceiro:

“E João, viu João?

— Depois da peleja do seu lenço, não o vi mais.

24 — Código Penal, art. 44, II, a.

25 — Código Penal, art. 121, § 2º, II.

26 — RACHEL DE QUEIROZ, *liv. cit.*, págs. 129 e 130.

27 — RACHEL DE QUEIROZ, *liv. cit.*, pág. 141.

Também obrigou "seu" Lulu a pagar bom preço por êle... Sabe quanto deu?

Como a interlocutora não respondera, a velha prosseguiu:

— Dinheiro como terra... Trezentos e vinte mil réis

Um estampido de tiro reboou no silêncio da noite lá para as bandas de cima, no caminho da Boa Vista.

.....
O criminoso já êle sabia quem era, todos o apontavam. Devia ser o João. A cena da véspera, no leilão, magoado o amor próprio do homem rude, irritado o ciúme de marido suspeito, com a vitória do outro que publicara, assim, diante do povo, o aprêço que dava a uma prenda de Maria...

Águas passadas, que tão pouco movem a malquerença... Ódio de rivais que também não cansa. Não havia a menor dúvida..." (28).

O último:

— "Tu já viu falar em tocaia?

— Já, sim — gritou outro homem — Diz que um fica esperando o outro atrás de um pau para atirar no desinfeliz.

— Pois olhe. Tem homem de alma tão danada que se posta na tocaia e aposta dez mil réis mais o amigo pra ver de que lado o finado vai cair. E o primeiro que vem na estrada recebe chumbo, que é pra aposta se decidir. Tu já ouviu falar disso?" (29).

As elementares do motivo torpe e do motivo fútil,

28 — AFRANIO PEIXOTO, *Maria Bonita*, W. M. Jackson, Inc. Editôres, Rio de Janeiro, 1947, págs. 332, 333, 336 e 340.

29 — JORGE AMADO, *Terras do Sem Fim*, pág. 32.

no homicídio, de natureza eminentemente subjetiva, merecem ser vistas com um critério individualizador, isto é, tendo em conta a pessoa do delinqüente, a sua educação e o meio em que vive.

Há um divórcio frisante — caracterizado pela nossa literatura, dando forma escrita à realidade dos fatos — entre a moral, perfilhada pelo nosso Código Punitivo, regra de conduta para civilizados, e o conceito popular de honra, brio e dignidade, cuja ofensa clama vingança, dominante nas populações incultas, fanáticas, semibárbaras do interior do País.

5) — Emprêgo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (30).

As elementares carregam circunstâncias subjetivas, vasadas nos meios da execução: indicam maior atrocidade do delinqüente e estabelecem perigos e so-

30 — *Código Criminal do Império do Brasil:*

“Art. 16 — São agravantes:

.....
2º — *Ter o delinqüente cometido o crime com veneno, incêndio ou inundação”.*

Servia de elemento no homicídio qualificado (art. 192).

Código Penal da República:

“Art. 39 — São circunstâncias agravantes:

§ 3º — *Ter o delinqüente cometido o crime por meio de veneno, substâncias anestésicas, incêndio, asfixia ou inundação”.*

Parte integrante e essencial, por sua vez, do homicídio qualificado (art. 294, § 1º).

Código Penal de 1940:

“Art. 44 — São circunstâncias, que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

.....
II — *Ter o agente cometido o crime:*

.....
e) *com emprêgo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”.*
Integra o corpo do homicídio qualificado (art. 121, § 2º).

frimentos de mais vulto para a vítima, que raramente pode escapar ao seu poder de destruição, ainda extensível a terceiro em algumas delas.

A) — Veneno.

Eis termo de difícil sentido, variando as opiniões no seu conceito.

A mesma matéria assume a forma de alimento, medicamento e veneno, conforme as doses e circunstâncias do seu fornecimento ao corpo humano.

“Por exemplo, o álcool, que em pequena dose é reputado alimento respiratório (como se dizia na antiga fisiologia), em dose mais elevada é um medicamento excitante difusivo, e, além de certos limites, torna-se veneno estupefaciente. A mesma substância é, pois, um alimento enquanto concorre para a nutrição e a vida, um medicamento quando cura, ou modifica favoravelmente a marcha e a terminação das moléstias, e um veneno quando produz desordens graves na economia e a morte” (31).

Contornam-se tais dificuldades, dizendo-o “tôda substância dotada de propriedades perigosas para a vida (32).

Segundo Sousa Lima, cuja palavra solve muitas questões a respeito, entende-se como veneno “tôda substância estranha à categoria dos agentes vulnerantes e patogênicos, que, introduzida ou aplicada de qualquer modo ao corpo humano em certa quantidade, relativamente grande, produz mais ou menos rapidamente acidentes graves na economia, que podem ter-

31 — SOUZA LIMA, *Toxicologia*, apud Hélio Gomes, *liv. cit.*, pág. 579.

32 — P. BROUARDEL, *Les empoisonnements criminels et accidentels*, Librairie J. B. Baillière et Fils., Paris, 1902, pág. 8.

minar pela morte, ou deixar defeitos permanentes e irremediáveis" (33).

Não se incluem, assim, na sua categoria o vidro moído, de ação meramente mecânica, as toxinas e os germes desencadeadores de processos de infecção, geralmente de efeitos mortíferos (34).

Figuram no seu rol as peçonhas de cobras, lagartos e outros animais, bem como as leucomainas, formadas nos órgãos, durante os estados patológicos, e as ptomainas, oriundas da putrefação orgânica, sendo que as duas últimas não são utilizadas na prática do crime, devendo ser distinguidas das suas congêneres, se encontradas em necropsias (35).

A classificação dos venenos, a marcha deletéria dos seus efeitos mortíferos e a sua verificação judiciária incidem na seara da medicina legal.

O homicídio cometido com meio de veneno forma, entre muitos povos, a figura particular do venefício, sistema a que fugiu a nossa lei punitiva.

O emprêgo de veneno, como veículo do aniquilamento da vida humana, ocupa, através da história da civilização, lugar de destaque na conquista do poder, nas lutas do coração e nos desvios da sagrada fome de ouro.

Ostentando as marcas da insídia, da falsidade, da dissimulação, da perfídia, da hipocrisia e da traição, o uso do veneno, sempre, à socapa e às escondidas, ofere-

33 — PROFESSOR HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 759.

34 — FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, vol. I, pág. 378; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, pág. 146.

35 — PROFESSOR HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 760; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, pág. 378; R. GARRAUD, *liv. cit.*, vol. 4, n. 1638; LEGRAND DU SAULLE, *Traité de Médecine Légale*, ADRIEN DELALAYE et ÉMILE LECROSNIER, Editeurs, Paris, 1886. pág. 1168.

ce danos enormes às pessoas, a que é destinado, e exterioriza a formidável temibilidade do agente, que dêle se serve para os seus vis intentos.

Por isso dá lugar ao homicídio qualificado, como seu fator essencial, com a pena de doze a trinta anos de reclusão.

Outrora a ministration do veneno, para causar a morte, teve longa disseminação: difficil era a descoberta do meio empregado para o crime, de fácil impunidade, devido ao atraso da química official.

O contrário ocorre, nos dias de hoje.

Rareiam os envenenamentos, cuja descoberta e consequente repressão encontram-se garantidas pelos progressos extraordinários da toxicologia, verdadeira ciência à parte, distinta da medicina legal.

Registram-se, em todos os tempos, homicídios por envenenamento, encontrando-se até o profissionalismo em tão execrada actividade.

Hèlene Jegado cometeu 47 envenenamentos ou tentativas de envenenamentos e a mulher Van der Lynden, de Liège, atentou por êsse meio contra 102 pessoas (36).

B) — Fogo.

As lesões corporais produzidas pela energia física do calor tomam o nome técnico de **queimaduras**, que se dividem em graus, conforme a sua gravidade, podendo ser a causa de homicídio qualificado, quando intencionalmente usadas para êsse fim.

As **queimaduras** provêm de diversos agentes térmicos, inclusive o **fogo**, cuja atuação vulnerativa se processa, no exterior do organismo e nas mucosas, através da

chama — “porção de luz resultante da combustão dos gases produzidos por matérias incendiadas” (37).

O emprêgo proposital para a morte de alguém revela, de sobejo, a repulsividade da alma do seu autor.

Não é comum .

É direto, mercê do ateamento do fogo às vestes da vítima, de ordinário previamente ensopadas de um inflamável.

Em Spandau, em 1877, uma senhora matou o marido, lançando fogo ao leito, em que dormia, embriagado.

Esposos têm assassinado as suas mulheres, atirando sobre elas lâmpadas acesas de petróleo, que incendiavam as suas vestes e carbonizam os seus corpos (38).

É indireto, — quando se provoca incêndio, como meio da obtenção do excídio humano pretendido, ou se atira, com o mesmo intuito, a pessoa visada a ambiente de combustão, para a incinerar.

Tal será o ato crudelíssimo de pôr uma criatura, para a imolar, dentro de um forno aceso (39) ou de fazer arder casa, em cujo interior se encontra o inimigo, em circunstâncias críticas, o qual se pretende aniquilar, uma vez satisfeito o sinistro desígnio (40).

O último exemplo logra documentação, em passagem de EUCLIDES DA CUNHA, narrando as lutas entre Maciéis e Araújos no Ceará:

“ . . . Morto o cabecilha, os agressores recuaram por

37 — LEGRAND DU SAULLE, *liv. cit.*, pág. 439; L. THOINOT, *Précis de Médecine Légale, Otave Doinet et Fils Editeurs, Paris, 1913, t. 1º, pág. 499*; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 670; FLAMÍNIO FAVERO *liv. cit.*, 1º vol., págs. 323 e segs.; AFRÂNIO PELXOTO, *Elementos de Medicina Legal, Francisco Alves & Cia., Rio de Janeiro, 1914, pág. 279.*

38 — L. THOINOT, *ibidem.*

39 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 142.

40 — IVAIR NOGUEIRA YTAGIBA, *liv. cit.*, pág. 150.

momento, o suficiente para que o assaltado trancasse rapidamente a porta.

Isso feito, o casebre fêz-se um reduto. Pelas frinchas das paredes estourava de minuto em minuto um tiro de espingarda. Os bandidos não ousavam investi-lo; mas foram de cobardia feroz.

Atearam fogo à cobertura de fôlhas" (41).

A elementar do fogo no homicídio atesta uma melhoria do nosso diploma de 1940.

Nos dois outros, qualificava o homicídio tão somente o cometimento do crime por meio de **incêndio** (42), termo de acepção mais restrita de que **fogo**, visto como o primeiro traduz a excitação de fogo, que acarrete perigo comum, não se compreendendo o seu uso fora dessa hipótese.

Hoje em dia, se do **incêndio** resulta morte, não procurada propositalmente, o crime é o do artigo 258 do Código Penal e não de homicídio qualificado.

De vital importância a necropsia no homicídio realizado com o emprêgo de fogo, não só para precisar a causa da morte, senão também para distinguir se as queimaduras são anteriores ou posteriores à mesma.

Erige-se, às vêzes, em questão cruciante, saber-se se de fato houve morte de alguém por fogo ou unicamente a cremação do cadáver, para cujo esclarecimento dispõe a medicina legal de largos recursos.

C) — Explosivo.

Esta elementar é criação do nosso Código Penal de

41 — *Os Sertões*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1954, págs. 137 e 138.

42 — Código de 1830, art. 192, comb. com art. 16, n. 2; Código de 1890, art. 294, § 1º, comb. com art. 39, parágrafo 3º.

1940, estereotipando meio cruel da prática do delito, definidor de muita maldade, da parte do agente.

Provocada a explosão, sem o desígnio específico de matar alguém, — e dela advindo o perecimento de qualquer pessoa, — está-se em frente da forma qualificada do delito de explosão (43) e não do crime de homicídio qualificado (44).

Explosivo é a substância inflamável, que possa produzir explosão.

Explosão é “a rutura de recipientes, contendo vapores ou gases comprimidos, e a transformação química brusca de substâncias com a produção de um volume gasoso considerável, em espaço incapaz de o conter sob a pressão atmosférica, quer êsse espaço esteja verdadeiramente isolado, quer se encontre apenas fechado, como um quarto, uma adega, etc.” (45).

As explosões, via de regra accidentais, são comumente produzidas pelas: a) — substâncias gasosas ou por vapores: gás de iluminação, grísio acetileno, gases mefíticos (fossas de privadas, poços), vapores de petróleo (gasolina e outros derivados, de álcool, éter, etc.); b) — máquinas a vapor ou recipientes de gás comprimido; c) — substâncias pulverulentas, como as poeiras de carvão, as farinhas dos moinhos, etc.; d) — substâncias explosivas, pròpriamente ditas, como pólvoras, dinamites, o fulminato de mercúrio e o picrato de potássio.

Sòmente algumas das substâncias explosivas, pròpriamente ditas — pólvora cloratada, fulminato de

43 — *Código Penal*, arts. 251 e 258.

44 — *Código Penal*, art. 121, § 2º, III.

45 — P. BROUARDEL, *Les Explosifs et Les Explosions au point de vue médico-Légal*, Librairie J. B. Baillièrre et Fils, Paris, 1897, pág. 3.

mercúrio e dinamites — são empregadas para a consecução de fins criminosos e em particular do homicídio, através de **engenhos ou máquinas infernais**, de formas as mais variadas, próprias para a execução de atentados contra a vida, principalmente de natureza política.

No seu número se destaca a **bomba de dinamite**, da preferência dos anarquistas.

Tais explosões ocasionam lesões características, provindas do arremêso contra o corpo de objetos próximos, paredes, móveis, etc., e do lançamento do mesmo contra obstáculos físicos presentes ao meio em que se desencadeiam. Singularizam-se por enormes estragos orgânicos, arrancamento de membros, decapitação, abertura das cavidades torácica e abdominal, destruição de vísceras, feridas, fraturas, queimaduras profundas, mutilações, despedaçamento das carnes, etc. (46).

O atentado contra o Imperador III, a 14 de janeiro de 1858, em Paris, foi cometido com pequenas bombas de fulminato de mercúrio, com a feição de ovos de avestruz.

D) — **Asfixia** — Asfixias homicidas: I) — Enforcamento. II) Estrangulamento. III) — Esganadura. IV) — Submersão ou afogamento. V) — Sufocação: a) — oclusão direta das narinas e da bôca; b) — oclusão da laringe e da faringe; c) — compressão torácica; d) — confinamento em espaço fechado; e) — soterramento.

O Código Criminal do Império não se ocupava da elementar da asfixia, que não era sequer agravante comum.

Incluía-a o Código de 1890 entre as circunstâncias constitutivas do homicídio qualificado.

46 — L. THOINOT, *liv. cit.*, págs. 522 e segs.; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, págs. 666 e segs.; AFRÂNIO PEIXOTO, *liv. cit.*, págs. 328 e segs.

A vida é o duplo fenômeno da respiração: aspiração do oxigênio e expiração do gás carbônico.

Asfixia é a supressão da respiração, termo normal da existência humana. A asfixia é causa natural da morte.

É outrossim meio de matar, acarretando o seu emprêgo surpresa ou superioridade física do agressor sobre o ofendido, e traduzindo forte impulso homicida, pela demora de cêrca de quatro minutos, necessária à sua consumação.

Por êsses motivos, erige o Código Penal a asfixia em circunstância essencial do homicídio qualificado (47).

São múltiplas as modalidades de asfixia, cuja classificação varia, de acôrdo com os autores.

Ao nosso estudo interessa apenas a enumeração das asfixias homicidas:

I) — Enforcamento.

Chama-se enforcamento a asfixia mecânica, em que existe embaraço à livre entrada e saída de ar no aparelho respiratório, por uma constrição do pescoço, feita por laço, que é acionado pelo próprio pêso do corpo da vítima.

É raro como homicídio, possível nos casos de apañamento do sujeito passivo de surpresa e de inferioridade física do paciente, por doença ou idade, pluralidade de agente, ou multiplicidade de meios de ação, redutores da capacidade de defesa e resistência do agredido.

Teve repercussão nacional o enforcamento, por lutas políticas, do Coronel Emiliano Cavalcante, a 19 de fe-

47 — Código Penal, art. 121, § 2º, III.

vereiro de 1903, nas matas de Redenção, Estado do Ceará, de cuja prática foram acusados o Coronel Juvenal de Carvalho e Vicente Ferreira do Vale, como mandante e vários profissionais do crime, como executores.

“... Havendo saído de Redenção, cêrca das quinze e meia hora, conduzindo um saco de mangas e trinta mil réis em dinheiro, entregues por Vicente Rodrigues Martins, dirigiu-se o Coronel Emiliano Cavalcante, a cavalo, para a sua fazenda “Riachão da Água Verde”, onde estava com a sua idolatrada família, descansando dos honrados labôres de Coletor Estadual. Seguiu, desprevenido, pela estrada de rodagem, quando, em lugar umbroso e êrmo, distante cinco quilômetros mais ou menos da sua moradia, próximo a um riacho, em terra do lugar “Boqueirão”, teatro adequado para uma emboscada, foi assaltado pelos malfeitores José Barbosa, Pedro Barbosa e Manuel Bento.

Dominado o cavalo e subjugado, fâcilmente, o Coronel Emiliano Cavalcante, “de compleição fraca e desaparelhado de meios suficientes para oferecer resistência”, foi conduzido para um “capão de mato” vizinho.

Aí, colocado debaixo da árvore escolhida — um pau branco — foi por êles suspenso e enforcado, fria e desumanamente, a um dos seus ramos, com uma corda de carnaúba, de maneira a dar impressão de um suicídio, conforme as prescrições dos autores intelectuais dêste perverso homicídio” (48).

Estabelecem-se confusões entre o enforcamento-

48 — OLAVO OLIVEIRA, *A Tragédia de Acarape*, Fortaleza, 1939, pág. 31; Abner de Vasconcelos, *Decisões Judiciárias*, Rio, *Pape-laria Moderna*, 1924, págs. 247 a 252.

-suicídio e o enforcamento-homicídio, cuja matéria é reservada à perícia médico-legal (49).

II) — Estrangulamento.

É a morte violenta pela constrição do pescoço por um laço apertado não pelo pêso do corpo, mas pela ação de uma força estranha.

Meio comum de homicídio, cometido de surpresa, pelo inesperado lançamento do laço fatídico no pescoço do sacrificado, ou em circunstâncias impeditivas da sua defesa ao inopinado ataque, como insuficiência de forças, tenra ou avançada idade, doença, embriaguez, etc.

Manifesta-se ora sob a sua forma pura — **aplicação do laço do matador**, ora associada a outras violências, tendentes à consumação da sanguinária empresa.

Nessas condições a estrangulação, própria dita, combina-se com a esganadura, o fechamento das vias respiratórias, a compressão do peito, os ferimentos de diversas naturezas, etc.

Abalou todo o Brasil o estrangulamento da desditosa mundana Maria da Conceição, pelo Desembargador José Cândido de Pontes Visgueiro, efetuado a 14 de agosto de 1873, em São Luís, capital do Maranhão, com o auxílio de um cúmplice.

Atraindo-a à sua residência, onde lhe serviu doces, convidou-a depois da partida de uma amiga, que a

49 — P. BROUARDEL — *La pendaison, la strangulation, la suffocation, la submersion*, Librairie J. B. Baillièrre et Fils, Paris, 1897, págs. 28 e seguintes; AMBROISE TARDIEU, *étude Médico-légale sur la pendaison, la strangulation et la suffocation*, Librairie J. B. Baillièrre et Fils, Paris, 1879, págs. 3 e seguintes; L. THOINOT, *liv. cit.*, págs. 623 e segs.; AFRÂNIO PEIXOTO, *liv. cit.*, págs. 347 e segs.; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, págs. 725 e segs.; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, págs. 343 e segs.

acompanhara, a entrar num gabinete contíguo, para apanhar um presente.

“Apenas Maria entrou no gabinete e sentou-se num baú, o cúmplice Guilhermino Borges, empregado trazido propositadamente do Piauí, saindo de trás de uma porta, segurou-a pelos ombros.

Abafando os gritos da vítima com uma toalha, o desembargador procurou cloroformizá-la, estrangulando-a, ao mesmo tempo” (50).

Uma senhora, auxiliada pelo seu filho, de doze anos, estrangulou o marido, no leito, por meio de uma corda, que lhe colocou em derredor do pescoço. As duas extremidades da corda passavam por um furo, praticado no soalho do aposento, e desciam até ao rés-do-chão, de onde as puxavam com tôda a fôrça a referida senhora e o seu filho.

Morta a vítima, ela retirou o laço (51).

No dia 13 de outubro de 1761, pelas nove horas da noite, na Rua dos Filatiers, em Toulouse, na França, foi assassinado Marco Antônio Calas, no interior da loja da família, sem testemunhas, sendo encontrados “em volta do pescoço, sob a gravata, dois vincos sangrando em círculo, que vão terminar atrás das orelhas, sinal indiscutível de uma dupla corda, que servira para estrangular Antônio”.

Recaiu a acusação do homicídio sôbre o seu pai, João Calas, a sua mãe e o seu irmão, que, como protestantes, assim teriam agido por intolerância religiosa, visto se haver convertido Marco Antônio ao Catolicismo.

Em 28 de fevereiro de 1762, João Calas foi conde-

50 — RAIMUNDO DE MENEZES, *Crimes e criminosos célebres*, Livraria Martins Editora S. A., São Paulo, 1950, pág. 56.

51 — L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 685.

nado pelo Parlamento de Toulouse ao suplício da roda, em que pereceu, protestando a sua inocência.

Foram absolvidos os demais réus.

Voltaire estigmatizou a condenação de João Calas, como vergonhoso êrro judiciário (52).

III) — Esganadura.

A **esganadura** é a asfixia mecânica pela constrição do pescoço operada com as mãos, meio de homicídio empregado unicamente contra criança, e menores ou pessoas fracas, débeis e enfêrmas, podendo também ser seguido de outros meios ofensivos para a prática do crime (53).

“Nesse instante, o enfêrmo caiu de costas, sufocado por um horrível acesso de tosse, em que parecia que êle ia lançar os pulmões pela bôca; e, contemplando fixamente o seu “irmão”, como se o implorasse, tomou-lhe a mão direita com as próprias, levou-a ao pescoço, convidando-o a apertar, com contrações desesperadas dos músculos faciais. O amigo . . . chorando, com o coração partido de dor, apertou um momento, virando o rosto para o outro lado, a fim de não ver, e o infeliz ficou, logo depois, tranqüilo como se lhe estivesse produzido um grande bem-estar . . .” (54).

Reveste-se de extraordinária notoriedade o estrangulamento à mão, como também se denomina a esganadura, da Senhora Dona Claudiana A. Vieira de Cas-

52 — HENRI ROBERT, *Os Grandes Processos da História*, trad. de J. L. Costa, Edição da Livraria Globo, Pôrto Alegre, 1940, 1ª série, págs. 151 a 159.

53 — P. BROUARDEL, *liv. cit.*, pág. 187; L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 725; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 748; FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, pág. 362; AFRÂNIO PEIXOTO, *liv. cit.*, pág. 338.

54 — JOSÉ INGINIEROS, *Multidões místicas e delinquentes. A vaidade criminal e a piedade homicida*, Livraria Progresso Editôra, Cidade de São Salvador, 1954, pág. 124.

tro, pelo médico português, seu marido, Dr. José Vieira de Castro, verificado em Lisboa, na tarde de sete de maio de 1867.

“Premeditou friamente o crime hediondo. Deixou que ela conciliasse o sono, e, quando a viu, descuidada, levou a efeito, calculadamente, a tragédia. Embebeu copiosamente uma toalha em clorofórmio e segurou-a com força de encontro às narinas e à bôca de Claudiana, sufocando-a. Esta, acordando sobressaltada, tentou desvencilhar-se, sendo, porém, subjugada pelo espôso, que, para contê-la, esbofeteou-a, **ESTRANGULANDO-A COM A MÃO ESQUERDA**” (55).

IV) — **Submersão ou afogamento.**

Consiste na asfixia mecânica pela respiração num meio líquido em que se mergulha todo o organismo, ou se introduzem sômente as vias respiratórias: o mar, corrente ou porção considerável de água doce — lagoa, lago — ou pequena quantidade da mesma na terra — poça, charco — ou em recipiente, banheiro, bacia, balde, etc., ou vasilha com qualquer outro líquido, cuba de vinho, tonel de cerveja, tacho de mel ou aguardente, etc.

O afogamento — meio trivial na eliminação de recém-nascido — é no atual Código Punitivo forma de homicídio qualificado, passando a infanticídio, se efetuado pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após (56).

A occisão de adulto por afogamento exerce-se de surpresa, ou sôbre pessoa privada por qualquer motivo da possibilidade de resistência.

Excepcionalmente aparece pura, isto é, sem o cortejo de outras violências.

55 — RAIMUNDO DE MENEZES, *liv. cit.*, pág. 33.

56 — Código Penal, art. 123.

De ordinário, se liga a quejandos processos homicidas.

Determinado casal conversava tranqüilamente, sentados os dois na ribanceira de um forte regato. De súbito, o marido empurra a mulher, que caiu na água e afogou-se.

Certa senhora, coautora de crime cometido pelo seu amante, foi conduzida por êste — desejoso de suprimir o seu perigoso testemunho — à margem de volumosa corrente, onde passaram a noite; quando a amásia dormia, o amante lançou-a ao rio e ela morreu.

V) — **Sufocação.**

É a asfixia pela falta de respiração, devido a um obstáculo mecânico, salvo os casos de enforcamento, estrangulação e submersão.

Origina-se a **sufocação** das asfixias por:

- a) — oclusão direta das narinas e da bôca;
- b) — oclusão da laringe e da faringe;
- c) — compressão torácica;
- d) — confinamento em espaço fechado;
- e) — soterramento.

a) — **Oclusão direta das narinas e da bôca.**

As narinas e a bôca são fechadas por meio da mão ou de objeto mole.

Por meio da mão, atesta, via de regra, o homicídio e requer superioridade do agente sôbre o imolado, comumente criança, ou o estado de inconsciência do mesmo, por embriaguez, ataque epiléptico, pancada na cabeça ou outro motivo apto para ocasioná-lo.

Associa-se freqüentemente à esganadura, porque, antes desta, o delinqüente tapa com a mão a bôca e as narinas do atacado para evitar que grite e fruste-se o atentado, com o seu alarido.

Por meio de objeto mole: prestam-se à execução do homicídio peças de vestuário, substâncias plásticas, travesseiros, cobertores, tampões de papel, panos, cabelos, lenços ou outros objetos aplicados sobre o rosto da vítima, fechando os orifícios respiratórios externos.

Um camponês envolveu a sua espôsa, durante o sono, em pesados lençóis, deitou-se sobre o seu corpo e asfixiou-a, dando-lhe a morte (57).

Temível malta de assassinos espalhou, por volta de 1881, o terror em Londres, operando por processo especial da sua invenção: consistia em envolver, rapidamente, a cabeça da vítima, de preferência feminina, com as suas próprias vestes flutuantes (saias, casaco) e tapar com elas a sua bôca e o seu nariz, sufocando-a e aniquilando-a. (58).

Na América do Norte, uma ousada associação de celerados ressuscitou a máscara de pez, usada na idade média, cometendo, à noite, homicídios com a sua aplicação, de surpresa, sobre a face das vítimas, exterminando-as para vender os cadáveres às faculdades de medicina. (59).

b) — **Oclusão da laringe e da faringe.**

Alcança-se o homicídio com a asfixia pela introdução de um corpo estranho — tampão de pano, algodão ou qualquer outro objeto na garganta da criatura assaltada.

Bandidos conseguiram o excídio de uma velha, mettendo-lhe na laringe uma rôlha de garrafa (60).

Dois indivíduos assassinaram uma senhora de setenta e seis anos de idade, introduzindo-lhe um tam-

57 — L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 712.

58 e 59 — P. BROUARDEL, *liv. cit.*, pág. 390.

60 — L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 787; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 744.

pão de linho na bôca, com tanta violência, que lhe quebrou um dos dentes incisivos (61).

c) — **Compressão torácica.**

A pressão sôbre as paredes do tórax, levada a grau suficiente, impede os movimentos respiratórios e conduz à asfixia e à morte.

Escasseiam os casos de homicídio por semelhante meio.

Nos assassínios, cometidos em Edimburgo, por Burke e Magdoudale, e em Londres, por Bishop e Williams, para fins de mercância dos corpos com os institutos anatômicos, os agressores se punham com todo o seu pêso sôbre o tórax dos assaltados, que, ao mesmo tempo, sufocavam com a mão (62).

d) — **Confinamento em espaço fechado.**

No confinamento do homem em espaço fechado — malas, sacos, caixões — a asfixia se realiza pela consumição do oxigênio vital nêles existentes, acarretando o seu extermínio.

A história registra muitos casos de prisioneiros cujas existência foram sacrificadas pela sua proposital colocação em espaços insuficientes para o regular desenvolvimento da vida. (63).

e) — **Soterramento.**

Compreende os casos em que o indivíduo, mergulhado todo o organismo, ou tendo sômente os orifícios respiratórios metidos na terra ou meio sólido pulverulento, faz penetrar êste meio, por aspiração, nas vias aeríferas, o que determina a sua asfixia mecânica e a sua morte.

61 — L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 787, e HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 744.

62 — L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 744.

63 — HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 746.

É processo correntio de homicídio, em que o sujeito passivo é de tenra idade, fora da configuração legal do infanticídio (64), mediante o enterramento de crianças vivas ou a sua colocação em substâncias pulverulentas, como cinzas, serraduras, etc.

Pouco vulgar para adultos.

O soterramento é a submersão num meio sólido (65).

E) — Tortura ou outro meio insidioso ou cruel.

Para o Código Criminal do Império, o homicídio é agravado, sem entretanto, qualificá-lo, “quando a dor física fôr aumentada mais que o ordinário por alguma circunstância extraordinária” (66).

Já no Código Penal de 1890, há homicídio qualificado, “quando a dor física fôr aumentada por ato de crueldade” (67).

Êsses textos foram decerto a fonte da elementar, em análise, no Código Penal em vigor — “Se o homicídio é cometido com emprêgo de tortura ou outro meio insidioso ou cruel” (68).

O dispositivo adveio do respeito à Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, cujo artigo 122, n. 13, letra f, prescrevia a pena de morte para o homicídio “cometido com extremos de perversidade”.

Palmar o seu desacêrto.

Meio cruel é o “que aumenta inútilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do

64 — Código Penal, art. 123.

65 — L. THOINOT, *liv. cit.*, pág. 728; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 745; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, pág. 360; AFRÂNIO PEIXOTO, *liv. cit.*, pág. 336.

66 — Art. 17, n. 2º.

67 — Arts. 294, § 1º, e 41, § 2º.

68 — Código Penal, art. 121, § 2º, III.

comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade" (69).

Tortura é a consciente inflicção ao sujeito passivo do delito de sevícias atrozes, de barbarias, de suplicios, de tormentos, de maiores e desnecessárias dores, importando sempre em perversidades injustificáveis, num requinte de selvageria.

A sua constante é o aumento deliberado e inútil do mal do delito, do dano corpóreo, causando ao paciente outros padecimentos supérfluos para a sua execução, só pela volúpia de vê-lo sofrer.

Correspondem à tortura do nosso direito o **ensanamento**, do Código Penal Argentino, o **ter agido com crueldade**, do novo Código Penal Italiano, e os **atos de barbaria**, do Código Penal Francês.

Tôda a tortura é meio cruel de homicídio e vice-versa: a crucifixão, o esfolamento, a privação de comida, água ou sono, a fustigação, o empalamento, a castração, a ablação da língua, do nariz, das orelhas, o vasamento dos olhos, a fratura dos membros superiores ou inferiores, a queimadura com ferro em brasa ou com líquido candente, o esquarteramento, os choques elétricos, etc. (70).

Há na lei escusada repetição de palavras. Qualquer ato dessa natureza sôbre a vítima, em vida, constitui tortura ou meio cruel, podendo-se enfeixar, em uma única, as duas elementares, que essas circunstâncias representam no nosso direito positivo.

Torturas ou crueldades efetuadas depois do homi-

69 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de motivos*, n. 38.

70 — PEDRO VERGARA, *Das circunstâncias agravantes*, Edição *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1948, n. 151.

cídio, tendo como objeto o cadáver, não consubstanciam as elementares apreciadas.

Não é só. O emprêgo de outro meio insidioso é um dos desmembramentos da qualificativa do art. 121, § 2º, n. IV, do nosso Código Penal.

Meio insidioso é o simulado na sua eficiência malfélica. (71).

Equipara-se à perfídia, à traição (72), que está especialmente contemplada, como qualificativa do homicídio, no art., 121, § 2º, n. IV do Código Penal, havendo assim, no caso, mais uma superfetação do aludido diploma legal (73).

A lesão praticada com um punhal, impregnado de veneno mortal, é um meio insidioso de homicídio. É também um crime com perfídia, com traição (74).

F) — Ou de que possa resultar perigo comum.

A circunstância — “de que possa resultar perigo comum” — reveste-se do caráter de elemento básico, componente do homicídio, quando utilizada para a obtenção da morte de alguém, com a certeza da sua capacidade de causar ainda outros males ou danos.

Para destruir a vida de uma pessoa, de pé, sobre a parede de um açude, arromba-se a mesma, sabendo-se que o arremêso das águas arrasará tudo — existências, casas, lavouras — que, em certo perímetro, se achar à jusante do reservatório.

Só o querer-se o homicídio, não obstante o perigo

71 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de motivos*, n. 38.

72 — IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, pág. 152; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, pág. 27; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, pág. 104; PEDRO VERGARA, *liv. cit.*, n. 135.

73 — JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *liv. cit.*, vol. 2º, pág. 102.

74 — BENTO DE FARIA, no mesmo lugar.

comum, adveniente do fato, configura a elementar em estudo.

Dar-se-á, então, um concurso formal de crimes — homicídio qualificado e crime de perigo comum, — cuja punição se fará, na forma do art. 51, § 1º do Código Penal.

Se da prática de crime de perigo comum (75) derivar a morte de alguém, ao invés de homicídio qualificado, há uma das formas qualificadas dos crimes de perigo comum (76).

Da dinamitação de uma ponte decorre o excídio do seu vigia. Tem-se aí o delito qualificado de explosão (77).

6) — “A traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”.

A) — A traição.

A lei não define a traição. O seu conceito, na doutrina e na jurisprudência, está erizado de dificuldades, visto traduzir fatos diversos e distintos (78), a ponto de ter-se como mais lógico deixar o seu alcance ao arbítrio judicial, em cada caso concreto (79).

Reside o substrato da traição na **insídia** — condutora do ofendido a **engano** ou **êrro** sôbre as intenções do agente — revelando-se sob a forma de **ardil** ou **artifício**.

O **ardil** é o engano ou êrro psíquico.

Traduz-se no “**ocultamento moral**”, a que se refere

75 — Código Penal, Parte especial, tit. VIII, I, II e III.

76 — Código Penal, arts. 258, 263, 264, § único e 285.

77 — Código Penal, arts. 251 e 258.

78 — CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 29.

79 — EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, pág. 54.

Carrara (80), nas mostranças de amizade ou no apaziguamento de intrigas, para, nesse ambiente de confiança, realizar-se o crime, inconcebível para o paciente.

Lembra o grito de César: "Tu, também, Brutus"?

O artifício é o engano ou êrro material: a manobra, o estratagema físico, o preparo de uma situação cômoda e segura para a consumação do delito, totalmente inimaginável para a vítima.

Em ambas as hipóteses, a traição concretiza-se na violação da confiança, da boa fé do agredido, que jamais poderia admitir a agressão subitânea do delinquente, expondo-o, pelo seu imprevisto, à sanha e à ferocidade dêle.

De acôrdo com o pronunciamento dos tribunais, há traição, "quando se procede sem perigo, pelas circunstâncias e oportunidade do fato, procuradas de antemão pelo autor, surpreendendo a vítima, cuja capacidade de defesa se anula, assim, em virtude do imprevisto e inesperado do ataque, todo êle calculado antecipadamente pelo agente ou provocado por demonstrações de aprêço e amizade tendentes a infundirem confiança na vítima, para o criminoso ter êxito com segurança, atacando-a quando se acha desprevenida em virtude de tais manobras" (81).

Na traição, "o aleivoso é semelhante ao réptil, que chega em silêncio, sem denunciar a sua ira, E SEM DAR LUGAR À DEFESA" (82).

Chama-se **proditório** o homicídio com traição: "o cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingida

80 — *Programma*, *liv. cit.*, n. 1161.

81 — EUZEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, pág. 55; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, pág. 186.

82 — F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *liv. cit.*, pág. 103.

a vítima, descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso” (83).

Apresenta-se como modalidade comum o ferimento de inopino, por detrás, pelas costas, na ausência de luta, quando a vítima não podia cogitar da sua realização.

Assim, Manso de Paiva Coimbra assassinou o Senador General Pinheiro Machado, no Hotel dos Estrangeiros, no Rio de Janeiro, a 8 de setembro de 1915, com uma punhalada pelas costas (84).

No linchamento de Apulcro de Castro, a 25 de outubro de 1883, na Rua do Lavradio, no Rio de Janeiro, por um grupo de oficiais do Exército enfurecidos com os seus insultos à classe, o Capitão Moreira César “foi o primeiro talvez a esfaquear pelas costas a vítima, exatamente na ocasião em que ela, num carro, sentada ao lado da autoridade superior do próprio Exército, se acolhera ao patrocínio das leis . . .” (85).

O amásio esperou que a concubina dormisse, e, nesse estado, a matou (86).

É traição o pedido de fogo para acender o cigarro, como meio de distrair o abordado e abrir margem a rápida e imprevisível punhalada, que o vai abater .

É traição o falso grito de socorro ou alarma, expe-

83 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 145; PEDRO VERGARA, *liv. cit.*, n. 108; VICENTE PIRAGIBE, *Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil*, Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938, 2º vol., n. 2805; 1º Suplemento, Saraiva & Cia., Editôres, São Paulo, 1934, ns. 4282 a 4285; VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, Max Limonad, São Paulo, 1955, 2º vol., n. 1865; OSMAN LOUREIRO, *Modificativos da Pena no Direito Brasileiro*, A. Coelho F. Editor, Rio de Janeiro, 2ª tiragem, pág. 131.

84 — *O assassinato do Gen. Pinheiro Machado*, J. Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1917.

85 — EUCLIDES DA CUNHA, *Os Sertões*, pág. 263.

86 — CARRARA, *liv. cit.*, § 1161, nota 1.

diente para atrair ao local a pessoa, que se pretende sacrificar (87).

A traição também qualificava o homicídio no Código Penal de 1890 (88).

B) — De emboscada.

Segundo o nosso direito anterior, era elemento essencial do homicídio qualificado a circunstância de “ter procedido ao crime de emboscada, por haver o delinqüente esperado o ofendido em diversos lugares” (89).

Manteve o Código Penal de 1940 a emboscada, como fator essencial do homicídio qualificado, sem, entretanto, defini-la.

Atualmente o seu entendimento é o lexicográfico: “ato de esperar, às escondidas, o inimigo para agredir; de esconder-se para assaltar”.

É a *tocaia* dos sertanejos, porejante de maldade e de surpresa, passadas no crivo de frio cálculo mental, cifrando-se em modo de execução do delito, que inutiliza ou dificulta de muito a defesa do agredido, cuja vida fica à mercê do atacante, e servindo de índice da extrema periculosidade do agente.

Tal o motivo da qualificação do homicídio assim efetuado.

Encontramo-lo nas passagens abaixo:

“Uma manhã, finalmente, saiu da casa de Antônio Caetano de Oliveira, casado com uma sua parenta, e foi banhar-se no rio . . . Miguel Carlos estava já despidido, com muitos companheiros, quando surgiu um gru-

87 — ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, pág. 286.

88 — *Arts. 294, § 1º e 39, § 7º.*

89 — *Código Penal de 1890, arts. 294, § 1º e 39, § 8º.*

po de inimigos que o esperavam, acocorados, por entre o denso mata-pasto" (90).

"Moleque-Orelha estava de tocaia e viu quando, cêrca das nove horas da noite, a carruagem entrou em frente ao portão principal da chácara. Viu quando desceram as duas mocinhas. Viu quando se apeou d. Gertrudes.

Não teve mais dúvidas: era a hora azada. O tiro surdo e sêco reboou na calada da noite e lá adiante atingiu o alvo desejado. Um corpo caiu pesadamente ao chão, soltando gritos de dor. Dona Gertrudes fôra mortalmente ferida. As filhas aflitíssimas acudiram. Estava morta. O criminoso afundou-se na escuridão" (91).

A pessoa visada pode ser certa ou incerta.

Prepara-se uma emboscada para determinado indivíduo ou para quem passar, indistintamente (92). E, havendo êrro sôbre a pessoa na execução do homicídio, persiste a sua figura (93).

C) — Ou mediante dissimulação.

O disfarce era circunstância agravante comum, tanto no Código Criminal de 1830 (94), como no Código Penal de 1890 (95).

90 — EUCLIDES DA CUNHA, *liv. cit.*, pág. 139.

91 — RAIMUNDO DE MENEZES, *Crimes e criminosos célebres*, pág. 26.

92 — *Código Penal*, art. 17, § 3º.

93 — ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *liv. cit.*, pág. 327; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, n. 338, pág. 501; OSMAN LOUREIRO, *liv. cit.*, pág. 133; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 58, pág. 100; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal*, 2º vol., pág. 180; LEÃO VIEIRA STARLING, *liv. cit.* n. 157.

94 — Art. 16, n. 16.

95 — Art. 39, § 7º.

No último, servia também de qualificativa do homicídio (96).

O Código Penal de 1940, considerando circunstância agravante geral ter o agente cometido o crime mediante dissimulação (97), erigiu-a, por sua vez, em elemento do homicídio qualificado (98).

Consiste o **disfarce** no emprêgo de meios materiais capazes de alterarem a fisionomia do delinqüente, de modo a torná-lo desconhecido.

É a contrafacção da pessoa, no sentido físico.

Já assim não ocorre com a **dissimulação**.

Além de abranger o disfarce, possui outrossim uma concepção moral: o encobrimento dos propósitos homicidas, através de engodos, astúcias e lábias, tendentes a manter o sujeito passivo desavisado do mal, que lhe vai ser impôsto, do qual não poderá por isso se defender.

Supõe a ocultação da fisionomia, do sexo, da côr, da voz, do estado de espírito, etc. com preconcebido propósito homicida.

A dissimulação sujeita o paciente a mais fáceis e sérios perigos de vida, motivo por que é qualificadora do homicídio (99).

Todavia, se, em festa de mascarados, se desencadeiam desinteligência e tumulto entre os comparsas, acabando pela occisão de um déles, o homicídio não é qualificado.

O delinqüente não se prevaleceu da dissimulação

96 — Art. 294, § 1º, comb. 39, parágrafo 7º.

97 — Art. 44, II, d.

98 — Art. 121, § 2º, IV.

99 — RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, pág. 192; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, pág. 153; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, vol. II, p. 285; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 146; CARLOS XAVIER, *liv. cit.*, pág. 332; LEÃO VIEIRA STARLING, *liv. cit.*, n. 158.

carnavalesca para mais à vontade perpetrar o crime.

Não tinha obrigação de descobrir-se para brigar.

“Naquela noite, Duclerc viera mais cedo para casa.

Entre sete e meia e oito horas.

Acomodava-se na sua camarinha e preparava-se para dormir.

Estava cansado do dia de aventura. A guarda entregava-se distraída, lá embaixo, ao jôgo de cartas. Alguém bateu devagarinho à porta do seu aposento. Quando abriu entraram de sopetão dois vultos embuçados que o agarraram .

Estoquearam-no violentamente de facadas. Seus gritos foram ouvidos pelos criados, que acorreram pressurosos. Na escada, cruzaram com os assassinos, que fugiam. Dentro do aposento, numa poça de sangue, estava o cadáver de Jean François Duclerc” (100).

Mais uma aplicação:

“Soaram dez horas na tôrre da Igreja de São Francisco.

Badaró (Libero) levantou-se, despediu-se do amigo e tocou para casa, na rua nova de São José.

Ao chegar à esquina, dois vultos embuçados lhe interceptaram os passos, à luz de um lampião. Eram dois alemães, depois se soube. Um se chamava Simão Stock. Estabeleceu-se o seguinte diálogo:

— Doutor . . .

Badaró, inteiramente despreocupado, indagou:

— Que há ?

— Era um artigo que queria que o doutor publicasse no seu jornal .

— É tarde para tratarmos disso. Apareça amanhã.

100 — RAIMUNDO DE MENEZES, *liv. cit.*, pág. 10.

— O artigo é contra o Dr. Japiáçu.

— Está bem. Leve-o amanhã.

— O artigo é este.

E, no silêncio da noite quieta, estourou bruscamente um tiro de pistola. O jornalista atingido no baixo ventre, caiu nas pedras da rua, gemendo de dor, derramando sangue ... Os dois vultos sumiram-se dentro da noite provinciana ...” (101).

Com a inteligência atribuída ao termo — **dissimulação** — somam-se no exemplo acima as suas duas espécies.

No **embaçamento**, há a **dissimulação física**.

Na **conversa**, entabulada adrede pelos agressores com o ofendido para enganá-lo, com fingimento dos seus desígnios, que, ao invés de pacíficos, eram homicidas, se depara a **dissimulação moral**.

Nesse teor, ainda há **dissimulação moral**, no homicídio, afetando o autor loucura, para agir mais comodamente na satisfação dos seus fins letais.

Não obstante a unanimidade da interpretação dada à palavra — **dissimulação** — achamos preferível ver nela sempre o **disfarce**, dos antigos códigos, no seu sentido material, e classificar, como **traição**, a chamada **dissimulação moral**.

Há em ambas as circunstâncias — **traição** e **dissimulação moral** — o mesmo lastro psíquico: **insídia**, **imprevisibilidade do golpe**, **inutilização da defesa**.

Para que estabelecer a sua **confusão** ?

D) — Ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Fugindo ao método da **individualização qualifica-**

tiva, no homicídio, incluiu o nosso Código Penal, entre as normas casuísticas do art. 121, § 2º, n. IV, o preceito genérico — “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”.

Criou, destarte, incertezas e dúvidas sobre a compreensão do recurso qualificado do homicídio, a que se refere, no citado texto, a cujo respeito variam as opiniões dos comentadores e os julgados dos tribunais.

Parece haver sido inspirado o dispositivo em análise no artigo 61, n. 5 do Código Penal Italiano: — “ter aproveitado circunstâncias de tempo, de lugar ou de pessoa, para dificultar a defesa pública ou privada”.

“Para o nosso texto legal, deverá abranger não só tudo aquilo que torne impossível a defesa do ofendido, como o que a dificulte, e o juiz terá de investigar, com cuidado, as circunstâncias de que se revestiu o homicídio, para bem aplicar o preceito legal” (102).

São em geral tidas, como manifestações típicas dessa circunstância qualificadora do homicídio, a noite, o lugar êrmo (103), a superioridade em força ou arma (104), a fraude, o abuso de confiança, o emprêgo de diversos meios, consignados no Código de 1890, desde que dificultem a defesa (105).

Insurgem-se Ivair Nogueira Itagiba e Pedro Ver-

102 — ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, pág. 101; LEÃO VIEIRA STARLING, *liv. cit.*, n. 159; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal*, vol. 2, pág. 181; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 91, pág. 153.

103 e 104 — *Não era circunstância elementar do homicídio qualificado, no Código Penal de 1890.*

105 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 42; ARI AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, pág. 101; LEÃO VIEIRA STARLING, *liv. cit.*, n. 159; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, pág. 102, acrescentando a surpresa; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal*, vol. 2, pág. 181, adicionando a premeditação, entrada ou tentativa de entrada na casa do ofendido, surpresa, arrombamento.

gara contra a inclusão das circunstâncias do ajuste, superioridade em força e armas e premeditação (106).

A Conferência dos Desembargadores, de 1943, pronunciou-se no sentido de que as circunstâncias de superioridade em força e arma, do ajuste e da surpresa não estão incluídas, implicitamente, no art. 121, § 2º, n. IV, do Código Penal (107).

Sobre o assunto a jurisprudência se mostra vacilante (108).

O alcance da frase — “ou outro recurso que dificulte a defesa do ofendido” — ainda se encontra em vias de cristalização e só com o tempo será precisamente determinado.

7) — Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.

Formas ampliadas da antiga figura do latrocínio, que era o homicídio cometido com o fim de lucro (109).

A previsão dessas figuras de homicídio qualificado é própria do Código Penal de 1940, inspirado no seu congênere italiano, sem antecedentes nos nossos dois outros anteriores.

O inciso agrupa, na realidade, quatro modalidades do homicídio qualificado: a) o cometimento do homicídio para assegurar a execução de outro crime; b) — o cometimento do homicídio para assegurar a oculta-

106 — IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 92; PEDRO VERGARA, *liv. cit.*, n. 111.

107 — *Anais da Primeira Conferência de Desembargadores, Imprensa Nacional, 1944, pág. 112.*

108 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, nota 361, a; LEÃO VIEIRA STARLING, *liv. cit.*, n. 159.

109 — SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 53; CARRARA, *liv. cit.*, § 1186.

ção de outro crime; c) — o cometimento do homicídio para assegurar a impunidade de outro crime; d) — o cometimento do homicídio para assegurar a vantagem de outro crime.

Em todos quatro, há o crime-meio para chegar a outro delito — o crime-fim. São absolutamente independentes, com pessoas diversas como sujeitos passivos, estabelecendo-se entre os dois uma relação de causa e efeito.

A) — A execução.

O homicídio é cometido para conseguir outro crime. O crime meio é o homicídio. Antecede ao crime fim.

Mata-se o pai de uma moça para realizar-se o seu rapto.

Assassina-se uma senhora para possuir o seu cadáver, cujo vilipêndio constitui entidade criminal autônoma (110).

Nas outras três hipóteses, o homicídio serve de crime-meio para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de crime posterior ao que o precedeu.

B) — A ocultação.

O homicídio é praticado para apagar os vestígios de crime anterior, com o fim de torná-lo ignorado, como se não tivesse sido feito.

Estuprada uma mulher, mata-se a mesma de propósito para esconder de todos a sua violação.

C) — A impunidade.

Realiza-se o homicídio para eliminar as provas de evento criminoso já cometido e fazer inviável a sua repressão.

110 — Código Penal, art. 212; ENRICO ALTAVILLA, *liv. cit.*, n. 141.

O incendiário mata a testemunha, que o viu deitar fogo à casa, o beneficiário de um testamento falso mata o copartícipe, cuja delação o atemoriza.

Raskolnikoff trucidou, a machado, a alemã Ivanovna, no interior do seu quarto, para apoderar-se dos seus haveres.

Quando, aterrorizado pela sua ação, colhia as jóias encontradas no cofre da cama, é surpreendido pela presença, no aposento, de Isabel, irmã da assassinada, a quem igualmente abate, a machado, para encobrir o primeiro delito (111).

D) — A vantagem.

É o cometimento do homicídio para a consecução de lucro de outro crime: vantagem patrimonial ou de natureza diversa, grande ou pequena, em dinheiro ou em outra cousa apreciável, presente ou futura, seja mesmo a simples evitação de um dano (112).

“Dois indivíduos mancomunados, com emprêgo de chaves falsas, furtam objeto de grande valor de uma joalheria. Até aqui o crime é de furto qualificado.

A cobiça senhoreia, dominadora, um dos ladrões, que ao outro assassina para ficar com a totalidade do produto do roubo. Com êsse procedimento teve assegurada a vantagem do crime de furto” (113).

Nas quatro modalidades da elementar, constante do art. 121, § 2º, n. V, do Código Penal, o que qualifica, na realidade, o homicídio é o seu fim: o ser efetuado para dar lugar a perpetração de segundo crime ou para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem do delito antecedente.

111 — F. M. DOSTOIEWSKY, *Crime e Castigo*, Irmãos Pongetti Editôres, Rio de Janeiro, 1941, cap. VII.

112 — CARRARA, *liv. cit.*, § 1187.

113 — CARRARA, *liv. cit.*, n. 1185, nota 2.

Semelhante particularidade põe à mostra o subjetivismo do delinqüente, tão despido de sentimento humano, que destrói uma vida para alcançar ou abafar um ilícito penal.

Está-se na presença de dois crimes: um homicídio vinculado a outro homicídio ou a delito diferente.

O homicídio ou primeiro homicídio é o principal.

O outro é o secundário.

O crime secundário — seja qual fôr a sua natureza — agravando o principal, opera a sua qualificação.

Gera-a o fator anímico, o elemento intencional: o estar na consciência do autor, no momento do fato, o específico motivo de assegurar, com o homicídio, a prática de outro crime ou a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro delito.

Há, no fato, um desdobramento psíquico: com dolo direto, o delinqüente quer a morte de alguém e quer igualmente um segundo crime. Um como meio do outro.

Estes crimes são conexos. Estão presos por uma relação de causa e efeito.

Nasce um do outro.

Não se cogita — convém frisar — de crime complexo, em que há a morte de uma pessoa, em consequência de outro delito: latrocínio (114), estupro seguido de morte (115).

Nem tampouco de concurso ideal de delitos, pela simultaneidade da sua execução (116), princípio perfilhado por algumas legislações (117).

114 — *Código Penal*, art. 157, § 3º.

115 — *Código Penal*, arts. 213 e 223, § único.

116 — *Código Penal*, art. 51, § 1º.

117 — *Enrico Altavilla*, *lv. cit.*, n. 116.

Trata-se, na verdade, de CRIMES CONEXOS. O homicídio serve de MEIO para executar outro crime ou assegurar a execução, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

Tanto o homicídio qualificado, como o crime companheiro, conservando cada qual a sua individualidade, são punidos com as suas próprias penas (118).

Não se exige a unicidade de autor do delito-fim e do delito-meio, admitindo-se a pluralidade de agentes (119).

Alguém pode matar a outrem para possibilitar delito próprio ou de terceiro, como também para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, seu ou de pessoa distinta.

Nas várias modalidades da elementar estudada, o sujeito ativo procede já no seu interesse, já no de indivíduo diferente.

Subsiste a qualificação no homicídio, se porventura se extingue a punibilidade do crime conexo (120).

8) — Tentativa.

Crime material, de repressão dependente do seu resultado, o homicídio doloso é perfeitamente compatível com a tentativa, entidade delituosa vulgar, nos pre-tórios do País (121).

São elementos do crime de tentativa de homicídio:

a) — intenção criminosa; b) — comêço de execução; c)

118 — Código Penal, art. 51.

119 — SEASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 56; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, pág. 334.

120 — Código Penal, art. 108, § único, alínea 2ª.

121 — TELES BARBOSA, *A tentativa em face no novo Código Penal*, Saraiva & Cia., Editôres, S. Paulo, 1946, pág. 167.

— não consumação do crime objetivado, isto é, da morte de alguém; d) — suspensão da execução por circunstâncias alheias à vontade do agente; e) — emprêgo de meio idôneo e possibilidade de obtenção do resultado (122).

Na tentativa, o homicídio pode ser simples ou qualificado, levando-se em conta, na configuração daquela, os fatores essenciais de cada qual.

122 — Código Penal, art. 121, §§ 1º e 2º, comb. 12, n. II.

HOMICÍDIO PASSIONAL

HOMICÍDIO PASSIONAL

Código Criminal do Império:

Art. 10 — Também se julgarão criminosos:

.....
2º — Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos e nêles cometerem o crime.

Código Penal da República:

Art. 27 — Não são criminosos:

.....
§ 4º — Os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime.

Código Penal de 1940:

Art. 24 — Não excluem a responsabilidade penal:

I — a emoção ou a paixão.

Exposição de Motivos:

20 — No artigo 24, n. 1, o projeto dispõe que não isenta de pena “a emoção ou a paixão”. A Comissão revisora, porém, não deixou de transigir, até certo ponto, cautelosamente, com o passionalismo: não o colocou fora da psicologia normal, isto é, não lhe atribuiu o efeito de exclusão da responsabilidade, só reconhecível no caso de autêntica alienação ou grave deficiência mental; mas reconheceu-lhe, sob determinadas condições, uma influência minorativa da pena. Em consonância com o projeto Alcântara, não só incluiu entre as circunstâncias atenuantes explícitas a de “ter o agente cometido o crime sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto de outrem”, como fêz do homicídio passional, dadas certas circunstâncias, uma espécie de delito exceto, para o efeito de facultativa redução da pena (art. 121, § 1º): “Se o agente comete o crime sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima . . . , o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

HOMICÍDIO PASSIONAL

1) — Emoção e paixão e a sua diferença. 2) — A sua classificação: A) — Fisiológicas e patológicas. B) — Ativas ou estênicas e passivas ou astênicas. C) — Morais ou sociais e imorais ou anti-sociais. D) — Emoção: I) — Emoção choque ou choque emocional. II) — Emoção contínua ou repetida. III) — Emoção contida. IV) — Emoção retardada. E) — Classificação das paixões, segundo a Escola Clássica. F) — Classificação das paixões pela Escola Positiva. G) — Efeitos da paixão na responsabilidade. H) — Paixões patológicas. I) — Paixões fisiológicas e imputabilidade moral: I) — Paixão equivalente da loucura — dirimente ou escusa absolutória. II) — Ações livres na causa. III) — Atenuantes simples e escusas minorativas. IV) — Atenuantes simples. V) — Escusas minorativas. VI) — Homicídio privilegiado: a) — escusa da provocação; b) — escusa da justa dor; c) — sua unificação — escusa da provocação; d) — casos específicos de homicídio privilegiado; e) — regras genéricas sobre homicídio privilegiado. 3) — As paixões fisiológicas e a Escola Positiva. 4) — Homicídio por amor e ofensas graves. 5) — Reação das contingências da vida contra a tirania das leis.

1) — Emoção e paixão e a sua diferença.

“Em muitas obras modernas, se observa que, para os respectivos autores, **emoção e paixão** valem o mesmo” (1). Expressam, entretanto, estados da alma diversos, cumprindo-nos estabelecer a sua diferença.

A emoção é um estado afetivo que, sob uma impressão atual, produz imprevista e violenta perturbação do equilíbrio psíquico.

Informa a emoção o sentimento, estado de prazer ou de dor, que dá o tono a qualquer operação da consciência.

A emoção é um sentimento mais vibrante e intenso e como tal dominador dos demais fenômenos psíquicos.

São emoções a ira, o medo, a alegria, a ansiedade, a esperança, a surpresa, o prazer erótico, o pudor, a vergonha, etc.

A paixão é uma emoção estratificada, permanente e maior, traduzindo uma crise psicológica profunda e duradoura, que afeta a integridade do espírito e do corpo, arrastando às vezes ao delito.

Como “a mais alta e mais intensa voltagem da vida sentimental”, manifesta-se sob o aspecto de “uma inclinação ou uma tendência levada ao excesso” ou de “um desejo violento e duradouro que domina o ser cerebral inteiro”.

Pertencem ao seu número o amor, o ódio, a vingança, o fanatismo, a inveja, a avareza, a ambição, o crime, etc.

A paixão está para a emoção, no domínio moral,

1 — EVARISTO DE MORAIS, *Criminalidade Passional*, Saraiva & Cia., Editores, São Paulo, 1933, pág. 31.

como o estado crônico para o agudo, na esfera da patologia.

Assim, a paixão distingue-se da emoção pelo domínio de um estado intelectual (imagem ou idéia), que pode chamar-se uma emoção prolongada e intelectualizada.

A paixão é, na ordem afetiva, o que a idéia fixa é na ordem intelectual. A palavra emoção é um termo genérico, preferido para designar as manifestações principais da vida afetiva. A paixão, um dos seus modos, é um vocábulo específico (2).

Semelhante linha divisória é perfilhada pelos adeptos da teoria intelectualista da emoção, cujo fenómeno forma-se: 1º — de um estado intelectual, percepção ou idéia, como ponto de partida (uma notícia desagradável, a visão de um fantasma, uma injúria recebida); 2º — de um estado afetivo — a emoção — tristeza, cólera, mêdo; 3º — dos estados orgânicos e dos movimentos resultantes desta emoção.

Os conceitos acima expostos merecem também a adesão dos partidários da teoria somática, para os quais compõem o processo psico-fisiológico da emoção: 1º — um estado intelectual; 2º — perturbações somáticas e motoras; 3º — a consciência destas perturbações, estados psíquicos, que se chama emoção.

Para a teoria intelectualista limita-se a vida sentimental ao estado psíquico, argumentando que o exer-

2 — THEODULE RIBOT, "La Psicología de los Sentimientos", trad. de M. H. A., Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1945, pág. 36; LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, "El Criminalista", Editorial La Ley, Buenos Aires, 1947, t. VII, pág. 297; GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1954, vol. n. 1, pág. 568; BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, Luigi Pietro, Tip. Editore, 1910, vol. I, X; ROBERTO LYRA, *Direito Penal, Parte Geral, II*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, n. 171, pág. 254; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *Do Homicídio*, Revista Forense,

cício de tôdas as operações mentais se acompanha de um componente afetivo, do mesmo modo que não há prazer ou desprazer sem o seu elemento intelectual.

A teoria somática "considera o estado afetivo como a consciência das modificações neurovasculares e orgânicas determinadas pela idéia que lhe deu causa". Entende por emoção uma perturbação fugaz, momentânea do estado somático e, particularmente, do aparelho cardiovascular e respiratório, a que instantaneamente sucede uma perturbação psíquica de diferente duração. E por paixão um estado afetivo de maior ou menor continuidade, particularmente intenso e concentrado num determinado enderêço; tais são o amor, o ódio, o ciúme, o fanatismo político e religioso, a avareza, a ambição, etc." (3).

Rio de Janeiro, 1954, n. 112, pág. 192; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, vol. V, pág. 122*; RIBEIRO PONTES, *Código Penal Brasileiro, Editora Guaira Ltda., Curitiba, 1942, pág. 204*; V. CESAR DA SILVEIRA, *Tratado da Responsabilidade Criminal, Edição Saraiva, São Paulo, 1955, vol. III, páginas 1452 e 1453, nota 1092*; PEDRO VERGARA, *Dos Motivos Determinantes no Direito Penal, Edição de "Direito Aplicado", Rio de Janeiro, 1937, § 229*; EUZEBIO GOMEZ, *liv. cit., tomo II, n. 386*; C. LEON RABINOVISCZ, *O Crime Passional, trad. de Fernando de Miranda, Livraria Acadêmica, S. Paulo, 1934, pág. 120*; EVARISTO DE MORAIS, *liv. cit., pág. 31*; *Revista de Direito, vol. 7, Janeiro, 1908, pág. 132*; MELO MATOS, *Revista de Direito, vol. 7, R. de Janeiro, 1903, págs. 30 — 32*; ROBERTO LYRA, *liv. cit., pág. 530*; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal, ed. Francisco Alves & Cia., Rio de Janeiro, 1941, págs. 25 e 26, nota I*; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Crimes Passionais — Crimes Emocionais, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1940, § 3º*; *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1941, 2º vol., pág. 59, e vol. 3º, pág. 51*; ARY AZEVEDO FRANCO, *Dos crimes contra a pessoa, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942, págs. 80 e 81*.

- 3 — THEODULE RIBOT, *liv. cit., pág. 120, trad. de Fernando de Miranda, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1934, pág. 120*; EVARISTO DE MORAIS, *liv. cit., pág. 31*; *Revista de Direito, vol. 7, Janeiro, 1908, pág. 132*; MELO MATOS, *Revista de Direito, vol. 7, Janeiro, 1908, págs. 30 — 32*.

A literatura jurídica fornece abundantes e formosas imagens sôbre a caracterização de tão importantes estados da alma humana, as quais precisam, com rigor, a fisionomia de cada qual, facilitando sobremodo o seu entendimento.

Destacamos as que nos parecem mais interessantes e convincentes.

“A emoção é um estado agudo de excitação psíquica; a paixão é um estado emotivo crônico; no primeiro, temos o furacão; no segundo, o mar com o movimento lento das tempestades internas” (4).

“A emoção obra como a água que rompe o seu dique; a paixão como a torrente que vai escavando o leito; a emoção, como a embriaguez; a paixão, como a doença resultante de constituição viciada ou veneno ingerido” (5).

“A emoção dá e passa; a paixão permanece, incubando-se.

Mas a paixão é como o borralho, que, a um sôpro mais forte, pode chamejar de novo, voltando a ser fogo crepitante, retornando a ser estado emocional agudo” (6).

A emoção e a paixão não se confundem. Como também diverge do emocional o temperamento passional, os quais chegam, até, a ser contrários.

As emoções e as paixões formam duas circunferências excentricas: há paixões com emoções, como as há sem emoções.

4 — OTTOLENGHI, *Psychopathologia Forense*, em Jorge Severiano Ribetro, *lvs. cit.*; V. CESAR DA SILVEIRA, *liv. cit.*, pág. 1405.

5 — KANT, *Antropologia*, I — III, § 82, em V. César da Silveira, *vol. cit.*, nota 1066, a; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, pág. 528; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1942, pág. 122.

6 — NELSON HUNGRIA, *lugar citado*.

As emoções constituem, com os sentimentos e as idéias, o tecido da nossa vida psíquica cotidiana. As paixões, muito mais raras, são a desordem da nossa vida psíquica, sem entretanto constituir a loucura.

Produz a emoção um grupo de representações (7), que invade de improviso todo o campo da consciência e comprime e anula os outros grupos. Então, tôdas as cousas se vêem, através do prisma da representação dominante.

Pelo seu império absoluto, controla as relações e até paralisa os freios inibitórios. A emoção nasce de um jacto. Aparece na consciência como uma unidade. Tudo domina. Por isso, freqüentemente, o emocionado se serve de meios impróprios.

A emoção é um episódio da consciência. Consubstancia-se na **ira** e no **mêdo**.

Ocasiona a paixão um grupo de representações, que invade, lenta e duravelmente, todo o campo da consciência e asfixia, submete e transforma os outros grupos. Obscurece-se o mundo externo, exceto a zona que está debaixo da luz da paixão. Tôdas as outras representações não penetram na consciência ou o fazem, através de um diafragma, que os deforma.

Por conseguinte desaparecem as idéias de relação, os freios inibitórios debilitam-se, de início, e depois se paralisam. A paixão forma-se paulatinamente. Surge na consciência como uma série de estados diversos e amiúde opostos e contraditórios, que se vão somando e

7 — *As representações são os fatos elementares e mais simples, de que se compõe a nossa vida psíquica. O particular agrupamento das representações é um estado de consciência, enquanto os estados de consciência, sempre diversos e mutáveis, nos sucessivos momentos da nossa vida, têm como limite o que costumamos chamar "temperamento", "índole", "caráter".*

reunindo, por efeito do seu motivo, até à sua cristalização definitiva, à semelhança das águas dos regatos, que formam os rios, com as suas adições sucessivas (8).

O apaixonado serve-se de meios aptos para o crime.

A paixão é uma condição nova na consciência.

Manifesta-se no amor (e por isso no ciúme), no ódio, na avareza.

2) — A sua classificação.

A) — Fisiológicas e patológicas.

A divisão precípua das emoções e das paixões é em FISIOLÓGICAS e PATOLÓGICAS, conforme expressem ecos naturais da vida físico-psíquica do indivíduo ou encerrem simples manifestações de enfermidade da mente, que pode ser total ou parcial.

B) — Ativas ou estênicas e passivas ou astênicas.

As emoções são ativas e então se denominam ESTÊNICAS, como a ira, ou PASSIVAS, chamadas ASTÊNICAS, como o medo. Às vezes começam astênicas e depois se transmudam em estênicas.

C) — Morais ou sociais e imorais ou anti-sociais.

Reputam-se morais ou imorais, sociais e anti-sociais, de acôrdo com os motivos que as desencadeiam.

D) — Emoção.

As emoções, no tocante a sua atuação, alinham-se em: I) — EMOÇÃO-CHOQUE ou CHOQUE EMOCIONAL; II) — EMOÇÃO CONTÍNUA ou REPETIDA; III) — EMOÇÃO CONTIDA; e IV) — EMOÇÃO RETARDADA.

8 — THEODULE RIBOT, *liv. cit.*, pág. 37; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, X.

I) — **Emoção-choque ou choque emocional.**

A emoção-choque é a súbita e intensa explosão da afetividade, nascida da surpresa da provocação, ocasionando a sideração psíquica do indivíduo. Igual ao raio que cai e aniquila o eu ofendido. É o furacão psicológico. Nivelase à tempestade interior, que tudo devasta e destrói.

Semelha a explosão de um obus à pequena distância (9).

Recebido o impacto, ou o fato que desencadeia, o organismo acusa graves e profundas alterações, de natureza fisiopsicológica, mormente cardiovasculares e respiratórias, variáveis com os temperamentos e as circunstâncias da ocorrência, cujo complexo toma o nome de “ressonância fisiológica”: falta de ar, oscilações térmicas, palidez, suores e palpitações, ânsias, aumento de pressão sanguínea, fenômenos musculares, relaxamento de secreções, etc.

Ora produz o estupor, a imobilização física advinda do medo, ora impulsiona o instinto de conservação e determina a fuga desabalada. Ora desencadeia o brusco e imediato revide da defesa tumultuária, forte, desorganizada e impetuosa — o grito inconsciente do instinto de sobrevivência física.

Há na emoção-choque duas fases: a da atonia, que rastreia a surpresa do acontecimento-origem, e a da reação imediata, anexa àquela, “numa concomitância semelhante a de comprimir o botão da campainha e fazê-la soar”.

II) — **Emoção contínua ou repetida.**

A emoção contínua ou repetida cifra-se na rumi-

9 — MALLET — em V. César da Silveira, lugar citado.

nação da impressão, que lhe deu lugar, ocasionando permanente desarranjo do equilíbrio psíquico, em torno do sentimento, que a consubstancia.

Servem de exemplos da emoção **contínua** ou **repetida** a psicose emotiva de Dupré e a emotividade mórbida dos psicastênicos e vários outros doentes ou perturbados mentais.

III) — Emoção contida.

A emoção contida é a abafada, no momento da produção, pelo poder de domínio do seu sujeito passivo para explodir, mais tarde.

IV) — Emoção retardada.

A emoção **RETARDADA** é a que surge, após o fato desencadeador, por evocação da memória afetiva.

Costuma fluir do antagonismo do presente com o passado, ou da simples lembrança do último.

Diverge a emoção **CONTIDA** da **RETARDADA**, em que a primeira é **SENTIDA** e **SUFOCADA**, no ato a que se refere, para se positivar depois, enquanto a segunda é **SENTIDA** e **MANIFESTADA** ulteriormente ao ato a que se prende.

Podem ambas atingir a um grande grau de violência, inclusive a emoção-choque, e são fontes de sentimentos, cujo cultivo cristaliza a paixão (10).

E) — Classificação das paixões pela Escola Clássica.

Numerosas são as classificações das paixões pelos adeptos da Escola Clássica.

Descuret reúne as paixões em dois grupos — **INTERNAS** e **EXTERNAS**.

10 — PEDRO VERGARA, *Dos motivos determinantes no direito penal*, §§ 234 e 235; *Das circunstâncias atenuantes no direito penal vigente*, ns. 144, 1, 2; V. CESAR DA SILVEIRA, *liv. cit.*, págs. 1932 a 1937; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, pág. 536.

Filangieri divide as paixões em CONDUCENTES e NÃO CONDUCENTES (11).

Bonnano distribuiu-as em paixões escusáveis e inescusáveis (12).

Delas a principal é a de Carrara, que as classifica de cegas e racionantes (13), sob o ponto de vista da sua maior ou menor intensidade. Fê-lo, aliás, confundindo as paixões com as emoções, visto como deixou a sua atuação dependente dos requisitos da violência e da instantaneidade (14), justamente as características da emoção.

As paixões racionantes são inspiradas pela esperança e pelo desejo do bem.

As paixões cegas são despertadas ou pela ameaça de um mal iminente — o temor — ou pela dor suscitada por um mal sofrido — a ira.

Sòmente a ira e o temor são paixões cegas (15).

Para alguns a vingança e a cobiça são paixões tão cegas, como o temor e a ira.

Ademais, como critica Alimena, tôdas as paixões são ora cegas, ora racionantes. Tôdas as paixões começam racionantes e afinal acabam cegas. Também não é exato que as paixões cegas sejam as que se originam precipuamente para evitar um mal, nem tão pouco que as paixões racionantes gerem-se apenas à cata de um bem. Ao contrário, mesmo sob o perigo de um mal, pelo menos até certo momento, tem o homem faculdade de racionar e adotar meios oportunos e pró-

11 — PEDRO VERGARA, *Dos Motivos Determinantes do Direito Penal*, § 28, pág. 424.

12 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, pág. 536.

13 — *liv. cit.*, parte geral, § 321.

14 — *liv. cit.*, § 326.

15 — *liv. cit.*, § 323.

prios para evitá-lo, como, também, debaixo da perspectiva de um bem, pode cegar-se de todo (16).

As paixões, como as emoções, variam, de indivíduo a indivíduo, em função da sua organização fisiopsíquica — consubstanciada no temperamento e nas tendências de cada um — a qual se acha ainda condicionada ao meio, à educação e às circunstâncias da sua formação.

Diversificam-se até numa única pessoa, que a elas reage diferentemente, na consonância do seu estado fisiológico, da sua situação de espírito, das condições inerentes ao seu organismo.

F) — Classificação das paixões pela Escola Positiva.

Já a escola positiva escalona as paixões, tendo como critério a sua qualidade, que se afere pelo seu motivo, razão psicológica dos atos humanos.

Para Eugênio Florian, a paixão reveste-se de dois aspectos: é **nobre** ou **ignóbil** (17).

Tem foros de cidade e arrasta notável número de prosélitos a distinção das paixões, traçada por Ferri, em **paixões sociais, morais ou jurídicas** e **paixões anti-sociais, imorais ou anti-jurídicas** — separação que na essência coincide com a de Eugênio Florian.

As **paixões sociais** são as paixões normalmente úteis à coletividade, em consonância com as conveniências da comunhão. Representam em média o sentimento geral e merecem o apoio da consciência jurídica de determinado povo. Sòmente por momentânea aberração podem arrastar ao delito, em virtude de uma fugaz sufocação ou perda do senso moral.

16 — BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, X.

17 — *Parte generale del delitto penale*, 3ª ed. rev., Editore Francesco Vallardi, Milão, 1928, vol. I, § 36, n. 214, IV, pág. 434.

As paixões anti-sociais, ao contrário, são de ordinário danosas ao agregado humano, em cujo seio se exteriorizam. Desintegram os laços da solidariedade, que unem os seus membros, e chocam-se de frente com as regras éticas e legais da sua conduta, revelando no delinqüente atitudes hostis aos interêsses do todo.

São paixões sociais, morais ou jurídicas o amor, a honra, o ideal político ou religioso, etc.

São paixões anti-sociais, imorais ou anti-jurídicas a vingança, a cobiça, o ódio, etc. (18).

Para Impalomeni tôdas as paixões — como fatos fisiológicos, como atrações e repulsões — são iguais. Não possuem um valor impulsivo diferente. Podem ter valor moral diverso, defluente não da própria paixão, mas da sua causa, da sua tendência, em síntese, do caráter social do motivo que a determina.

Quimera a divisão das paixões em **sociais e anti-sociais**.

Uma mesma paixão — o amor, a cobiça, — ora assume uma tendência social lata, ora uma tendência anti-social extrema.

Por amor, mata-se para roubar e com o dinheiro obtido prover ao luxo de uma concubina tirana.

Por amor, mata-se para evitar o sacrifício de um ente querido.

“O caráter social de uma paixão, como de um motivo qualquer, apura-se, no exame posterior do caso e em face do perigo social revelado pela causa do crime.

18 — E. FERRI, *La Sociologie Criminelle*, trad. de Leon Ferrier, 2ª ed., Librairie Felix Alcan, Paris, 1914, n. 91; *El Homicida en La Psychologia y en la Psicopatologia Criminal*, trad. de J. Masaveu y Rivero de Aguilar, Editorial Renso, Madrid, 1930, págs. 336 e 337; *Princípios de Direito Criminal*, trad. de A. Lemos d'Oliveira, Luiz Saraiva & Cia., Editôres, Rio de Janeiro, 1931, pág. 492.

Indispensável a análise da gênese da paixão criminal, como o exame do seu fim (19)".

Em psicologia, "entre pendor, inclinação, apetite, impressão, sentimento, afeto, emoção, paixão, não existe diferença substancial, porém, sim, qualitativa e intensiva". Até o século XVIII todos êsses estados psíquicos tinham o nome genérico de **paixões**. De então para cá se denominam de preferência **emoções**. Êsse rótulo comum esquece as distinções estabelecidas entre **emoção** e **paixão**. Para uns tôdas as modalidades da sensibilidade, tôdas as afeições da alma, todos os afetos do espírito, todo o movimento interior, são **emoções** (20), enquanto para outros são **paixões** (21). Nesta conformidade, para os primeiros o **homicídio emocional** abrange tanto a morte de outrem cometida por **emoção**, como por **paixão**, enquanto para os segundos é **passional** o homicídio, realizado não só por **paixão**, pròpriamente dita, senão também por **emoção**. O **homicídio emocional** compreende, a rigor, o **homicídio emocional** e o **homicídio passional**, visto como a emoção, na ordem sentimental, é o gênero de que é espécie a **paixão**.

Entretanto, a sabedoria popular, bem como tratadistas penais reservam em particular o nome de **passionais** para os homicídios provocados pelas explosões do

19 — EMMANUEL LASSERRE, *Os Delinquentes Passionais e o criminalista Impallomeni*, tradução, Livraria Ferreira, Editôra, Lisboa, 1909, págs. 158 — 161.

20 — THEODULE RIBOT, *liv. cit.*, pág. 116; LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1952, t. I, cap. XVI, pág. 339; *El criminalista*, Editorial La Ley, Buenos Aires, t. VII, pág. 229; V. CESAR DA SILVEIRA, *liv. cit.*, pág. 1451; EMMANUEL LASSERRE, *liv. cit.*, págs. 135 a 141.

21 — MELO MATOS, *Revista de Direito*, vol. 7, pág. 32. R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 1º, n. 267; GEORGES VIDAL, *Cours de Droit Criminel et de Science Penitentiaire*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1906, n. 181.

amor sexual, mormente do ciúme, e também para os impulsionados por alto sentimento político ou religioso, que, às vêzes, atinge o misticismo (22).

Tal ocorre, por exemplo, nos homicídios, em flagrante de adultério, ou em situação libidinosa equivalente, efetuados pelo marido ou por parentes próximos.

Agem êstes sob a influência imediata e profunda do trauma psíquico, ocasionado na sua afetividade, pelo imprevisto do fato, ferindo rudemente o seu amor e a sua honra.

Casos típicos de **emoção**, originando **homicídios** emocionais, que não obstante são considerados **passionais**, como se resultassem da longa e demorada ruminação sentimental daquela grave injúria, hipótese em que seria a **paixão** o seu motor.

Ferri engloba, no **homicídio passional**, o homicídio por **paixão** e o homicídio por **emoção** (23).

No sentido comum, pois, se entendem, como **passionais**, os homicídios por **paixão** — rigorosamente admitidos como tais — e os homicídios por **emoção**.

Vulgarmente se entendem como **passionais** — o que é um êrro — apenas os homicídios praticados em virtude do amor libidinoso ou do ciúme, que é o seu veneno.

Unificaremos, neste estudo, sob a rubrica — **Homicídios passionais** — os excídios de um homem por

22 — EUZEBIO, GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 386, C, pág. 91; LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, *El criminalista*, vol. VII, pág. 310; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, 1º vol., pág. 204; ALMEIDA JÚNIOR, *liv. cit.*, pág. 387; EVARISTO DE MORAIS, *liv. cit.*, págs. 26 e 42; *Revista de Direito*, vol. 7, pág. 167.

23 — *Princípios de direito criminal*, tradução de Luiz de Lemos d'Oliveira, Saraiva & Cia., Editôres, São Paulo, 1931, § 85, n. VII, pág. 450.

outro, quer por paixão, em sentido científico, quer por emoção, estritamente compreendida.

G) — **Efeitos da paixão na responsabilidade.**

Acostando-nos ao ponto de vista de Ferri, empregamos, aqui, o termo **Paixão**, na dupla acepção de **paixão** — rigorosamente falando — e de **emoção**, interpretação, aliás, autorizada pelo n. 20 da Exposição de Motivos do Ministro Francisco de Campos, justificativa da adoção do Decreto-Lei n. 2848 de 7-12-1940 (Novo Código Penal).

Quais os efeitos das paixões na responsabilidade?

Indispensável perquirir o palpitante tema, bipartindo-as em **fisiológicas** e **patológicas**.

Tratemos das segundas.

H) — **Paixões patológicas.**

Se o homicídio é cometido, mercê de paixão manifestada em louco, cujo morbo obnubila completamente o seu entendimento e a sua determinação, milita a favor do agente uma dirimente, por ser total a sua irresponsabilidade.

— Pacíficas, a respeito, a doutrina e as legislações.

Se o homicídio é praticado, em virtude de paixão, declarada em “fronteiriço”, “anormal psíquico” ou “psicopata” — que sem ser pròpriamente insano, não tem perfeita e regular a volição, perturbada por taras ou reflexos mórbidos constitucionais — dividem-se a psiquiatria e o direito penal na maneira de encará-lo.

Há autores e códigos penais que têm o criminoso, em tais condições, como verdadeiro louco, inteiramente irresponsável, cobrindo-o também com uma escusa de dirimente. Outros consideram-no **semilouco** e ad-

mitem a sua **imputabilidade** restrita, com abrandamento da pena respectiva (24).

Ainda existe mais uma solução, defendida por Williams, mestre de Heidelberg, a qual prega a completa ausência de identidade entre o fronteiroço e o insano mental, julgando proveitosíssima a “prejudicado” dêsse jaez a aplicação de penas correcionais e mesmo disciplinares (25).

I) — Paixões fisiológicas e imputabilidade moral.

Os reflexos das paixões fisiológicas, no problema da responsabilidade penal, encaram-se sob ângulos diferentes, mormente para os adeptos da imputabilidade moral, que, através de diversas escolas, advogam a liberdade do indivíduo no entendimento e na determinação do crime.

I) — Paixão equivalente da loucura — dirimente ou escusa absolutória.

Equiparando-as em tudo à loucura, nivelando o “furor breve”, o “transtôrno mental transitório” (26), o “mêdo insuperável”, a “fôrça moral irresistível” (27),

24 — É a diretriz do nosso Código Penal: Art. 22, § único — “A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental, ou por desenvolvimento incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou omissão, a **PLENA** capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com esse entendimento”. Semelhanças: Código Penal do Equador, art. 35; Código Penal do Panamá, art. 45; Código Penal Italiano, art. 89.

25 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 19; GALDINO SIQUEIRA, *Código Penal Brasileiro*, Livraria Jacinto, Editora “A Noite”, Rio de Janeiro, 1946, n. 55.

26 — LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, *El criminalista*, t. II, pág. 260, e t. VII, pág. 200.

27 — BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, págs. 693 e 694; LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, *Códigos Penais Ibero-Americanos*, Editorial Andres Bello, Caracas, 1946, vol. I, pág. 237; *El Criminalista*, t. II, págs. 265 a 273; GEORGE VIDAL, *liv. cit.*, § 181, págs. 234 e 273.

ocasionados pelas paixões, à pura insanidade, eminentes mestres, considerando-as genuínas matrizes da irresponsabilidade, colocam-nas entre as dirimentes ou excusas absolutórias (28), solução, aliás, seguida por grande número de diplomas penais (29).

II) **Ações livres na causa.**

Contrariamente, pregam renomados autores (30), encontrando sua doutrina guarida no direito positivo penal (31), que as paixões não desorganizam as faculdades psíquicas, de modo a anular ou diminuir a cons-

- 28 — V. MELLUSI, *Del amor al delito, versão castelhana*, "Centro Editorial de Cangorra", Madrid, t. II, pág. 291.
- 29 — Cód. Penal Português, atualizado, art. 43, n. 3; Cód. Penal Espanhol (Dec. de 23 dedezembro de 1944), art. 8, § 1º; Cód. Penal Francês, art. 64; Cód. Penal Boliviano, art. 13, ns. 6 e 7; Cód. de Defesa Social de Cuba (4 de abril de 1936), art. 25, F; Código Penal da República Dominicana (20 de setembro de 1954), art. 64; Código Penal de Guatemala (29 de abril de 1936), art. 21, n. 1; Cód. Penal de Honduras (8 de fevereiro de 1916), art. 7º, n. 10; Cód. Penal de Nicaragua (5 de dezembro de 1891), art. 21, n. 9; Cód. Penal do Peru, (10 de janeiro de 1924), art. 85, n. 1; Cód. Penal de Pôrto Rico (1 de março de 1902), § 207, n. 2, e § 211; Cód. Penal de São Salvador (14 de outubro de 1904), art. 8º, n. 1; Cód. Penal do Paraguai (18 de junho de 1914) art. 21, n. 2; Cód. Penal Austríaco (27 de maio de 1852), art. 32, letras c e d, Cód. Penal Dinamarquês (15 de abril de 1930), art. 16; Cód. Penal Polonês (11 de julho de 1932), art. 173.
- 30 — LEON RABINOWICZ, *liv. cit.*, cap. VI; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. I, pág. 569, nota 177, arrimando-se em muitos professores de fama universal; ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA e SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Cia. Edit. Nacional, São Paulo, 1930, pág. 191; ANTÔNIO BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-Práticas ao Código Penal do Brasil*, Liv. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1919, vol. 1, pág. 114; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1921, n. 247; AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal*, pág. 25; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, ns. 17 e 28; ROBERTO LYRA, *O amor e a responsabilidade criminal*, Saraiva & Cia., S. Paulo, 1932, págs. 93 a 178.
- 31 — Cód. Penal Italiano, art. 90 — "Os estados emotivos ou passionais não excluem nem diminuem a imputabilidade". Código Penal do Brasil, art. 24: "Não excluem a responsabilidade penal: I — a emoção ou a paixão".

ciência e a liberdade dos atos do agente. Assim pensando, Pessina, após criticar a sentença de Sêneca — a ira é um furor breve — adverte que ficariam impunes os crimes mais atrozes, se pelas paixões se abrisse a porta para considerar a inteligência ofuscada (32).

Nos homicídios passionais, seja qual fôr a convulsão interior ou da mente, ao fogo do incêndio da paixão, que a devora e consome, subsiste a responsabilidade do seu sujeito passivo — livre de afastar-se ou de se deixar dominar pela paixão, na sua origem, e antes de crescer e avolumar-se, submetendo-se, portanto, conscientemente, ao seu império e ao conseqüente estado de incapacidade de querer, para nêle executar o crime.

É a **teoria das ações livres na causa**. A liberdade na **aceitação** da paixão, fenômeno da **volição** que serve de gênese ao delito, cobre também o seu resultado — a morte de alguém — continuando inteiramente de pé a imputabilidade moral do delinqüente (33).

III) — Atenuantes simples e excusas minorativas.

As paixões cegas — a ira e o temor — nelas compreendidas o amor, a amizade, os ciúmes e outras paixões,

32 — *Elementos de Derecho Penal*, trad. de Hilário Gonzalez del Castillo, ed. Editorial Reus S. A., Madrid, 1936, § 93, pág. 381.

33 — ERNEST VON BELING, *Esquema del derecho penal*, trad. de Sebastian Soler, Editorial Delpalma, Buenos Aires, 1944, § 23, n. 2, pág. 72; FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal*, ed. Arayu, Buenos Aires, 1953, pág. 161; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal Alemão*, trad. Dr. José Hygino Duarte Pereira, F. Briguiet & Cia., Editôres, Rio e Janeiro, 1899, t. I, § 36, III, pág. 260; EDMUNDO DE MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de José Arturo Rodriguez Munoz, Editorial Revista de Direito Privado, Madrid, § 1937, III, pág. 60; NARCELIO DE QUEIROZ, *Teoria da "actio libera in causa"*, Liv. Jacinto Editôra, 1936, pág. 77; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, "Revista Forense", 1949, vol. I, pág. 379.

(34), são, como ímpetos dos afetos, além de **dirimentes** ou **escusas absolutórias**, quando cancelam a consciência e geram a irresponsabilidade, **atenuantes simples**, **comuns** ou **gerais** e **escusas minorativas**, **diminuentes** ou **mitigantes** (35).

IV) — **Atenuantes simples.**

Várias legislações penais atribuem à ira e ao temor, nas suas diversas facêtas, amor, amizade, ciúme e outras paixões, a qualidade de **atenuantes simples**, **comuns** ou **gerais**, com a mensuração adotada no seu sistema repressivo (36).

V) — **Escusas minorativas.**

Outras irrogam a ditas paixões — a ira e o temor, nos seus aspectos multiformes — o papel de **escusas minorativas**, **diminuentes** ou **degradantes**: são fatos que, em virtude da lei, esbatem a culpabilidade do criminoso e, conseqüentemente, amenizam a sua pena. Subsiste o delito, desmerecido, porém, na sua importância, com sua repressão bastante dulcificada.

Apesar de não ilidirem a responsabilidade, redu-

34 — *Ditas paixões não têm incriminação especial. Podem escusar não por si mesmas, mas quando são causas de ira e de temor, capazes de assumir a forma da provocação ou da justa dor (Carrara, § 329).*

35 — ANTOINE BLANCHE, *Études Pratiques sur le code penal*, 2^a ed., Cosse et Marchal, Editôres, Paris, 1864, t. 2, ns. 170 e 221; GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science penitentiaire*, Arthur Rousseau, Editor, Paris, 1906, n. 139. ns. 1 e 2; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit Penal Française*, Librairie de la Societé de Recueil Général des Lois et des Arrêts, Paris 1898, t. 2^o, ns. 605 e 606, II; ADOLPHE PRINS, *Science Penale et Droit Positif*, Bruylant Christofe & Cia., Editôres, Bruxelles, 1899, ns. 449, 450 e 469; PEDRO VERGARA, *Dos motivos determinantes no direito penal*, § 270; *Das circunstâncias atenuantes no direito penal vigente*, §§ 799 e 131.

36 — *Código Penal Italiano (dec. 19 de outubro de 1930), art. 62; cód. Penal Português, art. 39; Cod. Penal do Uruguai, art. 46; Cód. Penal de São Salvador, art. 9.*

zem-na, e de maneira apreciável, mercê da coação, que exercem sôbre a vontade do indivíduo, por cuja violência se precipita a determinação criminosa, e fazem olvidar, com maior facilidade, os obstáculos da lei proibitiva.

Degradam, assim, a fôrça moral subjetiva do delito, e apresentam um homicídio desnaturado, com dolo restringido, que atesta notável depressão na malvadez, ínsita na vontade de matar, e, por isto, a queda correlata na fôrça moral objetiva do crime, por produzir **menor mau exemplo e menor alarma** (37). Intitulam também as escusas minorativas de **atenuantes qualificadas** (38), terminologia errada, pois o termo qualificação serve para indicar aumento de pena (39).

VI) — Homicídio privilegiado.

Dá-se o nome de homicídio privilegiado à morte de alguém, acompanhada da **escusa minorativa**, gerando um delito particular, cuja pena sofre, no caso, grande abrandamento, ora na qualidade, ora na quantidade, na consonância dos sistemas repressivos, seguidos pelos códigos penais (40).

São a **ira e o temor** — nas suas consubstanciações multiformes — as únicas paixões, que, na teoria de Carrara, servem de escusas minorativas do homicídio, convertendo-o em **privilegiado**, com a mitigação da criminalidade e o decréscimo da pena, desde que sejam elas repentinas, violentas e injustas.

37 — CARRARA, *liv. cit.*, *Parte Generale*, §§ 207 a 211, 274 a 276, 281 a 283, 319, 321, 324 e 329; *Parte Speciale*, vol. II, §§ 1281, 1282, 1313 e 1314.

38 — LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, *Códigos Penais Ibero-Americanos* vol. I, págs. 312 e 313.

39 — ERNEST VON BELING, *liv. cit.*, § 38.

40 — ERNEST VON BELING, *liv. cit.*, § 38.

a) — **Escusa da provocação.**

A ira, desencadeando o ímpeto (41) de justa indignação, face à injusta ofensa causada à própria pessoa, ocasiona grave perturbação psíquica, que constitui a **escusa da provocação.**

A raiz da escusa da provocação é um mal físico ou moral, que o agente sofre, em si mesmo, no seu corpo ou no seu espírito (42).

b) — **Escusa da justa dor.**

O temor, ensejando o ímpeto da dor, em virtude da lesão que atinge o homem em alguma das suas afeições, afora o seu amor próprio, excita no indivíduo uma perturbação de desgosto, que o impele mais velozmente ao homicídio, a qual forma a **escusa da justa dor.**

Na **escusa da justa dor**, há um mal em perspectiva, a ser sofrido, não em consequência de ofensa à entidade do delinquente, mas a ente humano de sua amizade ou a objeto da sua afeição.

São privilegiados — pela **escusa da justa dor** — os homicídios cometidos: a) — em repulsa à ofensa a pessoa que nos é cara; b) — em imediato revide a ataque a nossa propriedade; c) — pelo marido contra a mulher adúltera, quando tem sob os seus olhos a traição dela à fidelidade conjugal (43).

c) — **Sua unificação — escusa da provocação.**

Não obstante tènicamente distintas, confundem-se na aplicação os casos de **ira e justa dor**, figurando todos sob a rubrica de **escusa da provocação**, tanto na doutrina, como nos diplomas penais.

41 — Há ação de uma força moral sobre a vontade no momento da própria determinação. CARRARA, *Parte Generale*, § 1274.

42 — CARRARA, *Parte Speciale*, § 1286.

43 — CARRARA, *Parte Speciale*, §§ 323, 325, 1274, 1281, 1313 e 1314.

Carrara já deixou os fundamentos de semelhante solução, cujos pródromos, aliás, estavam na frase de Sêneca — “a eloqüência da dor e do silêncio”.

A dor é anadinâmica. Comumente, estarrece o indivíduo ou o volta contra si mesmo, levando-o ao suicídio.

Sòmente quando degenera em ira, ficando dinâmica, é que a dor atira o paciente contra outrem (44) e sò então se converte em **paixão homicida**.

Daí uma unificação das hipóteses enfeixadas nos institutos ou escusas da ira e da justa dor, sob o rótulo único de **escusa da provocação**, visto como, na prática, provada a provocação, se presume o ímpeto da ira ou da justa dor (45).

d) — **Casos específicos de homicídio privilegiado.**

Os Códigos Penais, fiéis às pregações carrareanas — em número bem elevado — regulam, casuística e detalhadamente, a aplicação da **escusa da provocação** — consubstanciando a paixão, em qualquer dos copiosos modelos da ira, ou da justa dor — a qual configura o **homicídio privilegiado**, havendo: a) — imediatas, graves e injustas violências físicas (46), ou ofensas e injúrias da vítima ao sujeito ativo do delito (47); b) — ou atuais e sérios atentados, cometidos durante o dia,

44 — GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, ns. 139, 2, e 181; BLANCHE, *liv. cit.*, t. 4, § 1427; R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 2º, n. 612; ADOLFE PRINS, *liv. cit.*, ns. 459 e 475; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 45; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, tom. I, capítulo XXXIII, 4º, notas 30 e 31.

45 — BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, cap. XII, pág. 711.

46 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 2º, n. 615; A. CHAVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, Marchal Billard, Editôres, Paris, 1908, n. 1430; ANTOINE BLANCHE, *Études Pratiques sur le code pénal*, Cosse Marchal et Cia., Editôres, Paris, 1870, t. 5; *Código Penal Francês*, art. 321; *Cód. Penal Belga*, (8-6-1867), art. 411; *Cód. Penal Boliviano*, art. 499.

47 — *Cód. Penal Alemão*, art. 213 (e ainda a parentes próximos);

com escalada e arrombamento, contra a propriedade imóvel do autor (48); c) — ou encontro da mulher pelo marido em flagrante adultério ou em situação, que o torne indubitável, resultando a sua morte, do amante ou de ambos (49), como também do marido pela mulher, em idênticas condições (50); d) — ou o encontro inesperado, em prática sexual ilícita, da filha menor pelo pai (51), e da irmã pelo irmão (52), e da neta pelo avô (53).

Subtraindo-se à especificação pormenorizada da escusa da **provocação**, sistema seguido pelos códigos penais invocados, adotam outros rumos diversos.

e) — **Regras genéricas sôbre homicídio privilegiado.**

Ocupam-se da matéria em **regra genérica**, ora na sua parte geral, (54), ora na sua parte especial, ao mo-

Cód. Penal Boliviano, art. 500; Cód. Penal de Costa Rica, art. 186, n. 1; Cód. Penal Dominicano, arts. 321 e 326; Cód. Penal do Equador, art. 25 (também aos parentes próximos); Cód. Penal do Paraguai, art. 335.

48 — *Cód. Penal Francês, art. 322; Cód. Penal Belga, art. 412; Cód. Penal Boliviano, art. 499; Cód. Penal Dominicano, arts. 222 e 326; Cód. Penal Haitiano, arts. 267 e 271; Cód. Penal Equatoriano, art. 26.*

49 — *Códs. Penais: Francês, art. 324; Belga, art. 413; Dominicano, arts. 321 e 326; Hondurenho, art. 7, n. 15; Venezuelano, art. 423.*

50 — *Cód. Penal Mexicano, art. 310; Cód. Penal Nicaraguense, art. 353.*

51 — *Códs. Penais Italiano, art. 587; Equatoriano, art. 27; Hondurenho, art. 27, n. 15; Mexicano, art. 50; Nicaraguense, art. 352; Venezuelano, art. 423.*

52 — *Códs. Penais — Italiano, art. 587; Equatoriano, art. 27; Nicaraguense, art. 352.*

53 — *Códs. Penais — Equatoriano, art. 27; Venezuelano, art. 423.*

54 — *Código Penal do Panamá (17 de novembro de 1922): "Art. 52 — Reduzir-se-á a pena da consignada pela lei, quando o autor da sua violação se tornar responsável pela mesma, em um momento de arrebatamento de ira ou de ressentimento, causados por um ultrage ou provocação injustos". Código Penal da Colômbia (14 de setembro de 1936): "Art. 28 — Quando se cometer o fato em estado de ira ou de intensa dor, causado por grave e injusta provocação, se imporá uma pena não maior da metade do máximo, nem menor da terça parte do mínimo, assinalados para a infração". Lei Criminal para a Groenlândia (5 de março*

delar o homicídio, e imprimem o cunho de privilegiado ao homicídio cometido sob o império de instantânea e violenta emoção do agente, resultante de fato que corporifique injusta provocação do morto (55). Semelhante conjuntura torna justa a reação do delinqüente, para operar o decréscimo da criminalidade e a queda da repressão.

- de 1954): "Art. 88 — Os fatos, que podem justificar a condenação a uma medida menos grave, ou, segundo as circunstâncias, a absolvição, são os seguintes: 3 — ou que o ato tenha sido cometido num estado de sobreexcitação, provocado pela vítima, por um ataque ilegítimo, ou em geral sob a influência de uma forte emoção ou de um desequilíbrio mental passageiro". Código Penal da Suíça (21 de dezembro de 1937): "Art. 113 Morte por paixão. Se o delinqüente matou, quando estava possuído de uma emoção violenta, que as circunstâncias tornavam escusável, será punido com a reclusão por dez anos, no máximo, ou de prisão por um a cinco anos." Código Penal da Bulgária (1951): "Art. 128 — "O homicídio, cometido num estado de violenta emoção, provocado por uma violência da parte da vítima ou por uma ofensa ou uma calúnia grave pelo culpado ou pelos seus parentes próximos, sofre a privação da liberdade nos casos indicados no art. 126 até cinco anos, e, nos casos indicados no art. 127, até oito anos. Nos casos do art. 126 — assassinato ou homicídio com premeditação — a privação da liberdade não pode ser inferior a dez anos. E nos casos do art. 127 — homicídio qualificado — a privação da liberdade não pode ser inferior a quinze anos, cabendo a pena de morte, nos casos particularmente graves". Código Penal da China (17 de janeiro de 1935): — "Art. 273 — "Aquele que mata de impeto uma pessoa sob o império de uma indignação justificada é punido com prisão de sete anos no máximo." O crime de homicídio tem a pena de morte, prisão perpétua, ou de dez anos no mínimo.
- 55 — Código Penal da Argentina. (29 de outubro de 1921): "Art. 81 — Será imposta a pena de reclusão por três a seis anos, ou de prisão por um a três anos: a) — Ao que matar a outrem, achando-se em estado de emoção violenta e que as circunstâncias tornarem escusável." O homicídio simples tem a pena de reclusão ou de prisão de oito a vinte e cinco anos, art. 79. Cód. Penal do Panamá (17 de novembro de 1922): "Art. 52 — Reduzir-se-á de um terço a pena cominada pela lei (homicídio, reclusão de cinco a quinze anos, art. 311), quando o autor da sua violação se torna responsável pela mesma em momento de arrebatamento de ira ou de ressentimento causado por um ultrage ou provocação injustas." Cód. Penal do Peru (1 de dezembro de 1924): "Art. 153 — Será imposta a pena de penitenciaría não maior de dez anos, ou prisão não menor de um ano nem maior de cinco anos, áquele que matar outrem sob o império de

3) — As paixões fisiológicas e a escola positiva.

A escola positiva, escalonando as paixões fisiológicas pela sua qualidade, e dentro dos motivos inspiradores dos atos, que desencadeiam, em paixões sociais, morais ou jurídicas e paixões anti-sociais, imorais ou anti-jurídicas, admite como pressuposto da responsabilidade criminal a periculosidade delituosa, característica pessoal do indivíduo, consistente na maior ou menor possibilidade de reincidência e de alarme com novos atentados à ordem social.

À diversidade dos tipos de delinquentes deve corresponder uma diferença nas penas e nas providências defensivas. É obsoleto e contraproducente o regime de penas carcerárias para os legítimos criminosos passionais, comumente homens bons e puros, destituídos

uma emoção violenta, que as circunstâncias tornarem excusável". Pena do homicídio simples: penitenciária de vinte a seis anos (arts. 12º e 15º). Cód. Penal da Venezuela (15 de julho de 1926): "Art. 67 — O que cometer o fato punível em um momento de arrebatamento ou de intensa dor, determinado por injusta provocação, será castigado, salvo disposição especial, com a pena correspondente (homicídio — doze a dezoito anos de presídio, art. 407), diminuída de um terço até à metade, segundo a gravidade da provocação". Cód. Penal da Rep. Socialista Federativa Soviética Russa (22 de novembro de 1926): "Art. 138 — O homicídio voluntário (pena da privação da liberdade de oito anos — art. 137), executado em estado de repentina e forte emoção espiritual, provocada por violência ou graves insultos sofridos pela vítima, será punido com prisão de liberdade até cinco anos ou trabalhos correccionais até um ano". "Art. 28 — Quando se cometer o fato em estado de ira ou de intensa dor, causado por grave e injusta provocação, se imporá uma pena não maior da metade do máximo, nem menor da terça parte do mínimo, atribuídos à infração". Homicídio — pena: de oito a quatorze anos de presídio — art. 362. Cód. Penal do Brasil (Decreto-lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940): "Art. 121 — Matar alguém: Pena reclusão de seis a vinte anos. § 1º — Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".

de periculosidade e incapazes de reincidência, bastando aplicar-se-lhes a rejeição e a reparação dos prejuízos causados às vítimas.

Nos delitos por paixões, possuidoras de caráter social e jurídico, significativas de um máximo de nobreza, como o amor à pátria, por exemplo, excepcionalmente a qualidade elevada e pública do motivo do delito é capaz de impedir a repressão.

Nesta conjuntura, pode chegar-se até ao perdão judicial, tratando-se de verdadeiros delinquentes passionais, cujos distintivos são: vida pregressa sem tacha, provocação grave, temperamento sanguíneo e nervoso, sensibilidade exagerada, atuação às escâncaras e sem cilada, uso de meios impróprios e mal escolhidos, ausência de cúmplices, remorso profundo, confissão pronta e espontânea e sincero arrependimento seguido de suicídio ou da sua tentativa, figurando no todo ou em magna parte em cada delincente.

Em virtude desses atributos, os criminosos passionais são considerados fisiopsicológicamente, como dizia Maudsley, "máquinas explosivas", não havendo dúvida de que agem emocionados, antes, durante e depois do crime (56).

4) — Homicídio por amor e ofensas graves.

Gozam, em muitas partes, de extraordinárias simpatias públicas, sendo mesmo endêmicos, em alguns povos, os homicídios por amor, nascidos de intoxicações

56 — ENRICO FERRI, *La sociologie criminelle*, n. 22, págs. 165 — 167 e n. 97, pág. 619; *El homicida*, págs. 333 — 344; *Princípios de direito criminal*, págs. 490 — 494; R. GAROFALO, *Criminologia, versão portuguesa*, Livraria Clássica Editôra, Lisboa, 1908, págs. 480 — 485; 521 — 523; EUGENIO FLORIAN, *liv. cit.*, vol. I, ns. 270 — 272 e vol. II, n. 533.

sentimentais, ocasionados mormente pelo ciúme — sublimação do despeito — bem como os praticados em revide a ofensas graves, como impulso violento do sentimento de honra ultrajada, em nome do preconceito da dignidade ferida.

São êles os **homicídios passionais**, de verdade, no entendimento do vulgo.

E, no seu número, destacam-se o uxoricídio, no caso de flagrante adultério da mulher, bem como o excídio do seu amante, e a morte da filha, irmã e neta, dadas pelos seus pai, irmão e avô, quando as deparam, em concúbito pecaminoso, no próprio lar.

Semelhantes atos têm ressonância na consciência coletiva, despertando até entusiasmo no seio da massa, principalmente pela natureza dos comentários da imprensa (57).

Nos países, cujos diplomas penais nivelam a loucura e as paixões, como causas de irresponsabilidade, enquadrando-as entre as dirimentes ou escusas absolutórias, a impunidade do delinqüente opera-se regularmente e com inteiro fundamento jurídico.

Nas nações, cujos códigos descortinam nos uxoricídios e nas mortes em revide a violências graves ou afrontas aviltantes tão só **homicídios privilegiados**, fracamente reprimidos, e naquelas em que, indo mais longe e querendo cortar o mal pela raiz, prescrevem os seus estatutos de defesa social, como golpes de força, não excluem a responsabilidade penal nem a emoção, nem a paixão (58), resolve-se o embate entre o direito escrito

57 — GAROFALO, *liv. cit.*, pág. 521; EMMANUEL LASSERRE, *liv. cit.*, págs. 100 — 102; OLIVEIRA E SILVA, *liv. cit.*, pág. 42; PEDRO VERGARA, *Delito de homicídio*, Livraria Jacinto Editôra, Rio de Janeiro, 1943, pág. 378.

58 — *Código Penal Italiano*, art. 90; *Código Penal do Brasil*, artigo 24, I.

e a consciência coletiva — forja do primeiro — pelo uso de recursos outros na aplicação da justiça.

São várias as soluções para êsse angustioso problema.

Uma é o reconhecimento da legítima defesa, perfeitamente viável, sem forçar o espírito da lei, em diversas circunstâncias, inclusive nos uxoricídios em flagrante ou quase flagrante de adultério, e nas repulsas a provocações, tão estremadas, que se mudam em genuínas agressões (59).

Outra é a negativa, pelo júri, do quesito sôbre a prática do homicídio, o qual compreende também o dolo — isto é, o fim de matar — cuja ausência faz desaparecer o crime (60).

Ainda outra é a afirmativa de quesito relativo a uma alegada enfermidade mental (61), meio de defesa que

59 — OLAVO OLIVEIRA, *Alegações de Justiça*, Tip. Moderna, Fortaleza, 1920, págs. 127 a 128; VIVEIROS DE CASTRO, *Sentenças e Decisões*, XVIII; ABNER DE VASCONCELOS, *Despachos e Sentenças*, XXXIV; VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, *sentença na Revista de Direito*, V. I, pág. 202; PEDRO VERGARA, *Dos motivos determinantes no direito penal*, §§ 346 e 348; *Das circunstâncias atenuantes no direito penal vigente*, n. 41; VICENTE PIRAGIBE, *Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil*, Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938, vol. I, n. 1713; VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Cod. Penal*, Max Limonad, Editor, S. Paulo, 1951, vol. I, ns. 499, 506, 542 e 591; WILSON BUSSADA, *Legítima defesa interpretada pelos tribunais*, Livraria Freitas Bastos, S. A., R. de Janeiro, 1957, ns. 103, 108 e 640; ANTÔNIO LEMOS SOBRINHO, *Da Legítima Defesa*, Saraiva & Cia., Editôres, S. Paulo, 1931, pág. 116.

60 — *A defesa do réu, consiste na negativa da acusação, por não haver procedido com dolo, exercita-se independentemente de quesitos de defesa, pela mera negativa dos quesitos acusatórios sôbre o fato principal, no todo ou em parte.* (OLAVO OLIVEIRA, *O Júri na Terceira República*, Liv. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1949, pág. 170).

61 — BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, págs. 694 e 695; EMMANUEL LASSERRE, *liv. cit.*, pág. 146; GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, pág. 146.

se pode reforçar com um laudo médico sôbre o temperamento emotivo do acusado.

Mais outro, peculiar à legislação brasileira, concebido por Pedro Vergara (62) e já adotado com êxito nos nossos pretórios (63), é a absolvição, nos casos de honra, pelo reconhecimento da eximente da coação moral irresistível da Sociedade ou da Opinião Pública, dentro de cujos ditames, em determinadas conjunturas, ou se desagrava, com derramamento de sangue, a pessoa ofendida, ou se suicida e morre moralmente no conceito geral, passando a ser tida como um “traste” ou um “molambo”.

5) — **Reação das contingências da vida contra a tirania das leis.**

Foi também obra de adaptação da vontade da lei às contingências da vida o reconhecimento das paixões, como excusas absolutórias, dentro dos códigos repressivos, que guindam à categoria de eximente “o transtorno mental transitório”, o “mêdo insuperável”, “a força moral irresistível”, sem referência à punibilidade do autor da coação, como ocorre com o nosso (64).

62 — *Delito de Homicídio*, págs. 271, 272 e 378.

63 — CARLOS DE ARAÚJO LIMA, *Os Grandes Processos do Júri*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957, vol. 2º, págs. 225 e segs.

64 — GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, § 181, pág. 284; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, págs. 693 e 694; LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, vol. I, pág. 273; FERDINANDO PUGLIA: “Temos sustentado que se há abuso de fato no fôro da aplicação da força irresistível, precisa limitar-se o uso dessa circunstância dirimente e não a suprimir. Na realidade, há casos, em que repugna à consciência jurídica a punição de pessoas que, por nobilísimos ou generosos sentimentos, cometeram ações consideradas delituosas pela lei. É um impulso ético, que leva essas pessoas à ação, e este impulso, em semelhantes casos, deve ser precisamente considerado como circunstância dirimente da imputabilidade”. (*Trattato di Diritto Penale*, vol. VI, *Delitti contro la persona*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, vol. VI, pág. 60).

São heróicos remédios forenses, mediante cujo emprego, o júri — Tribunal humano por excelência e que julga sem abstrações, sentindo de perto as contingências da existência — procura corrigir, no exercício de sua soberania, os defeitos e a tirania do direito escrito, criação artificial de gabinete, completamente divorciado dos sentimentos, que devia cristalizar e reproduzir nos seus dispositivos (65).

De fato, prescrever, terminantemente, a lei que as paixões, ou as emoções, não excluem a responsabilidade penal, é ir muito além e esquecer, de vez, a lição cotidiana do mundo.

A influência das paixões sobre a imputabilidade depende, além dos motivos, que as desencadeiam, do temperamento dos indivíduos, subordinados êstes às respectivas glândulas endócrinas, e das condições em que se opera o seu desenvolvimento.

Constituí matéria delicada a ser vista, detida e isoladamente, em cada caso concreto, de maneira comum, e como se apresenta às pessoas de um mesmo agregado social e de uma mesma idade (66).

Veja-se como exemplo típico a ciclópica emoção,

65 — *Na sua aplicação, se houver apelação com o fundamento de ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, o Tribunal de Justiça poderá dar provimento ao recurso para mandar proceder a um segundo julgamento. Se, neste, houver nova absolvição pelo mesmo motivo apresentado, a decisão converte-se em soberana e irrecorrível, não se admitindo na espécie segunda apelação (Lei n. 263, de 3 de setembro de 1948, art. 9º).*

66 — BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, pág. 701; ENRICO FERRI, *El homicidio*, págs. 338 e 339; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Criminosos Passionais — Criminosos Emocionais*, págs. 106 e segs.; *Cód. Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 2º vol., págs. 64 — 67; PEDRO VERGARA, *Delito de Homicidio*, cap. IV; B; LEONIDIO RIBEIRO, *O novo código penal e a Medicina Legal*, pág. 365; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, ns. 107 e 113; EVARISTO DE MORAIS, *Criminalidade Passional*, págs. 52 — 54 e 63; JOSÉ ALVES GARCIA, *liv. cit.*, pág. 93.

experimentada pelo grande brasileiro Gilberto Amado, então Deputado Federal por Sergipe, face à insólita e humilhante agressão, que lhe dirigiu o poeta Aníbal Teófilo, na presença de numerosas pessoas, inclusive a mulher, em estado de gravidez, do famoso escritor:

“O desígnio de dar à ofensa um caráter nunca visto, aberrante dos nossos costumes, tornou-se alarmantemente claro. Oh, meu Deus! O homem vinha mesmo me bater, ali, diante daquela gente tôda; não respeitaria a jovem espôsa prêsa ao meu braço, a mãe dos meus filhos e do filho que trazia dentro de si!

Na linha-de-tiro de estudantes de Pernambuco eu tinha sido excluído por incapacidade de acertar em alvo, pois além de míope era e sou astigmata. Tudo eu p.adera imaginar, menos o que aconteceu. Na crispação, no revolvimento interior dos centros da responsabilidade, destruíra-se em mim qualquer possibilidade de ver, pensar, sentir. Não via nada. Mas o meu coração, subvertido por uma fúria, via; foi êle, decerto, que pulou da bôca da arma para ceifar aquela existência, jogada contra a minha, que nela se precipitou como que obedecendo a uma misteriosa gravitação e a fôrças obscuras que se apoderaram do seu e do meu destino” (67).

67 — GILBERTO AMADO, *Presença na Política*, Livraria José Olímpio Editora, Rio de Janeiro, 1958, pág. 340.

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Código Penal de 1940:

Art. 121 — Matar alguém:

Pena — reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º — Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Exposição de Motivos.

39 — Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado “por motivo de relevante valor social ou moral”, ou “sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima”. Por “motivo de relevante valor social ou moral”, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

- 1) — As paixões e os Códigos Penais do Império e da República. 2) — O Código vigente e o passionalismo. 3) — O nosso homicídio passional: A) — Impellido por motivo de relevante valor social ou moral. B) — Homicídio eutanásico. C) — ... Ou sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima: I) — Logo em seguida... II) — Injusta provocação da vítima. D) — Natureza jurídica do homicídio privilegiado.

1) — **As paixões e os Códigos Penais do Império e da República.**

Só as paixões patológicas tinham efeito excludente da responsabilidade no Código Criminal do Império (1).

Na vigência do art. 27 do Código Penal da República (2), chocavam-se duas correntes sôbre o entendimento da matéria, ambas com reflexos, já na doutrina, já na jurisprudência: a primeira circunscrevia a dirimente unicamente às paixões mórbidas, veras manifestações da insânia (3), e a outra, aceitando a paixão fisiológica, como fator de desintegração mental e veículo da “loucura transitória”, que põe o indivíduo fora de si e o converte em mero autômato inconsciente, admitia a sua inclusão entre as escusas absolutórias (4).

2) — **O Código vigente e o passionalismo.**

O Código Penal em vigor segue orientação diversa.

No art. 24, I, é peremptório: “Não excluem a responsabilidade penal a emoção ou a paixão”.

Queda de morte no PASSIONALISMO, a que, na opinião de muitos, se apegavam, com êxito, os “maga-
refes do amor”, à sombra complacente do art. 27, § 4º do diploma punitivo de 1890?

— Não.

A atual carta repressiva, “num gesto de transigên-

1 — “Art. 10 — Também não serão criminosos
..... 2º — Os loucos de todo gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos, e nêles cometerem o crime”.

2 — “Art. 27 — Não são criminosos ...
... § 4º — Os que se acharem em completa perturbação de sentidos e inteligência no ato de cometer o crime”.

3 e 4 — Capítulo anterior.

cia”, segundo a notável Comissão Revisora, isenta de responsabilidade unicamente ao portador de autêntica alienação ou grave deficiência mental (5), reduz a pena dos “fronteirços”, dos “agitados” ou “degenerados” psíquicos (6), e — enorme concessão! — não só incluiu entre as circunstâncias atenuantes explícitas a de “ter o agente cometido o crime sob a influência de VIOLENTA EMOÇÃO, PROVOCADA POR ATO INJUSTO DA VÍTIMA (7), COMO FÊZ DO HOMICÍDIO PASSIONAL, DADAS CERTAS CIRCUNSTÂNCIAS, UMA ESPÉCIE DE DELITO EXCETO, PARA O EFEITO DE FACULTATIVA REDUÇÃO DA PENA (8).

Insusceptível da mínima dúvida, ante a própria palavra oficial citada.

O DELITO EXCETO, O HOMICÍDIO PRIVILEGIADO, da figura do art. 121, § 1º do Código Penal, é o HOMICÍDIO PASSIONAL, no nosso direito.

Vale dizer que, nêle, a paixão entra com escusa minorativa: diminui o crime, em si, e abranda a pena (9).

3) — O nosso homicídio passional.

O nosso homicídio passional compreende o PASSIONAL, pròpriamente dito, e o EMOCIONAL (10).

Como conhecemos, diferencia-se, no seu conceito, a PAIXÃO DA EMOÇÃO.

5 — Art. 22.

6 — Art. 22, § único.

7 — Art. 23, IV, C.

8 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 20.
Art. 121:

§ 1º “Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o dominio de violencia emocão, logo em seguida a injusta provocação da vitima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

9 e 10 — *Capítulo anterior*.

A paixão inculca-se na alma, pouco a pouco, como a água se infiltra na pedra, gôta a gôta. Processo psíquico longo, tardo e demorado. Passa tempo apreciável para explodir. É como uma bomba de retardamento.

A emoção arrebenta, prestes, à mínima provocação. Rápida e fulminante. Semelha à deflagração, que acompanha a percussão da espolêta.

No referido texto do art. 121, § 1º, do Código Penal, onde se situam a PAIXÃO e a EMOÇÃO ?

A referência à EMOÇÃO está explícita na sua segunda parte (11). Onde, pois, lugar para a paixão?

— Na sinonímia. No art. 24, n. 1, o Código Penal emprega, como equivalentes, as palavras EMOÇÃO e PAIXÃO.

Por isso, no art. 121, § 1º, não se refere à paixão, vez que se acha esta contemplada na emoção.

A) — **Impelido por motivo de relevante valor social e moral.**

Nessas condições, que significa a expressão — "... IMPELIDO POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR SOCIAL OU MORAL" — da primeira parte do art. 121, § 1º ?

Refere-se à emoção, que pode ser VIOLENTA E RELEVANTE, quando o agente é movido ao delicto, " — no dolo de ímpeto, em repulsa ou em represália de grave ofensa a sua honra, o que se pode dar tanto nos casos de adultério em flagrante, quanto nos casos de injúrias verbais, face a face — quando estas agressões não autorizam a legítima defesa real ou fictícia".

É apenas RELEVANTE, sem violência, se o mo-

11 — Código Penal, art. 121, § 1º — "... ou sob o domínio de violenta EMOÇÃO, logo em seguida a injusta provocação ..."

tivo de relevante valor moral ou social puder “levar o agente ao crime, sem lhe produzir a emoção violenta; é o que se dará, por via de regra, quando o agente proceder com dolo de propósito, e particularmente com premeditação ou deliberação — tomadas estas expressões no sentido psicológico apenas”.

“Assim, para tomar os dois exemplos anteriores: o marido, que se sabe enganado, em virtude de um adultério anterior da mulher, pode ir friamente, sem emoção, se isto é possível — ao encontro desta e do seu cúmplice e matar aquela ou a êste; do mesmo modo, o homem atrozmente injuriado e ferido na sua dignidade não reage, de improviso, no momento em que é ofendido, e só o faz mais tarde, depois de refletir na gravidade da ofensa e na desmoralização que esta lhe trouxe no meio social” (12).

Artificiosa a explicação do emérito mestre.

A lei caracterizou a emoção, na prática do homicídio privilegiado: violenta e injusta.

Se pretendesse criar outra hipótese dessa subclasse do homicídio — com a emoção **relevante**, desacompanhada de violência — tê-lo-ia dito clara e formalmente: “sob o domínio de emoção relevante ou de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima”

Não iria, decerto, usar da perífrase — “impelido por motivo de relevante valor moral ou social” — para obscurecer e dificultar a sua compreensão.

O mencionado circunlóquio tem sentido claro e nítido: reporta-se à paixão.

“Sangremos as veias do texto do § 1º do art. 121 do

12 — PEDRO VERGARA, *Delito de Homicídio*, cap. IV, B, págs. 482 — 483.

Código para arrancar a sua substância intrínseca. Dêe trazemos êsse sentido: “**motivo de relevante valor social ou moral**” — significa **PAIXÃO**.

Quanto à emoção, esta ressalta do próprio elemento material, corpóreo, físico do dispositivo trazido à colação . . .” (13).

Os casos de emoção relevante, sem violência, lançados por Pedro Vergara, são de emoção retardada, que a lei não abrange (14).

A conclusão encontra apoio nos elaboradores do nosso Código Penal.

“Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado “por motivo de relevante valor social ou moral”, ou “sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

“Por motivo de relevante valor social ou moral”, o projeto entende significar O MOTIVO QUE, EM SI MESMO, É APROVADO PELA MORAL PRÁTICA, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc.” (15).

Êsses ensinamentos são confirmados pelos comentadores do nosso Código: o motivo de **valor social ou moral** é o que afina com o sentimento do povo, por ser “suscitado por específicas **PAIXÕES** sociais, nobres em si mesmas e condizentes com a atual organização da sociedade”.

Mas para servir de escusa minorativa o motivo de valor social ou moral deve ser **RELEVANTE**, quer dizer,

13 e 14 — IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, pág. 177.

15 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 39.

extraordinário, importante, excepcional, capaz de suscitar admiração e granjear aplausos.

Citam-se, como exemplo, além da eutanásia e da morte ao traidor da pátria, o homicídio por motivo político, desvinculado de princípios subversivos da ordem social, e o realizado contra um bandido para preservação da paz e da segurança gerais da comunhão, a que pertence o autor do ato, ação, gesto libertador por todos louvado e tido como benemérito (16).

Humberto de Campos, no seu livro *Crítica*, Segunda Série, W. M. Jackson Inc., Rio de Janeiro, 1954, págs. 444 — 448, narra a dantesca morte, no Amazonas, do patrão Juca Tristão pelo “velho prêto Tiago, antigo escravo, dedicado ao senhor como o cachorro ao seu dono”, a quem êle trançou, no quarto de dormir, ateadolhe fogo.

Assassinou-o em defesa do sacrossanto princípio da liberdade humana, porque Juca Tristão mandou prender no tronco cinco seringueiros e surrá-los, noite alta, por apaniguados seus.

Para Manso de Paiva Coimbra, autor do homicídio do General Pinheiro Machado, o seu trágico ato inspirava-se no mais exaltado amor ao Brasil.

Agora, o seu crime poderia ser capitulado no art. 121, § 1º, do Código Penal.

Paulo Ribeiro Peixoto esmurrou e pisoteou ao repórter Nestor Moreira, na madrugada de 11 de maio de 1954, fato determinante do seu falecimento.

Alegou que a vítima o chamara de ladrão e propôs

16 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 27; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 17; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 3, pág. 49; RIBEIRO PONTES, *Código Penal Brasileiro*, 1º vol., pág. 201.

ao júri o quesito, aliás negado, de haver cometido o delito sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. (Carlos Araújo, *Os Grandes Processos do Júri*, III, Imprensa Nacional, 1957, págs. 275 e 347).

O motivo de relevante **valor moral ou social** não deve ser apreciado, nem abstratamente, nem com base apenas no fato material em si.

Homicídios repulsivos podem ser inspirados por motivos altos, nobres e elevados, ensejando a desmoralização do delito e dando mesmo lugar à sua classificação em PRIVILEGIADO, questão de fato deferida ao critério do juiz (17).

A justiça italiana considerou motivo relevante, em crime de parricídio, o mais abjeto de todos, manter o pai a amante na casa, em que vivia com a mulher e filhos (18).

O Tribunal do Júri de São Paulo absolveu, por unanimidade, a mãe que matou o filho menor, por haver roubado um chapéu, receando se tornasse um ladrão.

Se o juiz absolveu a acusada, podia, também, na hipótese, reduzir a sua pena de um sexto a um terço (art. 121, § 1º).

“Quem não teria um pouco de benevolência com essa mulher? pergunta o nosso pontífice — Nelson Hungria (19).

Censura-a Humberto de Campos (20).

Maldigo-a eu. Condena-la-ia à pena máxima, até a de morte, se existisse entre nós, salvo prova da sua loucura.

17 — *Cód. Penal*, art. 121, § 1º.

18 — ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 36.

19 — *Comentários ao Código Penal*, vol. V, pág. 114.

20 — *Os Párias*, W. M. Jackson Inc., Rio de Janeiro, 1954, XX.

O amor de mãe é a maior das paixões humanas.

“Ser mãe é ser encanto e graça e vida;

É ser amparo e fôrça, é ser guarida

No mal que junca da existência o filho” (21).

Quanto mais transviado o filho, mais o cobre a mãe com o manto do seu amor, perdoadando-lhe as faltas, redimindo-lhe os crimes e confortando-o com a sua bênção.

Humberto de Campos também furtou, quando menino. E quem o não terá feito?

Pela primeira vez, um insignificante brinquedo de lata destinado aos seus afortunados primos, o qual, na sua infância pobre e atormentada, o seduziu, como se fôsse a máxima maravilha do mundo.

Apanhou a sua surra, para corrigir-se, segundo os métodos educativos de outrora (22).

Depois, e reincidente, dinheiro da gaveta do balcão do seu tio Emídio Veras.

A sua santa e valorosa mãe nem sequer nêle bateu, como era costume, no cometimento das suas faltas. “A culpa havia sido grande demais — informa o **delinqüente** — para que ficasse resolvida com o meu castigo. **Minha mãe sentia que era preciso, naquele transe, proteger o seu filho.** Criminoso ou não, êle era uma criança. Chegara o momento em que **MAIS CARECIA DA SUA PROTEÇÃO, DO SEU ARRIMO, DO SEU APOIO**” (23).

Guardando o segrêdo da sua vergonha e bebendo coragem nas contas do seu rosário, iniciou, com indô-

21 — CARLOS NETO — em *Germano de Novais, o Evangelho das Mães*, Edições Paulinas, Pôrto Alegre, 1953, pág. 160.

22 — “*Memórias*”, Primeira Parte, W. M. Jackson Inc., Editôres, Rio de Janeiro, 1954, XXIII.

23 — *Lugar citado.*

mita e tenaz valentia, a regeneração do seu filho precocemente transviado.

E Humberto elevou-se, com o tempo, às culminâncias da glória, honrando e enchendo de alegria a velhice da sua heróica mãe.

B) — **Homicídio eutanásico.**

É o cometido pelo motivo de subtrair enfêrmo a padecimentos cruéis de doença provocadora de dores tenebrantes e tida como incurável ou vítima de grandes traumatismos crânio-medulares dos seus pungentes sofrimentos, agindo-se sob os impulsos de um exacerbado sentimento de comiseração e humanidade.

A eutanásia tem como objetivo dar fim à **distanasia**, isto é, a “essas longas agonias terríveis em que tudo parece acumular-se para fazer espantosos os últimos momentos do indivíduo, que, em plena posse das suas faculdades intelectuais, prêsa de agudas dores e terríveis sofrimentos, tanto físicos, como morais, chama angustiado pela morte libertadora, que se acerca com cruel lentidão” (24).

Efetiva-se a pedido e com o consentimento do sacrificado — morte do consenciente — modalidade que muito se avizinha da ajuda ao suicídio, para pôr têrmo à sua inenarrável e contínua tortura, ou independente da sua solicitação e da sua anuência, traduzindo iniciativa espontânea do delinqüente, conduzido pelo sentimento de piedade, com o fim de estancar os agudos sofrimentos do imolado (25).

24 — ROYO-VILLANOVA MORALES, *El derecho a morir sin dolor (el problema de la eutanasia)*, Aguilar, Editor, Madrid, 1929, pág. 167, em *Evandro Correia de Menezes, (Eutanásia)*, Editora “A Noite”, Rio de Janeiro, 1946, pág. 40.

25 — É a *eutanásia* LIBERTADORA OU POR PIEDADE.
Não se confunde com a EUTANÁSIA ELIMINADORA OU ECO-

Pululam os exemplos de EUTANÁSIA LIBERTADORA ou POR PIEDADE, espelhando cada qual maior tragédia, a que se procura pôr térmo com a imposição da morte rápida e suave, em impulso de acrisolado amor ou de genuíno sentimento de caridade.

Socorremo-nos, nesse passo, das lições de Ingenieros.

Um tuberculoso pulmonar com lesões laringo-esofágicas, sem meios de subsistência, depois de dois anos de privação sem par, foi acolhido por um velho amigo de infância, também homem do povo, sem recursos, pelo qual foi afinal estrangulado, a seu pedido e por genuína caridade.

Hospital S. Roque, de Buenos Aires.

“Um enfêrmo de paralisia bulbar progressiva tinha ocupado, durante vários anos, uma cama daquela sala, assistindo, com tôda lucidez, à evolução de sua enfermidade; sabia já, perfeitamente, a classe de morte que o esperava, E TINHA PEDIDO CEM VÊZES ao enfermeiro que, ao chegar a sua hora, o livrasse da terrível agonia.

O caso previsto chegou mais dramático do que o

NÔMICA — “morte boa e sem sofrimento” para todos os componentes da comunhão, que não tiverem valor social — idiotas, loucos, dementes irrecuperáveis, enfermos incuráveis, anciãos imprestáveis para o trabalho e incapazes em geral.

Distingue-se também da EUTANÁSIA SELECIONADORA OU EUGÊNICA — “supressão dos enfermos de doenças contagiosas e dos recém-nascidos degenerescentes cujo estado acarrete desarmonia à vida e despesas inúteis à sociedade”.

Nem tampouco se refere à EUTANÁSIA TERAPÊUTICA, consistente na atribuição ao médico do direito de matar, “com rápida e não dolorosa agonia, o enfêrmo que, padecendo horrivelmente, não tem esperanças de cura e cuja agonia é larga cadeia de sofrimentos”. (VICENTE SOARES — BENEDITO SOARES MONTEIRO, *Direito de Matar*, Editor Instituto Biográfico Brasileiro, Rio de Janeiro, 1914, págs. 43, 50 e 72; EVANDRO CORREIA DE MENEZES, *liv. cit.*, págs. 53 e segs.).

próprio enfêrmo tinha suposto que deveria ser; AS FUNÇÕES MAIS VITAIS TINHAM PERDIDO O SEU RITMO, E O DESGRAÇADO AGONIZOU DURANTE VÁRIOS DIAS, PARALISADO NO SEU LEITO, SEM PODER FALAR, NEM COMER, NEM DORMIR.

Todos os enfermos da sala estavam estremevidos de pavor; a própria irmã de caridade já não ousava aproximar-se daquela cama, horrorizada pelo quadro.

Nessas circunstâncias, o enfermeiro tomou da prateleira um frasco de xarope de cloral, e, com ôlho de bom farmacêutico, verteu uma certa quantidade em um copo com água; aproximou-se do agonizante, que não podia beber, derramando na bôca o líquido, com vagar. Poucos minutos depois, o enfêrmo adormeceu.

Definitivamente”.

“Um médico diz a uma pessoa que a sua mulher, a quem adora, tem uma enfermidade incurável e está condenada a uma morte certa, depois de uma agonia dolorosíssima. A enfêrma ignora êsse prognóstico e pensa sarar; essa esperança é o consôlo único de suas dores. Essa mulher, além de não pedir e de não consentir que a matem, acaricia a vida e sonha viver vida cheia de felicidades, entre o seu espôso e seus filhos. MAS O MARIDO, DESOLADO EM FACE DO MAL, QUE A ARRASTA FATALMENTE AO SEPULCRO, DESESPERADO PELAS DORES QUE TORTURAM A SUA AMADA, CERTO DE QUE NOVOS E MAIS CRUEIS SOFRIMENTOS ATORMENTARÃO OS SEUS DIAS RESTANTES, RESOLVE LIVRÁ-LA DOS PADECIMENTOS, MINISTRANDO-LHE UMA DOSE MORTAL EM QUALQUER DAS INJEÇÕES DE MOR-

FINA, que se habituou a aplicar, por prescrição médica” (26).

Ilustramos, agora, o nosso estudo, com exemplo fora do âmbito das doenças incuráveis.

Fornece-nos um, em acidente determinante de queimaduras profundas, no Chile, o Professor Luiz Consino Mac-Iver:

“Em nosso País, a morte piedosa ou eutanásia é punida como qualquer homicídio, pelo art. 391 do Código Penal. Todavia, nenhuma sanção se aplicou no caso ocorrido na catástrofe de Alpercatal, quando regressava a Escola Militar de uma visita a Buenos Aires. Em virtude da colisão do trem, um cadete ficou aprisionado entre os escombros, vendo avançar para a sua direção as chamas, que o consumiam, e sem esperança nenhuma de ser libertado.

Quando começava a sofrer as primeiras queimaduras, foi morto com um disparo por um de seus chefes, ante os seus pedidos insistentes”. (27).

Como encarar semelhantes fatos?

Nêles não há homicídio, vez que a êste crime é essencial a “vontade de matar”, revestida de pravidade.

Em tais ações o agente não tem o propósito preconcebido de destruir uma vida, procura somente prestar um serviço, atendendo a súplicas e solicitações.

Tem o intento de matar, mas sem fraude e sem violência; êle dá mão cega a um desejo insensato; porém **NÃO É CULPADO SENÃO DE CEDER A ÊSSE DE-**

26 — *Multidões Místicas e Delinquentes, A Vaidade Criminal e a Piedade Homicida, trad. Livraria Progresso Editôra, 1956, Cidade do Salvador, págs. 123, 129 e 131.*

27 — *Em ALMEIDA JÚNIOR, liv. cit., pág. 213.*

SEJO; ÊLE MATA; entretanto NÃO É HOMICIDA (28), por falta de dolo específico.

A interpretação, traçada para o direito francês, em cujo corpo não há a figura especial do homicídio eutanásico, merece pronta repulsa: confunde a VONTADE DE MATAR — que, seja qual fôr o seu fim, caracteriza o homicídio — com o MOTIVO do crime, cuja apreciação, para decréscimo da pena, pela sua nobreza, cabe à justiça no julgamento do delicto (29).

O suicídio não é crime.

Fazer-se matar por outrem — homicídio-suicídio — também não incide no ilícito penal. Tira a imputabilidade do ato o consentimento da vítima (30).

Inane o argumento.

O homicídio, para ser delicto, independe do consentimento do sujeito passivo.

O MATAR é um acontecimento em conflito com as exigências da vida social: é sempre crime, mesmo permitido pela pessoa, que sucumbe, face à sua autorização ou anuência.

São de ordem pública as leis protetoras da existência dos cidadãos, ditadas pelos supremos interesses da estabilidade da ordem coletiva.

A vontade do indivíduo não derroga o cânon geral para converter em INOCENTE o procedimento que elas declaram criminoso (31).

Dado ao homem o direito de dispor da própria vida, quem matar a outrem é impunível, desde que, além do consentimento da vítima, aja por motivo jurídico e social — como o amor, a piedade — e incide no âmbito

28 — A. CHAVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *liv. cit.*, vol. 3º, n. 1245.

29 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, vol. 4, n. 1672; ANTOINE BLANCHE, *liv. cit.*, vol. 2, n. 46, e vol. 4, n. 477.

30 e 31 — V. *Capítulo Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio.*

da repressão, quando inspirado por móvel anti-jurídico ou anti-social (32).

O motivo — generoso e excelso — resguarda da repressão o delinqüente, quando o indivíduo é completamente falho de nocividade e destituído de qualquer perigo para a comunhão.

A premissa é falsa: o homem não tem o direito de dispor da sua vida, cuja função é eminentemente social.

E o motivo nobre, como eximente da responsabilidade, não se deve adstringir ao matador do consenciente, sendo matéria a estender-se, de futuro, a todos os delitos, na parte geral dos códigos, a menos que sirva de característica a qualquer outro crime.

O homicídio piedoso permanece como figura de delito especial, esmaecido e sem causar alarme, em consequência de nada temer a sociedade do criminoso.

Expressa um HOMICÍDIO PRIVILEGIADO ou EXCETO e comina-se pena moderada ao seu autor unicamente como arma de defesa social (33).

Qual o reflexo desses conceitos no direito penal positivo?

Alguns Códigos, em número muito reduzido, sustentam a impunibilidade da eutanásia, sem contudo negar a sua injuridicidade.

O da Tcheco-Slováquia reconhece, em certos casos, a eutanásia como excludente da responsabilidade.

O Código Penal Russo, de 1922, ao contrário do atual, isentava de culpa o homicídio compassivo, a pedido da vítima (34).

32 — V. Capítulo — *Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio*.

33 — ALTAVILLA, *liv. cit.*, n. 226.

34 — V. CEZAR DA SILVEIRA, *liv. cit.*, pág. 156; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 59; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, n. 27, pág. 115; EVANDRO CORREIA DE MENEZES, *liv. cit.*, n. 52.

Os Códigos Uruguaio e Colombiano colocam o homicídio piedoso sob a égide do perdão judicial, exigindo o primeiro súplicas reiteradas da vítima e “antecedentes honrosos” do acusado (35), requisitos de que prescinde o segundo, subordinando, porém, a sua concessão ao “fim de acelerar uma morte iminente ou de pôr termo a graves padecimentos ou lesões corporais, reputadas incuráveis” (36).

Silenciam sobre o homicídio consensual, DEIXANDO-O SOB O REGIME DO HOMICÍDIO SIMPLES OU COMUM, os Códigos Penais da Bélgica, França, Portugal, Rússia (1º de agosto de 1933), Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Haiti, México, Panamá, Paraguai, Peru, Pôrto Rico, Venezuela, etc.

Emprestam tipicidade própria ao homicídio consensual os Códigos Penais da Hungria, § 282, Holanda, § 293, Japão, art. 310 (37), Alemanha, art. 216, Austria, 139, A, Dinamarca, art. 239, Espanha, art. 409, Groenlândia, art. 57, n. 2º, Itália, art. 579, Colômbia, art. 368, Costa Rica, art. 189, S. Salvador, art. 361, etc.

No nosso regime penal, nada influi no homicídio o consentimento da vítima, o qual não tira à morte, assim efetuada, a sua ilicitude.

Não obstante, a eutanásia é tida como homicídio exceto ou privilegiado, NÃO EM FUNÇÃO DO CONSENTIMENTO DO SEU SUJEITO PASSIVO, mas em homenagem à NOBREZA do motivo determinante (38).

35 — Art. 37.

36 — Art. 364.

37 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, vol. 4º, pág. 637, nota 15; ALTAVILLA, *liv. cit.*, n. 256, no fim.

38 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, V, n. 2, e nota 1; ANIBAL BRUNO,

O direito legiferado nega, portanto, a legitimidade do homicídio eutanásico: é sempre um delito, mesmo que não seja punido por interesse político-criminal.

Falta razão aos defensores da tese contrária.

São inoperantes todos os seus argumentos.

O consentimento da vítima não descrimina o homicídio.

O indivíduo não dispõe da sua própria vida — bem pertencente à coletividade, de que participa.

Ademais, a anuência ao excídio é destituída de validade jurídica.

Rouba-lhe a substância a crise orgânica do desenlace próximo do doente, geradora da atonia da consciência, relegada a verdadeiro estado crepuscular.

A dor é um fenômeno psíquico, insusceptível de mensuração, dependendo a resistência ao seu acúleo, do temperamento e da força moral da pessoa, mormente da sua fé e da sua crença no sobrenatural.

A continuidade da aflição insensibiliza de algum modo o paciente.

Quem muito sofre acaba se adaptando aos seus males, em cujo meio continua vivendo e apreciando a existência, apesar de tormentosa.

A incurabilidade de qualquer moléstia representa mero mito.

Repetem-se, dia a dia, de maneira impressionante, os erros de diagnóstico. E a medicina avança, cada vez mais, na sua luta contra as doenças, com a restauração da saúde, em muitos casos outrora tidos como completamente perdidos.

Exemplos típicos: as modernas curas da raiva, da tuberculose, da morfêia e do tifo.

Afinal, a vida é um dom de Deus. Ele a dá; Ele a conserva; Ele a suprime. Só excepcionalmente o Estado ou o indivíduo pode anulá-la, o último para garantir a sua existência ou um seu direito essencial, procedendo ambos, em tôdas as conjunturas, em função das super-nas conveniências da harmonia social, e nunca para atender a um interêsse privado do cidadão (39).

Ninguém tem o direito de matar-se, fazer-se matar ou matar alguém, mediante súplica ou consentimento, com fins terapêuticos ou compassivos.

C) — . . . **Ou sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima.**

Como já vimos, no capítulo anterior, códigos penais, em crescido número, disciplinam, especificam, casuisticamente, a ESCUSA DA PROVOCACÃO, para reconhecer o HOMICÍDIO PRIVILEGIADO, em virtude da mesma, havendo: a) — imediatas, graves e injustas violências físicas, ou ofensa e injúria da mesma natu-

39 — V. Capítulo — Induzimento — Instigação ou Auxílio a Suicídio — Os adeptos da eutanásia partem do princípio do direito do homem dispor de si mesmo e da sua vida, vez que o suicídio não é punido. E trazem em auxílio da sua tese, contra a pregação da violabilidade da vida humana, a sua destruição LEGAL, no estado de guerra e na pena capital e pelo próprio indivíduo, na legítima defesa. (EVANDRO CORREIA DE MENEZES, *liv. cit.*).

Essas soluções são ditadas pelo INTERÊSSE COLETIVO, em nome de iniludíveis imposições do todo social, e não pela vontade do membro sujeito passivo da morte.

Sublinha NELSON HUNGRIA, de acôrdo com GARCIA PIN-TOS, "El respecto a la vida, que o problema da eutanásia não encerra a verdadeira piedade, traduzindo uma manifestação psíquica mórbida, chamada "lástima-eutanásica" — espécie de hiper-estesia psíco-orgânica de ordem puramente neurovegetativa, capaz de fazer matar, não tanto para evitar as dores do enfêrmo, mas fazer cessar a sua própria dor, provocada pelo espetáculo alheio". (Em EVANDRO CORREIA DE MENEZES, *liv. cit.*, pág. 7, *liv. cit.*, n. 27, pág. 120).

reza; b) — ou atuais e sérios atentados, cometidos durante o dia, como escalada e arrombamento, contra a propriedade imóvel do autor; c) — ou encontro da mulher pelo marido em flagrante adultério ou em situação, que o torne indubitável, com a morte dela, do amante ou de ambos, como também do marido pela mulher em idênticas condições; d) — ou surprêsa da filha menor pelo pai e da irmã pelo irmão e da neta pelo avô, na prática do comércio carnal ilícito.

Códigos Penais modernos, inspirados no anteprojeto suíço de 1916 e como guerra às constantes absolvições em crimes passionais (40), abandonaram a diretriz indicada e preferiram regular o assunto em uma regra comum, ora na parte geral, ora na parte especial, erigindo em PRIVILEGIADO o homicídio cometido sob influxo de momentânea e grave emoção do agente, resultante de fato, que corporifique injusta provocação do morto.

A fórmula do Código Penal do Brasil — “se o agente comete o crime, SOB O DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO EM SEGUIDA A INJUSTA PROVOCÇÃO DA VÍTIMA, O JUIZ PODE REDUZIR A PENA DE UM SEXTO A UM TÊRÇO (41) — equivale às dos Códigos Penais da Alemanha, Bulgária, Polônia, Suíça, China, Argentina, Peru, cujos textos, a respeito, reproduzem o mesmo princípio em termos equipolentes (42).

Os seus ditames não são restritivos. Ao contrário, são ampliativos.

40 — CARLOS FONTAN BALESTRA, *Manual de derecho penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págs. 40 e 43; EUSÉBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 386, B, pág. 90.

41 — *Arts.* 121, § 1º.

42 — *V. Capítulo anterior.*

Na sua vigência, originam o HOMICÍDIO PRIVILEGIADO não só os fatos padrões da PROVOCAÇÃO, alguns, como as violências em determinadas condições, enumerados nos estatutos da corrente especificadora, como também qualquer outro fato — material ou moral — contra o próprio indivíduo ou terceiro da sua afetividade, que consubstancie uma PROVOCAÇÃO INJUSTA, capaz de fazer explodir a emoção repentina e violenta, confinante com a loucura — sob cujo fulcro se consuma o crime — por isso mesmo objeto da escusa minorante, *diminuído* no seu conteúdo e rebaixado na sua repressão (43).

A provocação é proteiforme. “Pode consistir em ofensas à honra, vias de fato, ameaças, riso de escárnio ou de desprezo, apelidos vilipendiosos, expressões ambíguas, indiretas mordazes, revelação de segredos, exercício abusivo de direito, etc.” (44).

A provocação será sempre uma ofensa atual — de natureza material, traduzida em fato consumado, ou iminente ou futuro — e de natureza moral, consistente na ameaça de ofensa.

Terá como objeto a lesão de um bem ou de um interesse e um perigo de lesão, podendo visar a todos os direitos (pessoais e patrimoniais) a vida, a saúde, as coisas imóveis ou móveis, etc.

A lesão, veículo da provocação, pode constar excepcionalmente até de VIOLÊNCIA FÍSICA, contra o

43 — SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, págs. 79, 81, 83 e 84; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, vol. I, parte especial, págs. 40, 45 e 46; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 47.

44 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. II, pág. 40; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, vol. I, págs. 41 e 42; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, pág. 177; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, pág. 75; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 128; PEDRO VERGARA, *liv. cit.*, pág. 201.

indivíduo, como ferimento ou atentados contra a propriedade — escalada, arrombamento — desde que, retratando na realidade uma AGRESSÃO, não íntegro, por excesso de defesa, a justificativa do art. 21 do nosso Código Penal — hipótese em que se opera, no rigor da lei, apenas o HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (45).

Nessas condições, o agente fica em puro ESTADO DE CHOQUE EMOCIONAL, ostentando impulso desordenadamente afetivo destruidor do poder reflexivo de frenação.

A essa turbação anímica, a essa tempestade interior, a essa ofuscação psíquica, cujas raízes são o medo e o perigo, ilhos gêmeos do instinto de conservação, chama a lei de VIOLENTA EMOÇÃO (46), que se tem de aflorar no rastro do fato, incontinenti à provocação, imediatamente depois do seu recebimento.

Deve haver, entre a provocação e a emoção com a sua reação, “uma concordância semelhante a de comprimir o botão da campainha e fazê-la soar”.

A emoção comum, a mera exaltação dos sentidos, desacompanhada da perturbação do fenômeno volitivo, não desempenha papel de escusa minorativa.

I) — Logo em seguida. . .

“LOGO EM SEGUIDA”: a reação acompanha a ofensa, sem intervalo de tempo, o homicídio produz-se durante o arrebatamento emocional.

A sua intensidade depende da proporção entre a CAUSA DESENCADEANTE DA PROVOCACÃO E A REACÃO EMOTIVA, cuja mensuração jurídica foi re-

45 — PEDRO VERGARA, *liv. cit.*, n. 142, C., págs. 193—194; V. CEZAR DA SILVEIRA, *liv. cit.*, vol. I, pág. 337; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, n. 128. — V. Capítulo anterior.

46 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. II, pág. 40; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 128.

legada ao juiz, na conformidade das circunstâncias objetivas do acontecimento, tendo em vista também as características pessoais do meio, em que vivem o impudado e o provocador.

O que é ofensa para um indivíduo, pode não o ser para outrem. O que é insulto numa região, considera-se gracejo em outras partes.

II) — Injusta provocação da vítima.

O choque emocional representa um ataque intenso de CÓLERA ou de IRA, nascida da INDIGNAÇÃO, produzida por uma injustiça, ou pelo temor de uma injustiça contra a sua pessoa ou a de outrem, da sua amizade, CONSTANTE DA PRÁTICA DE UMA AÇÃO PELA VÍTIMA CONTRÁRIA AO DELITO

Segundo a lição de Carrara, “esta ação injusta se chama PROVOCAÇÃO, se dá corpo a uma ofensa à pessoa; ou se chama JUSTA DOR, se dá corpo a uma ofensa à propriedade ou a pessoas, que nos sejam caras” (47).

No direito moderno, porém, não há razão para que se distingam a PROVOCAÇÃO e a JUSTA DOR, visto que os elementos da injustiça e da emoção, a IRA, o MÊDO, a INDIGNAÇÃO, são comuns nos dois casos. Quer se trate, portanto, de uma ofensa injusta à pessoa, aos bens, ou aos entes caros — haverá sempre provocação.

“A ofensa deve ter a capacidade de fazer surgir efeitos não conformes com a lei”.

Deve, porém, consistir a provocação no ataque, na ameaça ou em qualquer forma relevante de ofensa a

47 — *Liv. cit.*, § 325.

um direito subjetivo do imputado, quando êste não estava obrigado a sofrê-los.

A injustiça da provocação é o estopim da emoção violenta ou do choque emocional.

A provocação é a razão de ser da escusa diminuinte (48).

Deve consistir, em remate, na ilegitimidade do fato, que a materializa, revestido necessariamente do caráter de abuso, sem nenhum fomento de justiça.

O fato legítimo — cumprimento do dever ou exercício de direito — mesmo suscitando reação emotiva de quem o recebe, não serve de fonte à ESCUSA MINORANTE DA PROVOCAÇÃO, como, por exemplo, a despedida de um empregado ou providências disciplinares contra um subordinado faltoso.

INJUSTA, a provocação tem de ser fatalmente um ato humano voluntário e consciente, não dispensando a intencionalidade.

Assim, não pode partir de seres irracionais e de indivíduos irresponsáveis (49).

Admite-se a provocação recíproca, não beneficiando, na hipótese, a escusa diminuinte àquele, que a iniciou, dando lugar a ser, por sua vez, provocado, com a reação do ofendido.

Contemporânea, aproveitará a ambas as partes (50).

Accepta-se que a forma putativa da provocação — a

48 — PEDRO VERGARA, *Das Circunstâncias Atenuantes no Direito Penal Vigente*, n. 149; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, pág. 81.

49 — *Código Penal*, arts. 22, 23 e 24, § 1º; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. II, pág. 40; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 128.

Contrariamente PEDRO VERGARA, *liv. cit.*, n. 147, com apoio em PENSO, *La Defesa Legítima*, 1939, pág. 75.

50 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. II, pág. 41.

errônea crença de uma provocação injusta — levará o juiz, face às circunstâncias, a classificar o homicídio como privilegiado.

Há, outrossim, provocação injusta até mesmo em um fato culposo — pisar imprudentemente o pé de alguém (51).

Se o indivíduo, injustamente provocado por outro, reage, imediatamente, em choque emocional, contra o mesmo, e, com erro de pessoa (52), sacrifica a vida de terceiro, subsiste, no caso, o **HOMICÍDIO PRIVILEGIADO** (53).

O **HOMICÍDIO PRIVILEGIADO** é uma arma legal contra as freqüentes absolvições, de outrora, dos matadores passionais, sob a sombra da privação dos sentidos (54).

A inovação não tem sedimento na alma popular; não logra apoio no sentimento coletivo: para a nossa sociedade a paixão desvaira e subverte o espírito do homem, que mata, como um autômato, sob o seu fascínio, merecendo o criminoso as simpatias gerais.

A realidade humana terá, com o seu poder invençível, de obter remédios para corrigir os excessos da lei e pô-la em consonância com a moral do meio.

É o que está ocorrendo (55).

D) — **Natureza jurídica do homicídio privilegiado.**

No nosso direito, o crime passional, nêle incluído o emocional, é um **homicídio privilegiado** ou **exceto** (56).

Impõe-se uma indagação:

51 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 129.

52 — *Código Penal*, art. 17, § 3º.

53 — *Nelson Hungria, mesmo lugar.*

54 — *Código Penal de 1890*, art. 27, § 4º.

55 — *V. Capítulo anterior.*

56 — *Cód. Penal*, art. 121, § 1º.

É o homicídio privilegiado ou exceto apenas uma expressão do **homicídio simples** (57), peculiar à sua figura, ou é uma **forma autônoma, especial, particular, própria** do homicídio, em geral, ajustável tanto ao homicídio simples (58), como ao homicídio qualificado (59)?

O tema não tem despertado a atenção, que reclama.

Não o elucidam os grandes tratadistas Nelson Hungria, Bento de Faria, Ary Azevedo Franco, Ivair Nogueira Itagiba e Carlos Xavier, nos seus conhecidos livros.

Galdino Siqueira (60), Roberto Lyra (61), Ribeiro Pontes (62), e Jorge Severiano Ribeiro (63) pregam que o homicídio privilegiado é **uma modalidade do HOMICÍDIO SIMPLES** e só, nêle, e **não no qualificado**, a emoção pode autorizar a redução da pena de um sexto a um terço.

A jurisprudência é controversa.

Ora, admite que "podem ser aplicadas ao homicídio qualificado as causas especiais de diminuição de pena, prevista no § 1º do art. 121 do C. P. Objetar-se-á que a disposição só se refere ao homicídio simples. Dir-se-á não ser possível conciliar **delito exceto** com homicídio qualificado. Por mais respeitável que sejam as objeções, não devem prevalecer à realidade. Não seria sensato contrariar o sentido social, o alcance moral, a finalidade humana da lei. O Cód. Penal, para o efeito da aplicação da pena, dá relevância aos

57 — *Cód. Penal, art. 121.*

58 — *Cód. Penal, art. 121.*

59 — *Cód. Penal, art. 121, § 2º.*

60 — *Tratado de Direito Penal, Parte Especial, t. I, n. 767.*

61 — *Liv. cit., vol. V, n. 27.*

62 — *Liv. cit., 1º vol., pág. 199.*

63 — *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, 3º vol. pág. 47.*

motivos determinantes do crime. O homicídio é qualificado em virtude de certas circunstâncias elementares; em que pese a isso, nêles podem coexistir motivos de relevante valor moral ou social. São perfeitamente harmonizáveis causas especiais de diminuição e circunstâncias qualificativas". (Ac. un. da Câm. Reun. do T. A. do Est. R. J., em 14-9-45, na rev. crim., n. 133, de Rezende, rel. Des. IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, in 'Arq. Jud.', v. 76, p. 512) (64).

Ora, resolve que "as causas especiais de diminuição de pena não se aplicam ao homicídio qualificado" (65).

Ante êsse dissídio interpretativo, cabe ao Supremo Federal fixar o verdadeiro sentido do texto da lei federal apreciada (66).

Não conhecemos pronunciamento seu, a respeito.

Entretanto, reveste-se de transcendência, nos seus efeitos penais, a solução do problema.

Apreciemos as suas conseqüências:

No homicídio **simples**, cometido **NAS CONDIÇÕES do art. 121, § 1º do Código Penal**, a pena, oscilante entre seis a vinte anos de reclusão, pode ser reduzida de um sexto a um terço.

E no homicídio **qualificado**, realizado **NAS MESMAS CONDIÇÕES DO Art. 121, § 1º do Código Penal**, permanece **RÍGIDA E IMUTÁVEL**, não podendo sofrer a referida diminuição a pena, variável entre **doze e trinta anos de reclusão**.

A injustiça entra de olhos adentro.

64 — VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, Max Limonad, Editor, Rio de Janeiro, São Paulo, 1955, 2º vol., n. 1821.

65 — VALENTIM ALVES DA SILVA, *liv. cit.*, ns. 1822, 1831 e 1839.

66 — *Constituição Federal*, art. 101, III, d.

Evidente o absurdo.

Inaceitável tóda a hermenêutica, que a êle conduz o exegeta.

Na realidade, no homicídio **qualificado**, “**podem coexistir motivos de relevante valor moral ou social**”.

Demonstram-no os três exemplos, de propósito colhidos, de **homicídios eutanásicos qualificados**, um, pelo emprêgo de asfixia, e os outros dois, por terem sido efetuados, mediante o uso de veneno.

Quem, no mundo, condenaria os seus autores à pena de doze a trinta anos de reclusão? Quem lhes negaria a redução de um sexto a um terço da pena?

Pelo contrário, tóda a gente dar-lhes-ia, se possível fôsse, a sua absolvição.

O homicídio **privilegiado** é uma forma autônoma de homicídio, muito embora a nossa lei não lhe comine pena especial, atribuindo-lhe papel de minorante.

A qualificação do homicídio não exclui o seu privilégio. Ao invés disso, quando, no homicídio **privilegiado**, aparece uma circunstância agravante qualificativa do homicídio, ela perde o seu papel específico de tradutora de maior malícia e mais séria periculosidade do agente, FACE AO SUPERIOR MÓVEL DO SEU PROCEDIMENTO.

Não traduz mais intensa pravidade.

Nêle o dolo é mínimo — a vontade de matar, dentro de uma turvação de consciência, por muitos tida como loucura; é **vontade de matar PARA O BEM e não para o mal da vítima**.

Em semelhante conjuntura, ocorre uma forma incompleta do estado de necessidade.

Designam-se sob êste nome as “situações, em que uma pessoa se encontra colocada na aflitiva alternati-

va, quer entre um mal grave e a desobediência da lei, quer entre a afeição aos seus parentes próximos e a obediência à lei" (67).

O estado psíquico angustioso do sujeito ativo do homicídio, a pressão moral, por êle sofrida para a prática da morte, apagam de todo os efeitos qualificativos de qualquer circunstância elementar, nêle encontrada.

A sua participação não significa adrede aumento de sofrimento para a vítima, nem procurada garantia para o êxito da ação, nem proposital relêvo de criminalidade.

É FORTUITA, ACIDENTAL, na quase inimputabilidade moral do delinqüente, nos têrmos da nossa lei (68).

O direito penal comparado reforça a nossa solução à tese em debate.

Nos Códigos Penais da Alemanha (69), Bulgária (70), Suíça (71), China (72), e Argentina (73), há dois tipos de homicídio — o **simplex ou a morte comum** e o **qualificado ou assassinio** — e a ambos se adaptam o homicídio **passional**, em sentido lato, **emocional**, na sua acepção restrita, e **PRIVILEGIADO OU EXCETO**, na técnica criminológica.

67 — GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, n. 231; ALIMENA, *Il limiti ei modificatosi dell'imputabilità*, parte V, cap. III, §§ 6 e 7.

68 — Art. 121, § 1º.

69 — Arts. 211, § 1º, 212, § 1º, e 213.

70 — Arts. 126, 127 e 128.

71 — Arts. 111, 112 e 113.

72 — Arts. 271, 272 e 273.

73 — Arts. 79, 80 e 81, A.

HOMICÍDIO CULPOSO

H O M I C Í D I O C U L P O S O

Código Criminal de 1830:

— Omisso —

Lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871:

Art. 19 — Aquêles que por imperícia, imprudência ou falta de observância de algum regulamento cometer ou fôr causa de um homicídio involuntário será punido com prisão de um mês a dois anos e multa correspondente.

Código Penal de 1890:

Art. 297 — Aquêles que por imprudência, negligência ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar, cometer ou fôr causa involuntária, direta ou indiretamente, de um homicídio, será punido com prisão celular por dois meses a dois anos.

Código de 1940:

Art. 121 — Matar alguém:

.....
§ 3º — Se o homicídio é culposo:

Pena — detenção, de um a três anos.

§ 4º — No homicídio culposo, a pena é aumentada de um têtço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro   vítima, não procura diminuir as conseq ncias do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

Exposição de motivos:

39 — No tratamento do **HOMICÍDIO CULPOSO**, o projeto atendeu à urgente necessidade de punição mais rigorosa do que a constante da lei penal atual, comprovadamente insuficiente. A pena cominada é a de detenção por um a três anos, e será especialmente aumentada se o evento “resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte, ofício ou atividade”, ou quando “o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante”. Deve nota-se, além disso, que entre as **PENAS ACESSÓRIAS** (Cap. V da “parte geral”) figura a de “incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de licença, habilitação ou autorização do poder público”, quando se trate de crime cometido com infração de dever inerente à profissão ou atividade. Com êstes dispositivos, o projeto visa, principalmente, à **CONDUÇÃO DE AUTOMÓVEIS**, que constitui, na atualidade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa freqüente de eventos lesivos contra a pessoa, agravando-se o mal com o procedimento **POST FACTUM** dos motoristas, que, tão somente com o fim egoístico de escapar à prisão em flagrante ou à ação da justiça penal, sistematicamente imprimem maior velocidade ao veículo, desinteressando-se por completo da vítima, ainda quando um socorro imediato talvez pudesse evitar-lhe a morte.

HOMICÍDIO CULPOSO

1) — Tipos de legislação. 2) — História. 3) — Direito brasileiro. 4) — Homicídios doloso, culposo e casual. 5) — Homicídio culposo. 6) — O conteúdo da culpa. 7) — As formas de culpa. 8) — Unificação da culpa. 9) — Classificação do homicídio culposo. 10) — Causas voluntárias do homicídio culposo: A) — A imprudência. B) — A negligência. C) — A Imperícia. 11) — Culpa consciente e culpa inconsciente. 12) — Culpa consciente na imprudência, na negligência e na imperícia: A) — Homicídio com imprudência consciente. B) — Homicídio com negligência consciente. C) — Homicídio com imperícia consciente. 13) — A mensuração da culpa — Teorias subjetiva, objetiva e mista. 14) — Homicídio culposo e as ações livres na causa. 15) — Compensação de culpas. 16) — Agravantes e atenuantes. 17) — Co-autoria no homicídio culposo. 18) — Concurso de homicídios culposos. 19) — Tentativa nos crimes culposos, pròpriamente ditos. 20) — Justificação putativa nos homicídios culposos, impròpriamente ditos. 21) — Discriminantes putativas. 22) — Excesso culposo nas discriminantes reais. 23) — Agravantes e atenuantes no homicídio culposo, impròpriamente dito. 24) — Tentativa no homicídio culposo, impròpriamente dito.

1) — Tipos de legislação.

Encontram-se entre os códigos penais diferentes orientações no tratamento do HOMICÍDIO CULPOSO.

Uns inserem, na sua parte geral, o conteúdo ou a definição de culpa, com o cuidado de aclarar que só existe crime culposo, quando individualmente previsto e apenado, na parte especial, O QUE OCORRE COM O HOMICÍDIO CULPOSO (1).

Outros silenciam a noção de culpa, na sua parte geral, e tipificam, na sua parte especial, os crimes culposos, que admitem, EM CUJO NÚMERO SE DISTINGUE O HOMICÍDIO CULPOSO (2).

Diversos subordinam, na sua parte geral, a existência dos crimes de culpa — sem precisar o seu sentido — à inclusão das respectivas figuras, como entidades autônomas, na sua parte especial (3).

Vários fazem a incriminação genérica da culpa num único texto, o que consolida, de maneira iniludível,

1 — Códigos Penais — BULGÁRIA, arts. 4 (parte geral) e 130 (parte especial) POLÓNIA, arts. 13 e 14, § 2º, e 230 (parte especial); ITALIANO, de 1930, arts. 43 (parte geral) e 371 (parte especial); SUIÇO (21 de dezembro de 1937, com modificações de 5 de outubro de 1950), arts. 18 (parte geral) e 117 (parte especial); RUSSO (22 de novembro de 1926), arts. 10, letra b (parte geral) e 139 (parte especial); PORTUGUÊS, arts. 2 (parte geral) e 368 (parte especial); BOLIVIANO, arts. 2 (parte geral) e 506 (parte especial); PERUANO, arts. 82 (parte geral) e 156 (parte especial); URUGUAIO, arts. 18, (parte geral) e 314 (parte especial); COLOMBIANO, arts. 12 (parte geral) e 370 (parte especial); EQUATORIANO, arts. 14 (parte geral) e 435 (parte especial), etc.

2 — CÓDIGOS PENAIS: FRANCÊS, art. 319; BELGA, art. 418; HOLANDÊS, art. 158; ALEMÃO, § 222; ARGENTINO, art. 84; HAITIANO, art. 284; DOMINICANO, art. 319; PANAMENHO, art. 311; VENEZUELANO, art. 417.

3 — CÓDIGOS PENAIS: DINAMARCA, arts. 10 (parte geral) e 241 (parte especial); CHINA, arts. 12 (parte geral) e 276 (parte especial); COSTA RICA, arts. 18 (parte geral) e 190 (parte especial) e PARAGUAI, arts. 6º (parte geral) e 334, combinado 357 (parte especial).

O CRIME DE CULPA, entidade repressiva, que abrange tôdas as variantes dos delitos dessa natureza, INCLUSIVE O HOMICÍDIO (4).

Serve-lhes de modelo o Código Bávaro de 1813 concebido por Feuerbach.

No direito inglês e no direito americano, a morte de alguém, proveniente de culpa praticada em ato lícito, denomina-se HOMICÍDIO SIMPLES (MANSLAMGHTER), que se contrapõe à figura dolosa do HOMICÍDIO DELIBERADO (MURDER) (5).

O nosso Código Penal (Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) situa-se na primeira corrente: no art. 15, n. II, traça a substância de crime culposo; no § único do mesmo, subordina-o à expressa cominação penal e, na sua parte especial, enumera as suas formas de per si, salientando-se entre elas a de HOMICÍDIO CULPOSO (6).

2) — História.

As crianças, ao impacto da dor, opõem idêntica

4 — CÓDIGOS PENAIS revogados dos cantões suíços: TURGOVIA, § 29; GRISONES, §§ 22 e 23; AROGAVIA, art. 20; LUCERNA, §§ 24 e 25; FRIBURGO, art. 32, etc.

Entre os vigentes: ESPANHOL, art. 565; CHILENO, art. 490; HONDURENHO, art. 561.

No tocante ao Código ESPANHOL, há divergências. Interpretam-no, de acôrdo com o exposto, EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. I, pág. 338; e t. II, pág. 400; EDMUNDO MEZGER, *liv. cit.*, pág. 190; OSVALDO PINERO, *Derecho Penal*, pág. 180; e RODOLFO RIVAROLA, *Exposition*, t. I, pág. 74, em ASÚA, *liv. cit.*, pág. 723; QUINTINO RIPOLLES, *Culpa e Imprudência*, pág. 62, em ASÚA, *liv. cit.*, pág. 737; ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1930, vol. I, pág. 146.

Contrariamente, ASÚA, sustentando a pluralidade de crimes culposos (*Liv. cit.*, págs. 723 e 730).

5 — LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, págs. 709 — 712.

6 — Art. 121, § 3º.

reação, sem indagar se a sua origem é casual ou produto do propósito de outra pessoa.

Assim, como lembra Fritz Van Calker, invocado por Luiz Jiménez de Asúa (7), procedem as comunidades primitivas: castigam, do mesmo modo, o indivíduo, que mata, intencionalmente, ferindo o interesse social, como o que o faz, por mero azar, sem nenhum desígnio de perturbá-lo.

Nas legislações de outrora se encontra, desde os mais recuados tempos, os homicídios VOLUNTÁRIO e INVOLUNTÁRIO, de ordinário igualmente punidos, tendo em conta tão somente a materialidade do fato, sem nenhum aprêço à sua motivação psíquica.

A pena, que consiste, geralmente, na morte (8) e também no exílio (9) e na indenização (10), é aplicada, como vingança, na qualidade de retribuição ao mal infligido, ou em obediência a princípios religiosos e a preconceitos de castas, com um critério tão prêso à objetividade material do fato, que alcança às vêzes donos de animais e senhores de escravos homicidas.

No tocante a Roma, não há uniformidade de conceitos.

Hermeneutas do direito romano sustentam que, nos seus textos, não há, em tempo algum, a diferenciação entre o homicídio VOLUNTÁRIO e o homicídio INVOLUNTÁRIO.

Ocupa-se a sua sistemática tão somente do homicídio, considerado na sua materialidade objetiva —

7 — *Liv. cit.*, n. 1489.

8 — *Babilônia, leis de Hammurabi* (2.100 A. C.), *Egito*.

9 — *Hebreus, Frígia, Grécia*.

10 — *Anglos-Germânicos*.

morte de alguém — sem se ater ao fator moral, mesmo quando usa a expressão CULPA (11).

Os seus opositores divergem fundamentalmente dessas conclusões.

Desde as épocas mais afastadas, separa o direito romano o homicídio DOLOSO do homicídio CULPOSO, dando a cada qual as suas características próprias.

Pelas leis régias, tratando-se de homicídio não cometido com dolo, era-se obrigado, apenas, a uma cerimônia religiosa, em que se imolava um carneiro.

Na Lei das XII Tábuas se pune severamente o homicídio DOLOSO e se comina ao autor do homicídio CULPOSO o ressarcimento do dano ou, na sua falta, um leve castigo.

Durante tôda a época republicana e nos tempos imperiais, continua firme a distinção entre os crimes de homicídio DOLOSO e CULPOSO, aplicando-se sòmente ao primeiro uma pena pública (12).

A diversificação, no tratamento penal, torna-se nítida, a partir do Imperador Adriano: enquanto se aplica ao homicídio DOLOSO a pena de morte, desde Justiniano (13), o homicídio culposo é punido EXTRA-ORDINARIAMENTE.

No reinado de Adriano, foi reprimido com cinco anos de destêrro o homicídio culposo de Cláudio, filho de Lupo, por Evaristo, originado de uma queda, dada por brincadeira no primeiro pelo segundo, sem nenhum ânimo de ofender.

O homicídio involuntário tornou-se — como o cri-

11 — FRANZ VON LISZT, *liv. cit.*, t. I, pág. 290.

12 — TOSTI, *La colpa penale*, em Raul Machado, *A culpa no direito penal*, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1929.

13 — GALDINO DE SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Especial*, n. 359.

me culposo — uma realidade na consciência jurídica universal, com o triunfo da teoria subjetiva da culpa, baseada na previsibilidade do evento.

Inspirada nos princípios do cristianismo, determinantes da responsabilidade moral, teve fomento no direito canônico, no direito romano e dominou o direito bárbaro, transplantando-se para as legislações antigas e modernas (14).

Atualmente, o homicídio involuntário figura, como crime autônomo, em quase todos os códigos penais das nações civilizadas.

3) — Direito brasileiro.

Na inexplicável omissão, face ao seu adiantamento, do Código Criminal do Império de 1830, sobre o homicídio culposo, costumam os nossos autores indicar, como fonte dessa figura, no direito brasileiro, a Lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871, cujo art. 19 considera homicídio INVOLUNTÁRIO o cometido por imperícia, imprudência ou falta de observação de algum regulamento (15).

Entretanto, como observa Viveiros de Castro, já as Ordenações do Reino tinham previsto o homicídio involuntário, deixando ao critério do juiz a apreciação da culpa. “E se a morte fôr por algum caso sem malícia, ou vontade de matar, será punido ou relevado, segundo sua culpa ou inocência que no caso tiver (16).

14 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 5º, n. 1778; ALVARO SARDINHA, *liv. cit.*, cap. 3º; RAUL MACHADO, *liv. cit.*, págs. 21 e segs.

15 — JOÃO VIEIRA, *liv. cit.*, vol. II, n. 145; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 3, pág. 57; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, vol. I, pág. 207; ALVARO SARDINHA, *liv. cit.*, pág. 81; GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, pág. 580.

16 — *Questões de Direito Penal*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1900, pág. 2.

O Código Penal de 1890 prescrevia:

“Art. 297 — Aquêlê que, por imprudência, negligência ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar, cometer ou fôr causa involuntária, direta ou indiretamente, de um homicídio, será punido com prisão celular por dous meses a dous anos”.

Pelo art. 15, n. II, do Código Penal de 1940, “diz-se o crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado, por imprudência, negligência ou imperícia”.

E no art. 121, § 3º, prescrevia que “SE O HOMICÍDIO É CULPOSO, pena — detenção de um a três anos.

4) — Homicídios doloso, culposo e casual.

A morte de um homem por outro homem pode ser:

a) — obra da vontade do agente, tanto na ação ou omissão determinante do evento letal, como na sua própria verificação;

b) — involuntária consequência de uma ação ou omissão VOLUNTÁRIA do sujeito ativo;

c) — produto de um puro acidente ou de uma fatalidade, cujo resultado remoto e incriminável se origina de uma ação ou omissão voluntária do autor, sem que se possa atribuir à mesma qualquer responsabilidade, já na causa, já no evento.

Trata-se de HOMICÍDIO DOLOSO na primeira hipótese, de HOMICÍDIO CULPOSO na segunda e de HOMICÍDIO CASUAL na terceira.

No homicídio doloso, o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo (17).

Praticou a ação ou omissão com malícia, ciente e consciente do seu efeito funesto.

17 — Código Penal, art. 15, n. 1.

No homicídio culposo, o agente não quis o desenlace fatal, não teve vontade de matar, MAS NÃO EMPREGOU A SUA VONTADE EM EVITAR A MORTE (18), que êle podia e devia prever, particularidade esta, que constitui a culpa, cuja essência está, assim, na previsibilidade do acontecimento.

No homicídio casual, a morte da pessoa não foi querida, nem podia ser prevista por quem quer que seja, ocorrendo, portanto, sem dolo e sem culpa e com absoluta ausência de nexos causal psíquico de responsabilidade penal (19). Nêle não há crime.

Distingue-se o homicídio doloso do culposo, pela interferência do dolo no primeiro e pela sua carência no segundo, onde impera a culpa.

Diferencia-se o homicídio culposo do casual, pela previsibilidade das conseqüências fatais do procedimento voluntário do agente, a qual domina aquêle e desaparece totalmente nesse.

5) — Homicídio culposo.

O homicídio culposo é chamado também homicídio involuntário, denominação, aliás, inconveniente, visto como se o homicídio culposo é invariavelmente um ato voluntário, o mesmo ocorre também com o homicídio casual (20).

O homicídio culposo é a morte de alguém (21) sem

18 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 5., n. 1783.

19 — *Código Penal*, art. 11.

20 — J. J. HAUS, *Principes Généraux de Droit Pénal*, Ernest Thorin, Editeur, Paris, 1879, t. 1º, n. 321; ADOLFE PRINS, *liv. cit.*, n. 308; R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 5, n. 1176; ENRICO ALTAVILLA, *liv. cit.*, vol. X, cap. IV; VIVEIROS DE CASTRO, *Jurisprudência Criminal*, H. Garnier, Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1900, cap. XII; *Questões de Direito Penal*, pág. 2; MACÊDO SOARES, *liv. cit.*, pág. 609; JOÃO VIEIRA, *liv. cit.*, n. 145.

21 — *Código Penal*, art. 121.

que o seu autor a quisesse diretamente ou assumisse o risco de produzi-la (22), dando-lhe, porém, causa por imprudência, negligência ou imperícia (23).

6) — O conteúdo da culpa.

A imprudência, a negligência e a imperícia são, no nosso direito, as modalidades características da culpa, cujo substrato é a previsibilidade, que se encerra na atenção e na previdência, imanentes à atuação dos homens normais.

Cifra-se, afinal, a culpa na falta de previsão do dano causado, embora previsível.

E pode ser definida, em síntese, como “a infração a uma norma de PRECAUÇÃO ou de PRUDÊNCIA (24) ou “a violação de um dever de cuidado, que cabe pessoalmente ao agente, cujo resultado êle pode prever” (25).

Na essência, em tôdas as suas hipóteses, reduz-se a culpa em não se haver empregado as precauções destinadas a evitar prejuízos a terceiro ou a si próprio, pois têm etiologia comum o DELITO CULPOSO e o infortúnio (26).

7) — As formas de culpa.

São a imprudência, a negligência e a imperícia.

A imprudência é um fato ilícito de **comissão**. A negligência é um fato ilícito de **omissão**.

22 — Código Penal, art. 15, n. I.

23 — Código Penal, art. 121, § 3º, comb. 15, n. II.

24 — RICARDO C. NUNES, *La culpabilidad en el Código Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 128.

25 — EDMUNDO METZGER, *liv. cit.*, t. II, § 46.

26 — ENRICO ALTAVILLA, *La culpa*, trad. de José J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 7.

Na negligência, a culpa está EM NÃO AGIR para evitar o perigo.

Na imprudência, reside ela EM AGIR ocasionando o perigo.

A imprudência consiste na violação das cautelas, que a experiência comum sugere dever adotar nos incidentes difíceis. E a negligência está na omissão das cautelas.

Na imprudência, há o cometimento de um fato capaz de fazer mal a alguém; na negligência, opera-se a falta de cumprimento de um fato necessário para que o prejuízo não seja possível.

Em remate, a imprudência constitui-se de um ato perigoso, efetuado sem as cautelas necessárias, representando uma temeridade, um ousio, uma petulância, um arrôjo, uma precipitação.

A negligência exprime a inobservância dos deveres, em espécie, inerentes à própria qualidade do encargo ou ofício, e dependentes do seu exercício, traduzindo frouxidão, inércia, incúria e deficiência de atenção ou solicitude.

A imperícia revela-se NA FALTA DE PRÁTICA ou na incapacidade técnica para o desempenho de uma função determinada, cifrando-se numa inaptidão ou na improficiência profissional, genérica ou específica, conhecida do agente e que ele não quer levar em conta.

Em última razão, a imperícia “não é mais do que uma forma particular de imprudência ou de negligência; é a inobservância, por despreparo prático ou insuficiência de conhecimentos técnicos das cautelas peculiares ao exercício de uma arte, ofício ou profissão” (27).

27 — ENRICO ALTAVILLA, *liv. cit.*, ns. 162 e 163, *La culpa cit.*, págs.

8) — Unificação da culpa.

A imprudência, a negligência e a imperícia são formas LEGAIS da culpa, no nosso País, e naqueles, que as admitem, ao lado de mais algumas outras.

Entretanto, em doutrina, toda a culpa tem a sua raiz na NEGLIGÊNCIA, denominador comum, a que atingem todas as suas espécies, e de cuja manifestação são, afinal, meros aspectos a IMPRUDÊNCIA e a IMPERÍCIA, como também as demais modalidades aceitas pelo direito positivo alienígena.

O fundo verdadeiro de todas as gamas de culpa é a NEGLIGÊNCIA do autor, a qual unifica, na sua origem, as suas demais expressões, consistindo, em derradeira análise, num PROCEDIMENTO OMISSIVO DE PRECAUÇÕES, DE MEDIDAS, QUE SE TEM OBRIGAÇÃO DE ADOTAR PARA NÃO SE PRODUZIREM CERTAS CONSEQUÊNCIAS, NÃO PREVISTAS, ENTÃO, APESAR DE PERFEITAMENTE POSSÍVEIS E PREVISÍVEIS.

7 a 16; FRANCESCO ALIMENA, *La Colpa Nella Teoria Generale del Reato*, G. Priulla Editore, Palermo, 1947, n. 37; RICARDO C. NUNEZ, *liv. cit.*, págs. 128 a 132 e 134 a 137; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, ns. 1651 e 1652; VINCENZO MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Santis Meleno, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1948, t. 2, pág. 212; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, pág. 329; ALVARO SARDINHA, *Homicídio Culposo*, A. Coelho Branco Filho, Editor, Rio de Janeiro, 1936, págs. 34 — 90; RAUL MACHADO, *liv. cit.*, págs. 277, 281 e 283; E. MAGALHÃES NORONHA, *Do crime culposo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1957, ns. 19 e 27; ESMERALDINO BANDEIRA, *Tratado de Direito Penal Militar*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1925, vol. I, n. 243, págs. 272 e 273; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, pág. 340; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, n. 79, e vol. V, cit., n. 32; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, 3ª ed., Max Limonad, Editor, São Paulo, vol. I, t. I, n. 81; ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1957, Parte Geral, t. 2º, pág. 471; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Edição Saraiva, São Paulo, 1956, vol. II, pág. 17.

Carrara já ensinava: “Nos delitos culposos, o corpo pode estar ATIVO para fazer os atos, de que nasce o efeito danoso, porém, o ÂNIMO está sempre INATIVO, porque não leva o seu cálculo à previsão de tais efeitos” (28).

A ação da imprudência repousa sempre sobre o descuido ou a obliteração da observância de determinadas cautelas para evitar o resultado típico: é, com exatidão, um processo psíquico de negligência (29).

9) — Classificação do homicídio culposo.

O homicídio culposo pode ser: a) — COM CULPA INCONSCIENTE OU SEM PREVISÃO; b) — COM CULPA CONSCIENTE OU COM PREVISÃO; c) — E COM CULPA POR EXTENSÃO OU POR EQUIPARAÇÃO.

Nos dois primeiros casos se tem o HOMICÍDIO CULPOSO PRÔPRIAMENTE DITO e no último o HOMICÍDIO CULPOSO IMPRÔPRIAMENTE DITO.

Há o homicídio culposo INCONSCIENTE, quando o agente, não se representando a possibilidade do resultado letal, é causa VOLUNTÁRIA de uma morte INVOLUNTÁRIA, cuja previsão, perfeitamente possível, escapou de todo ao seu espírito. A culpa inconsciente é a forma típica da culpa.

28 — *Liv. cit., parte geral, vol. I, § 82.*

29 — ENRICO ALTAVILLA, *La culpa*, pág. 7; FRANCESCO ALIMENA, *liv. cit., n. 37*; VINCENZO MANZINI, *liv. cit., vol. II, pág. 211*; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, n. 1651*; RICARDO C. NUNEZ, *liv. cit., pág. 130 e nota 12*; J. J. HAUS, *liv. cit., t. I, ns. 321 e 325*; NELSON HUNGRIA, *liv. cit., vol. V, n. 79*; ANIBAL BRUNO, *liv. cit., t. 2, pág. 471*; BASILEU GARCIA, *liv. cit., vol. I, t. 1, pág. 259*; JOSÉ FREDERICO MARGUES, *liv. cit., pág. 217*; SALGADO MARTINS, *Sistema de Direito Penal Brasileiro, José Konfino, Editor, Rio de Janeiro, 1957, § 133*; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit. pág. 108.*

10) — **Causa voluntária do homicídio culposo:** A) — A imprudência. B) — A negligência. C) — A imperícia.

A causa VOLUNTÁRIA do homicídio culposo pode ser a imprudência, a negligência ou a imperícia.

A) — **Imprudência.**

I) — Alguém aposta com outrem a ingestão de excessiva dose de álcool, morrendo em seguida à mesma (30).

II) — O motorista conduz o automóvel, em velocidade superior à normal, por uma via pública, e atropela e mata um transeunte, que a atravessa, na impossibilidade de parar repentinamente o veículo, para evitar o seu esmagamento.

III) — A destruição de uma existência pelo disparo inesperado de uma arma de fogo, manejada sem a devida cautela, na presença de outras pessoas.

B) — **Negligência.**

I) — O automobilista, fazendo uma curva, sem tocar a buzina do carro, ou recuando o veículo, sem examinar previamente o desimpedimento da estrada, causa a morte de alguém.

II) — Uma pessoa, podando árvores, deixa cair o galho, que mata um transeunte.

III) — Causar a morte de outrem, deixando circular louco furioso ou animal feroz, de cuja guarda estava encarregado (31).

C) — **Imperícia.**

I) — A morte de um enfermo, mercê de uma ope-

30 — A. CHAVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *liv. cit.*, t. 4º, n. 1419.

31 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 5º, n. 1786; A. CHAVEAU ET HÉLIE, *liv. cit.*, t. 4º, n. 1420.

ração inábil, feita por médico, sem conhecimentos básicos para o ato.

II) — O êrro técnico do cálculo da resistência de materiais, feito pelo engenheiro construtor de uma ponte, determina o seu desmoronamento, acarretando o sacrifício de vidas humanas (32).

No homicídio culposo CONSCIENTE se representa ao autor a possibilidade do resultado fatal.

Tem a previsão do acontecimento funesto, em cuja ocorrência, entretanto, não acredita, confiando, infundadamente, na estrêla ou na sua perícia, nos cuidados empregados no seu procedimento para evitá-la, que ela não se realize.

Age, assim, na convicção de que a morte não se produz. Não obstante, o desenlace não corresponde à sua expectativa. Sobrevém a morte: é o homicídio culposo consciente.

Nêle o agente prevê a conseqüência da morte, PORÉM, PENSA QUE NÃO SUCEDA.

A esperança da sua inverificação, como circunstância decisiva da sua conduta, separa o homicídio doloso consciente do homicídio doloso eventual (33).

32 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 161.

33 — CARRARA, *liv. cit.*, *Parte Generale*, vol. I, §§ 83 e 88, nota, no fim; EDMUNDO MEZGER, *livro citado*, t. II, pág. 173; FRANCESCO ALIMENA, *liv. cit.*, caps. III, IV; RICARDO C. NUNEZ, *liv. cit.*, págs. 128 — 129; ROUX, *Cours de Droit Pénal et de Procédure Pénale*, Paris, 1920, em RAUL MACHADO, *liv. cit.*, págs. 277 — 279; ERNEST VON BELING; *Esquema de derecho penal*, trad. de Sebastian Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, § 26; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 309; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, págs. 621-623; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, t. II, pág. 148; ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*, págs. 5, 8, 22 e 23; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, ns. 1641, 1659; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 3º vol., págs. 55 e 57; ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *liv. cit.*, vol. I, pág. 148; ROBERTO LYRA, *Direito Penal*, *Parte Geral*, vol. II, pág. 304; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv.*

11) — Culpa consciente e culpa inconsciente.

Informa o homicídio culposo — como os demais crimes congêneres — ora a culpa INCONSCIENTE, ora a culpa CONSCIENTE.

A diferença entre ambas, perfilhada pela opinião dominante, mormente na Alemanha, desde Feuerbach, com nascença na divisão romana de CULPA DE IGNORÂNCIA E CULPA DE LASCÍVIA OU LUXÚRIA, correspondentes, respectivamente, à primeira e à segunda, tem, por sua vez, sérios opositores.

Êstes vêem a culpa — cuja contextura é a IMPREVISÃO de um fato previsível — apenas na CULPA INCONSCIENTE.

A culpa CONSCIENTE dá lugar a crimes COM DOLO EVENTUAL, cujos resultados foram previstos e não queridos (34).

Para os seus próprios partidários repousa num artifício lógico a teoria da culpa CONSCIENTE: o agente não prevê o fato apurado — morte, ferimento, etc. — E SIM A SUA NÃO REALIZAÇÃO, em que acredita piamente, passando a ser a genuína surpresa para êle o resultado contrário alcançado, inteiramente imprevisto.

Permanece por êsse processo a culpa CONSCIENTE enquadrada, a rigor, nos cânones jurídicos, cujos

cit., págs. 93 e 107; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *liv. cit.*, pág. 215; ANIBAL BRUNO, *liv. cit.*, t. II, n. 9; BASILEU GARCIA, *liv. cit.*, n. 84; SALGADO MARTINS, *liv. cit.*, § 136; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. I, n. 77, pág. 352 e vol. V, n. 31, pág. 155.

34 — FRANZ VON LISZT, *liv. cit.*, t. I, pág. 293, nota 5; EUGENIO FLORIAN, *liv. cit.*, vol. I, n. 283; EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, vol. I, n. 205; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, vol. I, pág. 307; ENRICO FERRI, *Princípios de Direito Criminal*, pág. 434; RAUL MACHADO, *liv. cit.*, pág. 279, no fim; RIBEIRO DE SOUSA, *O Novo Direito Penal, Revista dos Tribunais Ltda.*, S. Paulo, 1943, pág. 28.

preceitos erigem a previsibilidade, emanção da vontade, em fundamento da culpa (35).

Admirável a justificativa desta tese, sustentada pelo gênio de Carrara:

“O fato de haver PREVISTO QUE UMA COUSA NÃO DEVIA SUCEDER EQUIVALE A NÃO TÊ-LA PREVISTO E A NÃO TÊ-LA PREVISTO COMO POSSÍVEL.

Tanto vale NÃO PREVER um efeito, como PREVER que não sucederá. Se contradiria quem dissesse: tu PREVISTE que ISTO NÃO SUCEDERIA, logo, tu previste que ISTO SUCEDERIA.

PREVER QUE NÃO, põe o ânimo em posição idêntica a NÃO PREVER” (36).

Carrara é geralmente considerado como infenso à culpa CONSCIENTE (37).

Luiz Jiménez de Asúa põe reparo às idéias de Carrara, tachando-as de incongruentes, “visto como, em um aspecto do assunto, nega a realidade da culpa com previsão e em outro reconhece a utilidade de diferenciar a negligência (culpa inconsciente, hoje) da LUXÚRIA (culpa consciente, modernamente)” (38).

Eugênio Cuello Calón (39) e Ricardo C. Nuñez

35 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 5º, n. 1783, HAUS, *liv. cit.*, t. I, n. 326; ADOLFE PRINS, *liv. cit.*, ns. 312 a 314, *dividiram a culpa em CULPA SEM PREVISÃO E CULPA COM PREVISÃO, dependendo o tipo da presença ou ausência da previsão.*

Foram precursores da culpa consciente, faltando-lhes apenas para o seu conceito a exigência da crença do autor na não consecução do malefício representado.

36 — *Liv. cit.*, vol. I, §§ 70 e 81, nota 1, e 83; *Opusculi di diritto criminale*, 4ª ed. Prato, Tipografia Giachetti, Figlio & Cia., 1885, vol. III, n. XXXIII.

37 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. I, pág. 622; ANIBAL BRUNO, *liv. cit.*, pág. 475, nota 30.

38 — *Liv. cit.*, t. V, págs. 1002 e 1005.

39 — *Liv. cit.*, t. I, pág. 337, nota 7.

(40) assinalam que Carrara aceita a culpa INCONSCIENTE e a culpa CONSCIENTE, no § 88 do Programma, cuja exata definição formula, na opinião de Francesco Alimena (41).

No nosso humílico entender, é claro como a luz do dia o pensamento de Carrara sobre a CULPA CONSCIENTE.

Êle a admite como expressão plena da culpa, em tudo igual à culpa INCONSCIENTE, tendo as duas como expressões equivalentes de um mesmo fenómeno jurídico, concluindo daí a desnecessidade de distinguí-las em duas espécies, para confundi-las sob o nome genérico de culpa, quer numa, quer noutra modalidade.

12) — Culpa consciente na imprudência, na negligência e na imperícia: A) — Homicídio com imprudência consciente. B) — Homicídio com negligência consciente. C) — Homicídio com imperícia consciente.

A forma consciente da culpa ajusta-se às suas três manifestações clássicas: a imprudência, a negligência e a imperícia.

Em cada uma delas, pode agir o autor com “A PREVISÃO DE QUE O FATO NÃO SE PRODUZA” (42).

Julga-se a negligência incompatível com a culpa consciente, por haver contraste entre o conceito de negligência e o de previsão do evento.

Quem age, não obstante a prevenção do resultado do seu procedimento, pode ser imprudente, mas nunca negligente (43).

40 — *Liv. cit.*, pág. 129, nota 9.

41 — *Liv. cit.*, pág. 130, nota 24.

42 — CARRARA, *Programma, Parte Generale*, liv. 1º, § 70.

43 — FRANCESCO ALIMENA, *La colpa nella Teoria generale del reato*, n. 71.

Prevalece a opinião contrária: conciliam-se a culpa CONSCIENTE e a negligência.

“A negligência tanto pode existir na culpa sem previsão, como na com previsão.

Se, inativo e apático, deixo de tomar providência necessária e disso advém uma consequência lesiva, que não previ, ajo com culpa informada pela negligência; mas, se em idênticas condições, prevejo a consequência e, cuidando que ela não sobrevenha, também não tomo a providência devida, sou do mesmo modo negligente” (44).

A culpa CONSCIENTE pode existir tanto na imprudência, como na negligência, como na imperícia.

Exemplos:

A) — **Homicídio com imprudência CONSCIENTE.**

I) — Eu disparei contra a fera, num bosque; à grande distância da mesma estava um homem; eu o vi, fiz os meus cálculos, e PREVI que, atendendo à grande distância, em que o homem se encontrava, o tiro não o alcançaria; sucede, porém, o projétil atingir o homem, feri-lo e matá-lo.

II) — Para ganhar elevada importância, um motorista, na execução de serviço, imprime ao seu carro velocidade máxima. Tem ciência do encontro de pedestres no caminho, cujo atropelamento é bem possível, se não diminuir a marcha. Não obstante, incorre nesse perigo; confiado na sua habilidade, conta não lançar o veículo contra ninguém. E colhe e mata um transeunte (45).

44 — ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*, cit.; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 107 com apoio em Stefano Riccato, *Il reato culposo*, 1952, pág. 18.

45 — E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 141; CARRARA, *liv. cit.*, vol. 1º, § 83, nota 1. Semelhante BASILEU GARCIA, *liv. cit.*, n. 84.

III) — Guilherme Tell, obedecendo a Gessler, atirou a flecha para derrubar uma maçã, colocada na cabeça do seu filho, procurando salvar a ambos.

Inabalável na fé da sua perícia, era-lhe indubitável atingir o alvo, sem tocar de leve no seu precioso sustentáculo. Se por azar, houvesse errado e morto o menino, o seu crime seria de homicídio culposo consciente (46).

B) — **Homicídio com negligência consciente.**

I) — A mãe, que deixa abandonada, no piso da cozinha, uma caldeira de água a ferver, prevendo que o seu filho possa cair nela, mas confiando que isso não aconteça, e o sinistro efetiva-se, ocasionando a morte do pequeno (47).

II) — Um indivíduo põe uma espingarda carregada onde há crianças de tenra idade, sem tomar o cuidado de tirá-la do seu alcance, sossegado com a idéia arraigada da completa ausência do perigo do desastre, em face dos meninos não possuírem o conhecimento do seu manejo.

Os meninos, trepando-se uns aos ombros dos outros, conseguem apoderar-se da arma, cujo disparo provocam, por percussão contra o solo, extinguindo a existência de um deles.

III) — O enfermo necessita tomar, durante a noite, certa dose de remédio, de meia em meia hora. O encarregado dêsse serviço reputa inútil a observância dessa regra: no seu alvedrio, o doente sobreviverá à falta de medicação pela forma prescrita. Por isso e acreditando sem conseqüências danosas o seu ato, ne-

46 — VIVEIROS DE CASTRO, *Questões de Direito Penal*, lugar citado; ADOLFE PRINS, *liv. cit.*, n. 315; *A Culpa com previsão*, de HAUS

47 — ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa cit.*, pág. 22.

gligência o seu dever e, por mero comodismo e de conta própria, propina o remédio ao doente, durante o período indicado, apenas duas vezes, o qual por êsse motivo se exaure e falece.

C) — **Homicídio com imperícia consciente.**

I) — Determinada pessoa, apesar de ter feito estudo na matéria, sabe que não tem preparo técnico suficiente para descarregar um projétil de artilharia.

Havendo, antes, efetuado trabalhos semelhantes, julga que, no caso particular, não se apurará nenhum dano concreto. No seu mister, sobrevém a detonação do projétil e a morte de alguém. (48).

II) — O cirurgião conhece a sua deficiência para afrontar uma melindrosa operação de trepanação do crânio.

Já intentara intervenções congêneres de menor gravidade, sem o advento de complicações. Por isso, enche-se da certeza de que, na hipótese concreta, nada aparecerá de anormal. O paciente morre, positivando-se como causa letal um êrro de técnica do operador (49).

III) — O exibicionista lança e fixa punhais em tórno do corpo de uma mulher.

Fiado na sua habilidade, promanada da repetição constante do perigoso exercício, tem a plena confiança, a certeza de não atingir o corpo da mesma.

Erra inexplicavelmente um golpe e sacrifica a vida da sua companheira (50).

48 — FRANCESCO ALIMENA, *liv. cit.*, n. 71.

49 — FRANCESCO ALIMENA, *liv. cit.*

50 — FRANCESCO ALIMENA, *liv. cit.*, n. 67.

13) — A mensuração da culpa — Teorias subjetiva, objetiva e mista.

A culpa está na previsibilidade do evento involuntário, que devera ser previsto ou evitado, ocorrido, entretanto, em virtude da imprudência, da negligência ou da imperícia do autor.

Atualmente, não mais depende a incriminação do ato culposo do grau de culpa do seu sujeito ativo.

A culpa, outrora, se dividia em grave, leve e levíssima, conforme fôsse apreensível pela generalidade dos homens, por um grande número dêles e apenas pelos de extraordinária perspicácia, sendo puníveis a primeira, invariavelmente, a segunda, de ordinário, e constituindo a terceira simples acaso, para a maioria dos tratadistas.

Já não se reprime um fato pela quantidade da culpa nêle encontrada, para a sua imputação.

A mera presença da imprudência, da negligência, e da imperícia, seja em dose máxima, média, ou mínima, caracteriza a culpa e tipifica o acontecimento como crime culposo.

A verificação da sua existência é tarefa soberana do juiz, entregue ao seu livre arbítrio de julgador, dentro das provas processuais (51).

Procura-se, todavia, condicionar a princípios jurídicos essa faculdade judicial. E entrechocam-se as correntes de pensamento na interpretação da matéria.

Para a teoria subjetiva ou individual, a culpa deve ser vista EM CONCRETO, isto é, em função do delin-

51 — EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, t. I, n. 209; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. I, pág. 265; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, pág. 291; R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. I, pág. 548.

qüente, levando-se em conta os seus atributos — idade, saúde, índice cultural, posição, deveres profissionais, etc. — e as circunstâncias particulares do acontecimento (52).

A teoria OBJEIVA ou GENÉRICA, levada por um critério GERAL e ABSTRATO, investiga o crime, a culpa EM TESE — a de que é capaz O CIDADÃO VULGAR — como o bom e diligente pai de família, que vela cuidadosamente pelos seus deveres.

Se o ato incriminado e não previsto pode incidir na previsibilidade dêsse homem — padrão de vida social — o juiz, numa operação de equivalência psíquica, admite que o mesmo ocorre, também, com o acusado, para julgá-lo responsável pelo crime culposos, que lhe é atribuído.

A culpa consubstancia-se, em cada hipótese, no fato de não ser previsto o que, segundo a CONSCIÊNCIA COMUM, era possível (53).

A adoção isolada de uma dessas duas teorias — seja qual fôr — acarreta conseqüências danosas aos interesses públicos da repressão.

O perfilhamento da teoria INDIVIDUAL ou SUBJETIVA dificulta a incriminação de fatos culposos co-

- 52 — RICARDO C. NUNEZ, *liv. cit.*, pág. 132; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, ns. 1649 e 1650; EDMUNDO METZGER, *liv. cit.*, EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. I, pág. 334; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, II, pág. 157; ERNEST VON BELING, *liv. cit.*, § 26., pág. 91; CARRARA, *liv. cit.*, §§ 38 e 1096; FRANCESCO ALIMENA, *liv. cit.*, pág. 45; HAUS, *liv. cit.*, vol. I, §§ 323 e 1783; VIVEIROS DE CASTRO, *Jurisprudência Criminal*, pág. 146, nota; *Questões de Direito Penal*, pág. 24; GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, n. 195; ESMERALDINO BANDEIRA, *liv. cit.*, pág. 274; RAUL MACHADO, *liv. cit.*, pág. 277; BASILEU GARCIA, *liv. cit.*, págs. 262 — 263; ANIBAL BRUNO, *liv. cit.*, pág. 474.
- 53 — VICENZO MANZINI, *liv. cit.*, t. 2, n. 261; ENRICO ALTAVILLA, *liv. cit.*, pág. 296; EUGENIO FLORIAN, *liv. cit.*, n. 283; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 357; SALGADO MARTINS, *vol. cit.*, § 809; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *liv. cit.*, pág. 214.

metidos pelos portadores de deficiências orgânicas da vista e da audição.

A aceitação rigorosa da teoria OBJETIVA ou GENÉRICA conduz, por sua vez, o juiz a soluções monstruosas e danosas, em conflito frontal com as consciências jurídicas bem formadas, como naqueles casos, mui tristes, onde seria desnecessária crueldade a condenação do acusado. Já está punido pela própria dor do seu infortúnio. Quem não se sente tomado de compaixão pelo desgraçado pai, que involuntariamente matou seu filho, do marido, que assim também vitimou a espôsa querida? (54).

A impossibilidade do império absoluto da teoria SUBJETIVA ou INDIVIDUAL, ou da teoria OBJETIVA ou GENÉRICA gerou naturalmente a teoria mista, com a fusão das duas.

“Diante de um fato danoso, que não haja sido praticado dolosamente, para se averiguar a responsabilidade criminal do respectivo autor, a primeira indagação deve consistir se o homem de mediana capacidade, de comum cuidado e atenção poderia prever e evitar o aludido resultado.

Obtida resposta afirmativa, cumpre verificar se o agente pelas suas condições pessoais (idade, desenvolvimento intelectual, etc.) poderia, como êsse homem-tipo, prever e evitar o mesmo resultado” (55).

Semelhante solução é mais cautelosa e acertada.

Perfilham-na a jurisprudência francesa, a belga, a italiana e a alemã para só citar as principais (56).

54 — VIVEIROS DE CASTRO, *Jurisprudência Criminal*, pág. 145.

55 — ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *liv. cit.*, pág. 149; E. MARGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 90; ADOLFE PRINS, *liv. cit.*, ns. 309 e 311.

56 — ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *liv. cit.*, pág. 150.

O juiz formará a sua convicção, pela livre apreciação da prova (57).

Dentro da liberdade sem limites, na apuração espiritual da culpa, representa séria segurança para um bom julgamento ater-se o juiz, no seu delicado trabalho mental, às sábias e prudentes regras da escola eclética ou mista.

14 — Homicídio culposo e as ações livres na causa.

No seu art. 121, § 3º, prevê especificamente o nosso Código Penal vigente o HOMICÍDIO CULPOSO.

Pelo art. 15, n. II, “diz-se o crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imperícia, negligência ou imprudência”.

De acôrdo com o art. 11, parte final, considera-se “CAUSA a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Da inteligência conjunta dêsses textos conclui-se, forçosamente, que o HOMICÍDIO CULPOSO — como qualquer outro crime dessa natureza — pode originar-se de uma imprudência, negligência ou imperícia, consistente em ação ou omissão.

A ação ou omissão — imprudente, negligente ou imperita — para ensejar o homicídio culposo, como os demais crimes congêneres, e ser imputável a quem lhe deu CAUSA, (58) torna-se preciso tenha o seu agente a capacidade de previsão da involuntária consequência funesta do voluntário ato CAUSAL da mesma. Só assim se lhe pode irrogar, como culpa, a sua imprevisão.

57 — Cód. Processo Penal, art. 157.

58 — Cód. Penal, art. 11, princípio.

Semelhante operação psíquica, ato de consciência, chama-se **voluntariedade** e constitui a base da **imputabilidade**, indispensável à repressão de todos os crimes culposos.

A **VOLUNTARIEDADE**, nos crimes culposos, deve manifestar-se, no **TEMPO DA EXECUÇÃO DA AÇÃO OU DA OMISSÃO**, que lhe dá **CAUSA**.

Concilia-se, portanto, a repressão dos homicídios culposos com as chamadas **AÇÕES LIVRES NA CAUSA**.

Entendem-se, como tais, as ações, em que o autor estabelece a sua **CAUSA DECISIVA**, em um momento de plena imputabilidade, de total consciência. Entretanto, e em troca, a sua **CONDUTA CORPÓREA, O MOVIMENTO FÍSICO PARA A SUA REALIZAÇÃO** já se desenvolve, em um tempo, em que a sua imputabilidade está ausente.

Em verdade, nesses casos, o indivíduo utiliza a si próprio, como instrumento do delito (59).

São comuns os homicídios culposos, provenientes de ações livres na causa. Exemplos:

IMPRUDÊNCIA — A mãe, apesar de sabedora de ter um sono agitado, revolvendo-se durante o mesmo na cama, coloca (conduta ativa) junto a si o filho pe-

59 — EDMUNDO MEZGER, *liv. cit.*, t. II, § 37, págs. 60 — 61; FRANCESCO ALIMENA, *La Colpa cit.*, n. 5; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, vol. V, n. 1552, pág. 385; RICARDO C. NUNEZ, *liv. cit.*, pág. 39; VICENZO MANZINI, *liv. cit.*, t. 2, pág. 233; ERNEST VON BELING, *liv. cit.*, II, § 22, pág. 72; FRANZ VON LISZT, *liv. cit.*, t. I, § 36, III, pág. 260; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. I, pág. 505; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, t. II, pág. 150; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. I, pág. 309; R. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, n. 23; RAUL MACHADO, *liv. cit.*, pág. 329; NARCÉLIO DE QUEIROZ, *liv. cit.*, pág. 90; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. I, n. 83; vol. 5, n. 31, pág. 153; ESMERALDINO BANDEIRA, *liv. cit.*, n. 240.

quenino e esmaga-o, com o pêsso do seu corpo, enquanto dorme.

O condutor de um veículo embriaga-se, no momento de assumir a responsabilidade da condução do transporte, e, mercê do seu estado de ebriedade, atropela e mata a um indivíduo.

“O motorista, não obstante aperceber-se de sua fadiga e prostração, continuou a guiar o carro e, acabando por dormir sôbre o volante, veio a atropelar e matar um transeunte”(60).

NEGLIGÊNCIA — O sinaleiro, no exercício de sua obrigação, toma uma dose de morfina e, por causa do sono, em que cai, DEIXA de dar o aviso de fechamento do trânsito, na estrada, em cujo leito, então, um carro passa, indevidamente, atropelando e matando uma pessoa.

Há uma corrente de tratadistas infensos aos crimes culposos de omissão, nas ações livres na causa (61).

IMPERÍCIA — O enfermeiro, destinado a velar um doente, durante tôda a noite, toma repetidas porções de entorpecente e adormece. Sobrevém ao paciente forte crise, que, devido à falta de assistência, o vitima.

O não haver ficado acordado — como devia — é a causa VOLUNTÁRIA da INVOLUNTÁRIA imperícia ocasionadora do inesperado desenlace.

Não lhes assiste razão.

A omissão não é causa, em si, e sim, por ficção jurídica, é considerada como CAUSA, pois, UMA CON-

60 — Exemplo de NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 154.

61 — ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 157, pág. 163; *La Cuipta*, *cit.*, pág. 90; EUGENIO FLORIAN, *liv. cit.*, vol. I, n. 273, pág. 433; E. FERRI, *Princípios de Direito Criminal*, n. 32, pág. 430.

DUTA DIFERENTE TERIA IMPEDIDO A PRODUÇÃO DO RESULTADO (62).

Nas omissões, o agente não quer a omissão, mas quer a CONDUITA, DE QUE DERIVA O EVENTO CRIMINOSO, E QUE, SENDO DIVERSA DA QUE DEVE TER, TORNA-SE COMISSIVA (63).

15) — **Compensação de culpas.**

Ao contrário do direito civil, não se compensam, no direito criminal, as culpas do agente e da vítima, visto ocorrer a sua punibilidade, em virtude de motivos de ordem pública.

A quota de culpa da última na produção do homicídio não ilide o seu caráter criminoso, podendo, porém, ser levada em aprêço para diminuir sua pena, de acôrdo com o art. 42 do Código Penal.

16) — **Agravantes e atenuantes.**

Quer as subjetivas, quer as objetivas, são circunstâncias acessórias que, no homicídio, revelam maior ou menor pravidade do seu autor.

Índice de sua INTENÇÃO criminosa, não se coadunam, em regra, com o homicídio culposo, cujo substrato é a ausência de DESÍGNIO DELITUOSO.

Entretanto, sempre se admitiram, no homicídio culposo, circunstâncias agravantes e atenuantes, que, por seu conteúdo, revelam, na VONTADE do sujeito ativo do delito, responsabilidade mais larga ou mais restrita, pela falta de atenção cometida nos deveres de sua conduta social.

62 — ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*, cit., pág. 8.

63 — FRANCESCO ALIMENA, *La Culpa*, n. 5, pág. 6.

Já, na vigência do Código Penal anterior, se articulavam contra o réu as circunstâncias **AGRAVANTES** da reincidência e a seu favor as **ATENUANTES** da menoridade e do exemplar comportamento anterior. (64).

O próprio Código Penal de 7 de dezembro de 1940 considera majorantes ou agravantes especiais do homicídio culposo a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício (65), a ausência de prestação de socorro imediato à vítima, a falta de assistência à mesma nas conseqüências do seu ato e à fuga para evitar prisão em flagrante. (Cod. Penal, art. 121, § 4º).

Tais regras nasceram da necessidade de tutelar a vida humana contra o crescente descaso dos condutores de automóveis.

Estes, ademais, comumente ocasionam a morte do atropelado, com a sua fuga, e o descumprimento do dever de humanidade de socorro imediato e assistência ao ferido (66).

Das agravantes **GERAIS** ou **COMUNS** adequam-se ao homicídio culposo a **REINCIDÊNCIA** e o **ABUSO de autoridade** ou **PREVALECIMENTO de relações domésticas de coabitação ou de hospitalidade**.

Incluem-se as duas últimas circunstâncias por se prenderem à conduta causal voluntária e não ao evento voluntário.

64 — VIVEIROS DE CASTRO, *Questões de Direito Penal*, pág. 54; ROBERTO LYRA, *Direito Penal, Parte Geral, II*, pág. 295.

65 — *Distingue-se da IMPERÍCIA A INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO, ARTE OU OFÍCIO*: na IMPERÍCIA — modalidade da culpa — carece o delinqüente de conhecimentos técnicos; na inobservância de regra técnica de profissão, não aplica, por desleixo, os conhecimentos que possui na matéria (NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 34; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 178).

66 — FRANCISCO DE CAMPOS, *Exposição de motivos*, n. 39.

Tôdas as atenuantes legais ou comuns coadunam-se com o homicídio culposo (67).

17) — Co-autoria no homicídio culposo.

Há pluralidade de agentes no homicídio culposo.

A morte de alguém pode ser resultado INVOLUNTÁRIO E IMPREVISTO, APESAR DE PREVISÍVEL, da imprudência, da negligência, ou da imperícia, isto é, da CULPA de mais de uma pessoa.

Configura-se, então, a co-autoria CULPOSA do homicídio culposo.

O concurso de delinqüentes assume tanto o aspecto DOLOSO, COMO O CULPOSO.

É doloso, quando, no homicídio, tem cada concorrente o CONHECIMENTO de participar da ação de outrem para o aludido fim; é CULPOSO, quando cada agente, embora não QUERENDO o evento final, tem CONSCIÊNCIA de cooperar na ação (68).

“Quem, DE QUALQUER MODO, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas” (69).

Por outro lado, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu CAUSA. Considera-se CAUSA a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido” (70).

67 — E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 164. O renomado mestre paulista inclui, entre as agravantes gerais compatíveis com o crime culposo, a VIOLAÇÃO DO DEVER inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.

Tal não ocorre, porém, no homicídio culposo, em que dita circunstância está prevista como MAJORANTE ou AGRAVANTE ESPECIAL, nos termos — “... se o crime resulta de inobservância de regra técnica ou de profissão, arte ou ofício...”

68 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 22.

69 — Cód. Penal, art. 25.

70 — Cód. Penal, art. 11.

A CAUSA do homicídio culposo é IMEDIATA ou DIRETA e MEDIATA ou INDIRETA.

IMEDIATA ou DIRETA, quando a imprudência, a negligência ou imperícia do autor é CAUSA única e exclusiva do homicídio culposo.

No acidente de automóvel, a imprudência, a negligência ou a imperícia do condutor é causa única e exclusiva do sacrifício da vítima.

MEDIATA ou INDIRETA, se a imprudência, negligência ou imperícia do autor é CAUSA de um fato, que, por sua vez, origina outro FATO, de que resulta o homicídio.

O farmacêutico, de posse da receita de um médico, com erro na dose do medicamento, de modo a produzir envenenamento, prepara o remédio sem prevenir o médico, ocasionando a morte de quem dêle faz uso (71).

Ambos agiram com culpa, o médico com imperícia e o farmacêutico, com negligência e também imprudência.

O primeiro é autor INDIRETO e o segundo autor DIRETO do homicídio culposo.

“Em regra, pode-se dizer que alguém é o autor indireto de um homicídio involuntário, quando os atos praticados por outro são a consequência da culpa, que lhe pode ser pessoalmente imputada” (72).

Não se verifica, assim, quebra de CAUSALIDADE PSÍQUICA entre o primeiro ato culposo e o seu efeito final.

O guarda-freio, que esqueceu da sua obrigação de fechar a portinhola do carro, dando essa circunstância

71 — VIVEIROS DE CASTRO, *Questões de Direito Penal*, pág. 33.

72 — VIVEIROS DE CASTRO, *liv. cit.*, pág. 34.

lugar à queda, pela mesma, e a morte de uma criança, é réu de homicídio culposo.

Já não ocorre o mesmo com a morte do seu pai, que se lança pela dita janela, em socorro do filho, e também perece.

O guarda-freio não previu aquêlê acidente, que êle podia e devia prever.

Escapava-lhe, contudo, a previsibilidade dêsse último, verdadeiro caso fortuito (73).

O homicídio culposo com causa **MEDIATA** ou **IMEDIATA** é praticável por duas ou mais pessoas, formando o **CONCURSO CULPOSO DE DELINQUENTES**, em duas modalidades: concurso culposo **MATERIAL** de delinquentes e concurso culposo **PSICOLÓGICO** de delinquentes.

Por seu turno, o concurso culposo **MATERIAL** de delinquentes divide-se em **SIMULTÂNEO** e **SUCESSIVO**.

No concurso culposo **MATERIAL** e **SIMULTÂNEO** de delinquentes, praticam êstes, ao **MESMO TEMPO**, a **AÇÃO** ou **OMISSÃO**, que, por sua imprudência, negligência ou imperícia, é **CAUSA** da morte de outrem.

Dois pedreiros, numa construção, tomam uma

73 — CARRARA, *Programma, Parte Generale*, § 267, e *Parte Speciale*, § 1095, nota I; *Opusculi*, vol. III, pág. 19; GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, pág. 193; R. GARRAUD, *liv. cit.*, vol. I, n. 283; VIVEIROS DE CASTRO, *Jurisprudência Criminal*, págs. 145 e 150, *Questões de Direito Penal*, págs. 33 e 40; ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, *liv. cit.*, pág. 150; VALENTIN ALVES DA SILVA, *liv. cit.*, vol. 1º, n. 325; VICENTE PIRAGIBE, *liv. cit.*, vol. I, n. 1388; MACEDO SOARES, *liv. cit.*, pág. 610; ESMERALDINO BANDEIRA, *liv. cit.*, pág. 275; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 37; GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, *Parte Geral*, n. 196; BENTO DE FÁRIA, *liv. cit.*, vol. II, n. IV; ELIAS DE OLIVEIRA, *Homicídio Culposo, Tipografia Gadelha, Ceará*, 1932, pág. 200; BASILEU GARCIA, *liv. cit.*, vol. 1º, n. 85, pág. 266; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, n. 19.

trave, cada qual empunhando uma das suas extremidades, e atiram-na à rua, a qual alcança um transeunte e mata-o. Ambos tiveram vontade atuante e ausência de previsão (74).

No concurso culposo MATERIAL ou SUCESSIVO de delinqüentes, o homicídio involuntário é a soma de duas AÇÕES ou OMISSÕES CULPOSAS, autônomas e distintas, no tempo e no espaço, ligadas por uma relação de causa e efeito, e praticadas por pessoas diversas.

Tanto o autor da primeira, como o da segunda podiam e deviam ter previsto as conseqüências funestas dos seus procedimentos.

“No homicídio culposo, oriundo de desabamento, provocado por êrro de planta, responsável é não só o mestre da obra, como o engenheiro que não fiscalizou, como era do seu mister.

É responsável por homicídio culposo, conseqüente a desastre de trânsito provocado por pessoa imperita, aquêle que, sabedor dessa circunstância, lhe entrega o volante” (75).

Nos crimes citados encontramos uma CULPA ANTECEDENTE e uma CULPA CONSEQÜENTE, cometidas, separada e individualmente, por um autor DIRETO ou IMEDIATO e outro INDIRETO ou MEDIATO, cujo complexo ocasiona o desfecho letal, punível pela previsibilidade impraticada do seu resultado, da parte dos seus compartípes.

O concurso culposo PSICOLÓGICO de delinqüentes caracteriza-se pela presença de uma VONTADE CULPOSA, levando a outrem — pela ordem, pelo con-

74 — E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 123.

75 — VALENTIN ALVES DA SILVA, *liv. cit.*, vol. II, n. 1877.

selho, pela instigação — à prática de ato também culposo e provocador de homicídio.

Nêle aparecem um autor INTELLECTUAL, cuja VONTADE PECAMINOSA é a raiz do fato determinante do homicídio, e outro FÍSICO, que o executa, com a consequência mortal. **Pode haver a pluralidade de agentes intelectuais ou físicos.**

O passageiro do automóvel INCITA o motorista a correr, desabaladamente, além da velocidade permitida, e, por isso, dá-se o atropelamento e a morte de um pedestre (76).

O gerente ou chefe do tráfego de uma companhia de bondes manda aprendizes de cocheiro guiarem os veículos e um desses condutores imperitos acidenta e mata a um transeunte (77).

Os participantes dessas ações contribuíram, com sua imprudência, para a ação comum, que culminou em homicídio, da qual era previsível derivasse semelhante evento. Todos são autores, gerando-se, nas mesmas, o concurso culposo PSICOLÓGICO de delinquentes.

18) — Concurso de homicídios culposos.

A pluralidade de delitos decorre de uma única ação ou omissão culposa: tem-se o concurso ideal ou formal de crimes culposos.

A imprudência, ou negligência, ou a imperícia gera simultaneamente mais de uma morte ou o excídio de uma pessoa e lesões corporais em uma ou mais pessoas:

76 — NELSON HUNGRIA, vol. V, n. 37, pág. 181; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 122.

77 — VICENTE PIRAGIBE, *liv. cit.*, vol. 1º, n. 1388.

está-se na presença do concurso real ou material de crimes.

O incauto portador de arma de fogo detona-a, desavisada e precipitadamente, no meio de uma reunião, e mata a diversas pessoas.

O mesmo agente comete, em lugar e tempos diferentes, várias ações ou omissões culposas, que acarretam outros tantos homicídios, ou mortes e lesões corporais.

A imprudência, ou a negligência, ou a imperícia ocasiona homicídios sucessivos.

“Uma pessoa involuntariamente envenena outra, mais tarde para fugir à reação da família da vítima, imprime grande velocidade ao seu automóvel e vem a atropelar um pedestre” (78).

No Código de 1890, o concurso material ou real era resolvido, na conformidade do seu art. 66, § 1º, punindo-se cada homicídio ou ferimento culposo com a sua respectiva pena. Referia-se o texto a “**mais de um crime da mesma natureza**”, sem diferenciar o crime doloso do culposo.

A cada homicídio ou ferimento culposo correspondia a sua pena, respeitado no seu cumprimento o limite do art. 66, § 3º do mesmo Código Penal.

Dava-se o contrário com o concurso formal de homicídios culposos, cuja previsão escapava ao citado diploma legal.

O Código tratava apenas da pluralidade de delitos cometidos, pelo mesmo fato, e COM UMA SÓ INTENÇÃO. Disciplinava somente o concurso ideal de crimes dolosos. Resolvia a doutrina a situação do concurso ideal de crimes culposos.

78 — E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 124.

A jurisprudência ordinária aplicava uma única pena, tratando-se de eventos homogêneos, como duas ou mais mortes e duas ou mais lesões corporais, e a pena mais grave, se os eventos eram heterogêneos, como homicídios com ferimentos e vice-versa (79).

Registravam-se, porém, divergências dêsse critério, para reprimir a pluralidade de eventos com as penas estabelecidas para cada um dêles, na conformidade do art. 66, § 1º, do mencionado Código Penal de 1890 (80).

A controvérsia não subsiste com o advento do Código Penal de 1940.

Nos termos do seu art. 51 e § 1º, existem o concurso material e concurso formal, tanto de delitos dolosos, como de culposos.

Os seus textos prescrevem regras para a prática de dois ou mais crimes, “mediante mais de uma ação ou omissão”.

Os vocábulos são gerais e abrangem não só os crimes dolosos, como também os culposos (81).

Atualmente, o concurso formal de crimes culposos, como também de crimes dolosos, é punido com a pena mais grave, se são diferentes os crimes praticados, como homicídios e lesões corporais, e com uma só pena, aumentada de um sexto até metade, tratando-se do cometimento de crimes idênticos, como dois ou mais homicídios ou duas ou mais lesões corporais.

79 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, Parte Geral, vol. II, págs. 295 e 296; NELSON HUNGRIA, *Direito Penal, Parte Especial*, vol. II, pág. 205.

80 — VIVEIROS DE CASTRO, *Jurisprudência Criminal*, pág. 140; RAUL MACHADO, *liv. cit.*, pág. 375; ANTONIO CARLOS LAFAYETE DE ANDRADA, em *Roberto Lyra, liv. cit.*, pág. 297.

81 — MINISTRO FRANCISCO DE CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 27; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 38; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 128.

19) — **Tentativa nos crimes culposos, pròpriamente ditos.**

A tentativa é a suspensão do desígnio de cometer o crime iniciado e não consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente (82).

Manifesta-se nos crimes dolosos.

É incompatível com os crimes culposos, pròpriamente ditos, nos quais não há intenção de realizar o delito, a cujo resultado dá causa o agente por imprudência, negligência ou imperícia.

Não existe, por conseguinte, tentativa nos homicídios culposos.

20) — **Justificação putativa nos homicídios culposos, impròpriamente ditos.**

Pelo art. 19, ns. I, II, e III, do nosso Código Penal, “NÃO HÁ CRIME quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de direito”.

O homicídio, enquadrado em qualquer de suas descriminantes ou justificativas, perde a sua ilicitude, para se revestir de aspecto inocente ou legal.

Muitas vêzes, todavia, o autor do homicídio considera-se, por fôrça de ÊRRO, na avaliação do fato, em situação ou de estado de necessidade, ou de legítima defesa, ou de estrito cumprimento do dever legal, ou de exercício regular de direito.

É ISENTO DE PENA “QUEM, POR ÊRRO PLENAMENTE JUSTIFICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS,

82 — *Cód. Penal*, art. 12, n. II.

SUPÕE SITUAÇÃO DE FATO QUE, SE EXISTISSE, TORNARIA A AÇÃO LEGÍTIMA” (83).

O crime, se realizado nessas condições, não é punível, militando, a favor do réu, a justificação PUTATIVA do seu procedimento, baseado na convicção de que agia, de acôrdo com o direito.

Em semelhante conjuntura, chamam-se PUTATIVAS as citadas descriminantes ou justificativas.

Se, entretanto, julgando-se, de boa fé, e por êrro no cálculo mental da sua exata situação, em estado ou de necessidade, ou de legítima defesa, ou de estrito cumprimento de dever legal, ou de exercício regular de direito, comete o agente o homicídio, ao invés de ser tutelado pela justificação PUTATIVA invocada, responde por homicídio culposo (84).

Não há isenção de pena, quando o êrro deriva de CULPA e o fato é punível como crime culposo (85).

Essa CULPA é anômala. O sujeito ativo do homicídio procede com VOLUNTARIEDADE e REPRESENTAÇÃO do evento; prevê e quer o resultado, não obstante não considerar injurídica a sua ação, o qual, pelas circunstâncias, é reprimido, a título de culpa, mercê da sua prática com êrro inescusável ou indesculpável do autor.

Êste, por alteração psíquica vencível ou por mal ajuizamento das circunstâncias, em que se acha, comete o crime, que poderia deixar de praticar, usando de maior cuidado.

Essa culpa, verdadeiramente fictícia, chama-se CULPA IMPRÓPRIA, CULPA POR EXTENSÃO OU

83 — *Cód. Penal*, art. 17.

84 — *Cód. Penal*, art. 121, § 3º.

85 — *Cód. Penal*, art. 17, § 1º.

ASSIMILAÇÃO e compreende as DESCRIMINANTES PUTATIVAS, como também o EXCESSO da legítima defesa real e das demais justificativas autênticas do art. 19, ns. I, II e III, do nosso Código Penal de 1940 (86 e 87).

Alguns exemplos colhidos dos mestres facilitam a boa compreensão da matéria.

21) — **Descriminantes putativas.**

“Age em LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA quem se julgando ameaçado por seu inimigo o abate, verificando-se que êste, para pôr à prova a sua coragem, usava um revólver de brinquedo” (88).

“Ao falso alarma de incêndio numa casa de diversões, os espectadores, tomados de pânico, disputam-se a retirada, e alguns dêles para se garantirem, empregam violência, sacrificando outros (ESTADO DE NECESSIDADE PUTATIVO); a sentinela avançada mata com um tiro de fuzil, supondo tratar-se de um inimigo, o companheiro de armas que, feito prisioneiro, consegue fugir e vem de retôrno ao acampamento (PUTATIVO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL)” (89).

86 — LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 1035; ENRICO ALTAVILLA, *La Culpa*, pág. 169; E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 145; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *liv. cit.*, pág. 251; BASILEU GARCIA, *liv. cit.*, ns. 92 e 104; ANIBAL BRUNO, *liv. cit.*, pág. 476; MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 17; NELSON HUNGRIA, *Com. ao Código Penal*, vol. I, págs. 352, 353, 394, 437, 472 e vol. V., págs. 78, 84, 91 e 134.

87 — *Dita culpa é negada por muitos mestres e reputada dolo punível, como culpa, pelas circunstâncias da sua exteriorização, enquanto outros repelem a sua denominação de IMPRÓPRIA, para tê-la como culpa genuína. Para êles tanto faz querer um resultado, como querê-lo, supondo-o lícito ou legítimo.* (LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, vol. V, n. 1663).

88 — E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 146.

89 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. I, pág. 394.

Em qualquer desses exemplos, há culpa IMPRÓPRIA ou CULPA POR EXTENSÃO ou ASSIMILAÇÃO, se o autor não mediu devidamente a sua atitude, enquadrando a conjuntura nos limites do natural, agindo, ao contrário, com leviandade ou descaso de cuidados, capazes de tornarem o homicídio culposo.

22) — Excesso culposo nas discriminantes reais.

Na Inglaterra — eis um processo de retumbância universal — três homens e um grumete haviam escapado ao naufrágio do iate “Mignotte”, embarcando num bote. Decorrido oito dias sem alimentos, um dos homens, com o apoio do outro e a reprovação do terceiro, matou o grumete e os três o comeram.

Os sobreviventes foram salvos, quatro dias mais tarde, por um navio.

Chegados à terra, o que matou e o que concordou com a morte foram processados e julgados, como assassinos do grumete, alegando o seu advogado terem agido EM ESTADO DE NECESSIDADE.

O júri inglês condenou os dois acusados sob o FUNDAMENTO DE QUE O TEMIDO PERECIMENTO POR INANIÇÃO, MOTIVO DA MORTE DO GRUMETE, ERA PROVÁVEL, MAS NÃO ERA INEVITÁVEL (90).

No nosso direito semelhante crime constituiria um EXCESSO CULPOSO do estado de necessidade e seria reprimido com as penas do homicídio culposo.

Procede com excesso culposo quem, agredido, pode

90 — PEDRO VERGARA, *Delitto de Homicídio*, pág. 308. Veja-se, também, sobre excesso culposo, o trabalho do insigne penalista cearense, Professor CLODOALDO PINTO, *Legítima defesa autêntica*, págs. 115 e 116, Tipografia Minerva — Ceará, 1947.

defender-se com uma paulada, mas, por inescusável precipitação, mata o antagonista; também, assim, se porta o guarda que, ao invés de atos de coerção ou mesmo de lesões, mata o delinqüente (91).

As espécies são de EXCESSO CULPOSO; o primeiro, na legítima defesa. O segundo, no estrito cumprimento de dever legal. São dois homicídios culposos.

Confere a lei ao indivíduo o DIREITO de penetrar, na casa alheia, para evitar a prática de um crime (92).

Se no excesso dêsse direito, vem alguém e mata a outrem e apura-se que tal sacrifício da vida humana era desnecessário, pois, teria sido poupado com um pouco de prudência do delinqüente, eis-nos em face de um EXCESSO do exercício regular de direito e de um homicídio culposo (93).

23) — Agravantes e atenuantes no homicídio culposo, impròpriamente dito.

Os homicídios IMPRÒPRIAMENTE CULPOSOS são, EM ESSÊNCIA, delitos DOLOSOS, reprimidos, como culposos, em função da política criminal.

Os crimes DOLOSOS suportam qualquer das agravantes dos artigos 44 e 48 do nosso Código Penal.

Nos homicídios, IMPRÒPRIAMENTE CULPOSOS, há uma circunstância merecedora do maior aprêço: cobre-os a CONSCIÊNCIA da prática de um ato INOCENTE ou JURÍDICO.

Nessas condições, repelem o concurso de qualquer

91 — E. MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 147.

92 — *Cód. Penal*, art. 150, § 3º, n. II.

93 — *Exemplo inspirado na lição de PEDRO VERGARA*, *liv. cit.*, pág. 448.

circunstância agravante endógena, significadora de maior ou menor pravidade, nêles de tôda inexistente.

Só a agravante da reincidência e as atenuantes do exemplar comportamento, de haver procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano, e confessado espontâneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem, coadunam-se, por sua natureza exógena, com a prática dêsses delitos.

São-lhes igualmente aplicáveis, por fôrça de lei, as majorantes do art. 121, § 4º do Código Penal.

No homicídio culposo, a pena é aumentada de um têrço, se o crime resulta de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

24) — Tentativa no homicídio culposo, impròpriamente dito.

Doloso, na sua fonte, o homicídio culposo, IMPRÒPRIAMENTE DITO, admite a tentativa.

Nêle se positiva a vontade do autor, em relação ao evento colimado — A MORTE DE ALGUÉM — e nada impede que, em face dos nossos textos legais, já estudados, se reconheça a tentativa, quando êle não consegue realizar o seu objetivo, que, culposamente ou por êrro vencível, julgara legítimo (94).

94 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 12; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, n. 63, e vol. V, n. 39, repudiando a sua opinião contrária no *Código Penal anterior* (*Direito Penal, Parte Especial*, pág. 206); EDUARDO MAGALHÃES NORONHA, *liv. cit.*, pág. 157; VALENTIN ALVES DA SILVA, *liv. cit.*, vol. II, n. 1875.

“Supondo que o vigilante noturno — exemplifica Nelson Hungria — é um ladrão que me invade o quintal da casa, tomo de um revólver e sem maior indagação, inconsideradamente, faço repetidos disparos contra o policial que, entretanto, escapa ileso ou fica apenas ferido” (95).

Trata-se, não há negar, de uma típica tentativa de homicídio culposo, impròpriamente dito.

95 — *Liv. cit., vol. I, pág. 258.*

**INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A
SUICÍDIO**

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO

Código Criminal de 1830:

Art. 196 — Ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para êsse fim com conhecimento de causa.

Pena — de prisão por dois a seis anos.

Código Penal de 1890:

Art. 299 — Induzir ou ajudar alguém a suicidar-se ou para êsse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa.

Pena — de prisão celular por dois a quatro anos.

Código Penal de 1940:

Art. 122 — Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça.

Pena — reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resultar lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único — A pena é duplicada:

I — se o crime é praticado por motivo egoístico;

II — se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Exposição de Motivos:

41 — Ao configurar o crime de INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO ou AUXÍLIO ao suicídio, o projeto contém inovações: é punível o fato ainda quando se frustra o suicídio, desde que resulte lesão corporal grave ao que tentou matar-se; e a pena cominada será aplicada em dôbro se o crime obedece a móvel egoístico ou é praticado contra menor ou pessoa que, por qualquer outra causa, tenha diminuída a capacidade de resistência.

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO

1) — Homicídio — Suicídio — Homicídio Consensual. 2) — Natureza do suicídio. 3) — Punição do suicídio e da sua tentativa. 4) — Tentativa de suicídio. 5) — Auxílio ou ajuda a suicídio de outro. 6) — Impugnação de Ferri. 7) — Auxílio ou ajuda a suicídio alheio no direito brasileiro: A) — Auxílio ou ajuda moral a suicídio alheio. B) — Auxílio ou ajuda material a suicídio alheio. 8) — Elemento material. 9) — Elemento psíquico. 10) — Forma culposa da participação no autocídio alheio. 11) — Condição de punibilidade. 12) — Tentativa de participação no suicídio de outro. 13) — Duelo americano. 14) — Ambicídio. 15) — Aumento de pena.

1) — **Homicídio — Suicídio — Homicídio Consensual.**

A destruição de uma vida humana efetua-se por outrem — **HOMICÍDIO** — ou pela própria pessoa — **SUICÍDIO** (1).

O homicídio, muitas vêzes, é praticado, com o consentimento ou mesmo a pedido da vítima — **HOMICÍDIO CONSENTIDO OU A MORTE DO CONSCIENTE** — circunstância que lhe não retira a criminalidade.

Ninguém pode dispor da sua existência, bem social, pertencente à coletividade.

A morte do consenciente ou se confunde com o homicídio comum, por falta de previsão legal típica, ou se erige em crime especial, com penalidade atenuada, de que é exemplo a eutanásia (2), uma das suas manifestações.

O suicídio é obra exclusiva da vítima, ou desta com o concurso moral ou material de terceiro, ato considerado delito autônomo, com a denominação de **AUXÍLIO OU AJUDA A SUICÍDIO ALHEIO**.

A distinção entre homicídio consentido ou a **MORTE DO CONSCIENTE** — crime de homicídio ou crime especial, conforme as legislações — e o **AUXÍLIO OU AJUDA A SUICÍDIO** de outro — delito próprio, com requisitos particulares — está no **SEU PROCESSO EXECUTIVO**.

No homicídio consentido ou no crime de morte do consenciente, é a sua realização procedimento exclusivo de outra pessoa, autor **MATERIAL E VOLUNTÁRIO**

1 — *Térmo criado no século XVIII, pelo abade Desfontaines (Ary Franco, *liv. cit.*, pág. 109).*

2 — *V. Homicídio privilegiado.*

do ato conclusivo do extermínio da vítima, que figura no caso como verdadeiro SUJEITO PASSIVO do delito.

O agonizante PEDE a um amigo que o liquide para abreviar o seu padecimento. Com a sua anuência, o solicitado ATIRA nêle ou o ENVENENA.

O ato executivo do homicídio cabe ao amigo, seu único agente.

O moribundo torna-se simples sujeito passivo do delito.

Já no crime de auxílio ou ajuda a suicídio alheio, QUEM SE MATA É A VÍTIMA, diretamente e com as suas próprias mãos.

O auxílio ou ajuda de alguém para o fatal tentame da morte de outro limita-se À FASE PREPARATÓRIA DO SUICÍDIO, com papel secundário, nunca aparecendo, de nenhum modo, no momento culminante do desenlace, nem representando qualquer atividade IMEDIATAMENTE produtora do evento.

Na espécie criminal do auxílio ou ajuda a suicídio de outro, o extinto é o verdadeiro sujeito ATIVO PRIMÁRIO da ação letal. Nêle o ajudador ou auxiliar interfere, em plano inferior, sem decidir o acontecimento.

Alguém fornece ao autocida o revólver, com que êle se mata.

Uma pessoa coloca no pescoço do suicida o laço da corda, com que o mesmo se elimina, enforcando-se.

A diferença entre o crime de participação no suicídio de outro e o crime de morte do consenciente faz-se em função do cânon da escola ontológica: o autor do homicídio é quem VOLUNTARIAMENTE realizou o ATO CONSUMATIVO da morte verificada.

A destruição direta da vida, pelas próprias mãos do

agente, para caracterizar o suicídio, precisa também ser **VOLUNTÁRIA**.

A voluntariedade é a essência do ato. Sem o propósito de auto-eliminação, não há suicídio, em sentido legal.

O suicídio é a **DELIBERADA** deserção da existência. Os loucos, os ébrios, os penalmente menores, os coactos — todos os impossibilitados do uso da razão — “não se **SUICIDAM**”, pois não fogem da vida pela sua vontade, que, nessas circunstâncias, não é a determinante do evento.

Matam-se materialmente. São apenas meros instrumentos da sua própria liquidação, de que não têm consciência (3).

2) — Natureza do Suicídio.

O suicídio resulta de um conflito, em que se vê o indivíduo, ao sentir falta da aceitação simpática de si mesmo, num determinado grupo social (4).

Os suicidas — prega a escola sociológica — são **INADAPTADOS** ou **DESAJUSTADOS** no seu meio, na qualidade de vítimas de fatores sociais e econômicos ou das suas heranças mórbidas.

3 — FRANCESCO CARRARA, *Programma, Parte Speciale*, v. I, § 1157, nota 1; MICHELE LONGO, *Comento ao Codice Penale Italiano*, Fratelli Bocca — Editori, Milão, 1911, vol. II, pág. 347; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 256; FERDINANDO PUGLIA, *liv. cit.*, págs. 60 e 61; EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, n. 400; LEGRAND DU SAULLE, *liv. cit.*, pág. 515; A. CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *liv. cit.*, t. 3, pág. 482; PROF. GIOVANNI LOMBARDI, *Sociologia Criminale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1944, pág. 643; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. III, págs. 325 e 326; FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, vol. I, pág. 244; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 43; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 43; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 108; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Parte Especial*, I, pág. 58.

4 — E. DURKEIM, *Le suicide*, *liv. cit.*, mesmo lugar.

Mercê do seu conflito permanente com a ordem geral reinante, com as leis reguladoras do procedimento comum, perdem a alegria do ser e enchem-se de revolta, de amargura interior, de desespêro íntimo, cujo paroxismo os conduz à prática do seu próprio extermínio.

Já a escola patológica, biológica ou psiquiátrica enxerga em todo suicida o portador de uma anormalidade psíquica e vê invariavelmente a autoquiria, como um sintoma constante de loucura, ou pelo menos como o produto de um "irresistível impulso mórbido" (5).

A psicanálise freudiana explica o suicídio pelo instinto inato de morrer.

No conflito das escolas, prudente a conciliação dos critérios apresentados, no exame individual de cada caso.

O suicídio — já observava Legrand du Saulle — pode ser determinado pelos motivos mais diversos e produzir-se nas circunstâncias mais opostas (6).

Na investigação da sua etiologia, deve-se, entretanto, ter em conta o seu caráter de fenômeno eminentemente social, variando o seu conceito, com os princípios diretores das civilizações.

Na era capitalista, a crise econômica, com todo o seu cortejo de malefícios, é, ao mesmo tempo, a matriz e o caldo de cultura das tendências mórbidas, atribuídas pela escola biológica aos autocidas, como também o propulsor da angústia, do desespêro, que os empolga,

5 — E. FERRI, *Homicídio, Suicídio, trad. de Concha Pena, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1934, págs. 63 e 64*; NAPOLEÃO TEIXEIRA, *O Suicídio, Editora Guaira Limitada, Curitiba, págs. 52 e 56*; PROF. HÉLIO GOMES, *liv. cit., cap. 62*; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit., vol. I, pág. 257*.

6 — *Liv. cit., pág. 515*.

e leva-os ao voluntário aniquilamento da sua existência (7).

Assim há suicidas cobardes e suicidas heróis, suicidas anormais e suicidas íntegros de espírito e consciência, agindo com madura reflexão, consoante atestam múltiplos exames históricos.

Da última categoria é padrão o suicídio do Presidente Getúlio Vargas, em quem Assis Chateaubriand descobriu propensão para a autoquiria (8).

A flama das religiões reflete-se na interpretação moral do proprecídio.

Os orientais, imbuídos das crenças do Nirvana, as quais situam no aniquilamento do ser a suprema felicidade — a volta ao nada — vêem na autoquiria uma prática de elevado alcance, conducente ao seu supremo ideal.

Daí considerar-se, comumente, o suicídio uma obrigação ética, na tradição político-religiosa dos povos da Ásia.

Goza foros de celebridade o HARA-KIRI ou SEPPUKU dos japoneses — abertura do ventre. Consuma-se com rito especial e cerimonial adequado, perante seleta assistência, por protesto, veneração ou simpatia, para lavar-se a desonra, para seguir um chefe querido, etc.

Os ocidentais perfilham — via de regra — o cris-

7 — PROF. GIOVANNI LOMBARDI, *liv. cit.*, págs. 639, 640 e 649 — 652; GABRIEL TARDE, *A Criminalidade Comparada*, trad. de Ludy Veloso, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1957, págs. 210 e segs.; L. MEYNARD, *Le Suicide*, Presses Universitaires de France, Paris, 1954, pág. 8.

8 — “No suicídio de Getúlio Vargas predominou a inversão consciente da fórmula da existência humana: a vida é a morte. Posso mesmo dizer que ele se suicidou exclusivamente para viver”. (GASTÃO PEREIRA DA SILVA em QUEIROZ JÚNIOR, *O Suicídio de Getúlio Através da Psicanálise*, Editorial “Copac”, R. de Janeiro, 1957).

tianismo, em cujo credo a vida é dádiva de Deus, representando o suicídio uma revolta contra o Criador, um pecado e um procedimento censurável e prejudicial, ofensivo e contrário à tradição político-religiosa da coletividade.

Através dos tempos, as civilizações, hostis à deserção da vida, fulminaram o suicídio com penas infamantes à memória do seu autor, privaram-no de sepultura e proibiram aos seus legítimos herdeiros a sucessão nos seus bens, que eram devolvidos ao Estado.

Encontram-se tais medidas entre os hebreus, os tebanos, os atenienses, os franceses, os germanos, os saxônios, os espanhóis, os italianos e no direito canônico (9).

3) — Punição do Suicídio e da Sua Tentativa.

Os fundamentos da repressão do crime de suicídio estavam nos seus danos POLÍTICOS, na lesão do direito irrenunciável da vida, ocasionada pelo suicida aos interesses da família, da sociedade e do Estado, cujo imprescindível dever de cooperação violava com o espontâneo abandono das suas atividades, mal agravado pelo prejuízo do pernicioso exemplo, de fácil e avassalante contágio (10).

- 9 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 265; ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale, Ricardo Marghieri di Gius, Napoli*, 188, 3, pág. 13; CARRARA, *liv. cit.*, vol. I, *Parte Speciale*, § 1555, n. 1; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, t. IV, n. 1431; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 64; F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *Teoria do Direito Penal, Imprensa Nacional, Lisboa*, 1857, vol. VII, pág. 47; NAPOLEÃO TEIXEIRA, *liv. cit.*, págs. 98 — 100 e 122; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 42, nota 144; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Especial*, n. 385.
- 10 — PESSINA, *liv. cit.*, § 8; CARRARA, *liv. cit.*, §§ 1152 a 1154; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 318; F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *liv. cit.*, págs. 40 e 45.

Nas legislações antigas, a tentativa de suicídio incidia nas sanções de direito comum, sendo encarada como tentativa de homicídio.

Ao fato consumado — o suicídio — cabiam, como já vimos, repressões bárbaras e extraordinárias, vazias de sentido e finalidade (11).

Esta política criminal, tacanha e desumana, manteve-se rígida e imperante até os fins do século XVIII, quando, como conseqüência do combate dos enciclopedistas, foi banida das codificações penais dos povos cristãos a repressão do suicídio e da sua tentativa.

Do odioso regime do passado subsistem, hoje em dia, apenas os resíduos das legislações da Inglaterra, de alguns Estados da União Americana e da Bolívia.

Os estatutos britânicos ainda reputam crime não só o suicídio, punível com a proibição da inumação, dentro do rito anglicano, mas também a tentativa, cuja repressão é equiparada à do suicídio ordinário, quando cometido o fato pelo agente, no gozo das suas faculdades mentais (12).

Os jurados costumam frustrar a imposição da pena, reconhecendo a insanidade do suicida ou do suicidante (13), como resguardo a melindres sociais e conveniências de família.

Alguns Estados norte-americanos, a Bolívia e a Tasmania ainda punem a tentativa de suicídio (14).

11 — FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, pág. 256; NAPOLEÃO TEIXEIRA, *liv. cit.*, pág. 124

12 — GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, n. 234, nota 1.

13 — Expressão de L. Meynard, *liv. cit.*, pág. 9.

14 — LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, t. IV, n. 1431, pág. 603; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, n. 142, notas 143 e 146, *fim*; NAPOLEÃO TEIXEIRA, *liv. cit.*, pág. 124; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, pág. 140; E. FERRI, *Homicídio — Suicídio*, pág. 83.

4) — Tentativa de Suicídio.

A vigente impunidade geral do suicídio repousa na inutilidade da repressão de um cadáver, matéria inanimada, que nada sente, muito menos os efeitos morais da pena, e no respeito à dor da família, já muito aflita para ser envilecida e privada da herança do voluntário da morte. Esta tudo extingue, inclusive a ação penal.

Também se considera o suicida um doente do espírito e portanto inimputável.

A discriminação da tentativa de suicídio baseia-se no negativismo da influência intimidante da repressão sobre o agente, que afrontou a própria morte, a qual até pode corçoar o seu cuidado nas medidas tendentes a evitar que se frustre a consumação do seu designio fatal.

Ademais, no campo jurídico, é absurdo pensar possam coexistir em uma pessoa as qualidades de sujeito ATIVO e de sujeito PASSIVO de uma ação, visto como o direito é por definição — RELAÇÃO DE HOMEM PARA HOMEM (15).

5) — Auxílio ou Ajuda a Suicídio de Outro.

Os códigos modernos repelem a incriminação (16) do suicídio e da sua tentativa.

Abre-se, em vista disso, uma questão de vulto: o que acontece a quem auxilia ou ajuda a autoquiria?

15 — FRANCESCO CARRARA, *liv. cit.*, § 1115; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 323; E. FERRI, *Princípios de direito criminal*, § 74; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 247.

16 — *Autores há que se batem pela punibilidade do suicídio e da sua tentativa, como infração do DEVER SOCIAL DE VIVER e pelo exemplo atemorizante para terceiro da inflicção de penas desonrosas à memória do morto ou ao agente da tentativa.* (ENRICO PESSINA, *liv. cit.*, pág. 15; F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *liv. cit.*, págs 45 — 48.

O suicídio é fato PRINCIPAL; a participação de outrem nêle é um ato ACESSÓRIO. O ACESSÓRIO segue a REGRA DO PRINCIPAL: como o autocídio, será também impunível o concurso de outrem no luttuoso acontecimento?

Muitos pensam assim, pela impossibilidade de ajustar-se a CUMPLICIDADE ou a AUTORIA (17) à prática de um evento conceituado como NÃO DELITO.

A moral pública e a religião condenam o suicídio.

Êste também se reflete no mundo do direito, onde, longe de ser INDIFERENTE, é tido como um MALEFÍCIO DE EVIDENTE ILICITUDE.

Deixa apenas de ser reprimido por um motivo de política criminal, exposto linhas atrás.

Já não ocorre o mesmo, relativamente ao partícipe do suicídio de outro, sôbre cuja pessoa pode recair a pena, correspondente à sua CRIMINOSA ingerência na morte voluntária de um seu semelhante.

Êle infringe a lei jurídica do sagrado respeito à vida alheia, fere relação de homem a homem e comete um atentado contra a ordem social, não podendo por isso escapar à sua punição.

“A consciência ético-jurídica não admite que um terceiro se levante como juiz do direito de outrem à vida e se converta em cúmplice ou auxiliador da sua morte”.

Semelhante ato não sendo enquadrável como CUMPLICIDADE ou AUTORIA, pelas razões anteriormente deduzidas, forma uma figura própria de crime, constitui um delito particular, dá lugar a uma entidade penal autônoma, mais fracamente reprimida do

17 — De acôrdo com o direito positivo de cada povo.

que o homicídio, pelo seu menor dolo, denominada AUXÍLIO OU AJUDA A SUICÍDIO ALHEIO (18).

Encontra-se, por exemplo, a sua previsão especial nos Códigos Penais da Austria, § 139B; Bulgária, art. 138; China, art. 275; Dinamarca, art. 240; Espanha, art. 409; Groenlândia, art. 57, § 3º; Grécia, art. 301; Itália, art. 580; Islândia, art. 214; Polónia, art. 228; Portugal, art. 354; Rússia, art. 141; Suíça, art. 115; Argentina, art. 83; Colômbia, art. 367; Costa Rica, art. 189; Cuba, art. 437; Chile, art. 393; Equador, art. 430; Honduras, art. 406; Nicarágua, art. 357; Panamá, art. 317; Paraguai, art. 339; Peru, art. 157; S. Salvador, art. 362; Uruguai, art. 315 e Venezuela, art. 414.

Os estatutos repressivos da Alemanha, Bélgica, França, Bolívia, República Dominicana, Guatemala, Haiti, México e Pôrto Rico não se ocupam dêsse delito, cujas conseqüências são nêles impuníveis, como salientam Eugênio Cuello Calón (19) e R. Garraud (20), a respeito dos três primeiros países.

6) — Impugnação de Ferri.

Ferri prega, a respeito dos assuntos tratados, teses diferentes e opostas aos pontos de vista desenvolvidos.

A VIDA, ao invés de SOCIAL, é um direito INDIVIDUAL, susceptível de renúncia ou abdicação pelo seu

18 — FRANCESCO CARRARA, *liv. cit.*, vol. I, ns. 1156 e 1157; E. PES-SINA, *liv. cit.*, págs. 15 e 16; VICENZO MANZINI, *Instituzioni di Diritto Penale Italiano, Parte Speciale, Dott. Antonino Giufre — Editore, Milão, 1954, vol. I, pág. 441*; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. ns. 248 e 249*; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, págs. 324-325; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, § 84; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, n. 42.

19 — *Liv. cit.*, t. II, pág. 406.

20 — *Liv. cit.*, t. 4º, n. 1671, nota 12.

sujeito ou titular: o homem, como tem o direito de viver, tem também o DIREITO DE MORRER.

“Tem êle o DIREITO de dispor da sua vida. Se o direito à vida é tangível e anulável em certas condições, seja pelo Estado (pena capital), seja pelo indivíduo (legítima defesa, necessidade absoluta), TAL DIREITO PODE SER RENUNCIADO TAMBÉM PELO MESMO SUJEITO” (21).

O suicídio não pode constituir delito. É o exercício do primeiro direito conferido ao homem, isto é, o DIREITO SOBRE A SUA PRÓPRIA PESSOA. Êste sofre limites impostos pela necessidade social, enquanto o homem vive em comunhão.

Ê, porém, ilimitado, QUANDO SIGNIFICA A RENÚNCIA À VIDA.

Sendo o suicídio uma ação JURÏDICAMENTE lícita, a participação no mesmo não pode ser, POR SI SÓ, uma ação jurìdicamente proibida.

Dado que o suicídio é um ato permitido, a participação nêle também o é, QUANDO NÃO DETERMINADA POR MOTIVOS ANTI-JURÏDICOS OU ANTI-SOCIAIS.

O concurso ao suicídio tanto se origina de motivos baixos e condenáveis — vingança, ódio, cobiça, etc. — como nasce de motivos elevados e nobres — piedade, amor, honra, etc.

Na primeira hipótese é incriminável; na segunda é impunível.

Negando qualquer distinção entre o AUXÍLIO OU AJUDA AO SUICÍDIO DE OUTRO E A MORTE DO CONSCIENTE OU O HOMICÍDIO CONSENSUAL,

21 — *Homicídio — Suicídio*, págs. 25 e 28; *Princípios de Direito Criminal*, n. 74.

adota para a última espécie criminosa a mesma solução apontada para a primeira.

Assim como o homem tem o direito de dispor da sua vida, visto como o suicídio, na opinião de todos, é um ato não CRIMINOSO, assim também a morte do consenciente não constitui delicto, senão quando se determina o agente por motivos ilegítimos e anti-sociais.

Não há diferença real nem jurídica no fato de alguém, resolvido o seu extermínio, procurar a morte com uma arma, com um veneno, ou com a mão de um AMIGO.

Em remate, a morte voluntária não é juridicamente ilícita: o homem pode dispor de sua existência; o seu consentimento, por conseguinte, escusa todos os atos de quem, concorrendo de qualquer modo para a obtenção final da sua morte, não o faça movido por motivos imorais, ilegítimos ou anti-sociais (22).

Como temos visto, as predicções de Ferri chocam-se frontalmente com as regras positivas do direito penal e os postulados da doutrina, cuja essência é a irrenunciabilidade à vida, direito primário, eminentemente social (23).

22 — *Homicídio — Suicídio, cap. III.*

23 — FRANCESCO CARRARA, *Programma, Parte Speciale, vol. II, ns. 1407 e 1408, vol. V, n. 2886*; R. GARRAUD, *liv. cit., t. I, n. 296, t. IV, ns. 1670, nota 5, e 1672*; CHAVEAU ET HÉLIE, *liv. cit., t. 3º, n. 1237*; GEORGES VIDAL, *liv. cit., n. 232*; J. J. HAUS, *liv. cit., t. I, ns. 648 e 649*; ADOLPHE PRINS, *liv. cit., ns. 346 e 348*; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit., n. 1432, pág. 607*; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit., t. I, pág. 379, e t. II, pág. 409*; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit., vol. I, págs. 432, 439 e 441 e vol. IV, pág. 318*; EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit., t. I, n. 198 e t. II, n. 397*; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit., vol. II, pág. 370*; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit., pág. 264*; ENRICO PESSINA, *liv. cit., § 8*; FERNANDO PUGLIA, *liv. cit. n. 14*; MICHELE LONGO, *liv. cit., v. II, pág. 347*; EUGENIO FLORIAN, *liv. cit., n. 357a*; ENRICO ALTA-VILLA, *Delitti contro la persona, n. 256*; VICENZO MANZINI, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano, vol. 2º, ns. 440 e 441*; F. A. F.

7) — Auxílio ou Ajuda a Suicídio Alheio no Direito Brasileiro.

A entidade criminal em aprêço está enraizada no direito repressivo brasileiro.

Prevía-a o Código Criminal do Império:

“Art. 196 — AJUDAR ALGUÉM A SUICIDAR-SE, OU FORNECER-LHE MEIOS PARA ÊSSE FIM COM CONHECIMENTO DE CAUSA.

Pena de prisão de dois a seis anos”.

Regulava-a o Código Penal da Primeira República:

“Art. 299 — INDUZIR OU AJUDAR ALGUÉM A SUICIDAR-SE OU PARA ÊSSE FIM FORNECER-LHE MEIOS, COM CONHECIMENTO DE CAUSA.

Pena de prisão celular por dois a quatro anos”.

E estabelece o Código Penal de 1940:

“INDUZIR OU INSTIGAR A SUICIDAR-SE OU PRESTAR-LHE AUXÍLIO PARA QUE O FAÇA .

Pena: reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão, de um a três anos, se

DA SILVA FERRÃO, *liv. cit.*, pág. 45; MACEDO SOARES, *liv. cit.*, página 71; BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-Práticas ao Código Penal do Brasil*, volume II, nota 39; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, n. 214, *Parte Especial*, n. 385; *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, 2ª Edição, José Konfino — Editor — Rio de Janeiro, 1951, t. 1º, n. 748; JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *liv. cit.*, pág. 318; DESEMBARGADOR CARLOS XAVIER, *Estatutos Penais, Livraria Editora Freitas Bastos*, Rio de Janeiro, 1941, pág. 150; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 65; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 57; NELSON HUNGRIA, *Direito Penal, Parte Especial*, pág. 268, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 42; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *liv. cit.*, § 71; ANIBAL BRUNO, *liv. cit.*, t. 2º, pág. 404; LEÃO VIEIRA STARLING, *liv. cit.*, n. 200.

da tentativa resulta lesão corporal de natureza grave”.

Apesar da diversidade de linguagem, há um conceito uniforme nos três citados textos.

Admitem todos êles o mesmo crime, auxílio ou ajuda a suicídio alheio, sob duas modalidades:

- a) — AUXÍLIO OU AJUDA MORAL;
- b) — AUXÍLIO OU AJUDA MATERIAL.

O AUXÍLIO OU AJUDA MORAL A SUICÍDIO ALHEIO está nas palavras — “ajudar alguém a suicidar-se”, do artigo 196 do Código Criminal do Império, “induzir ou ajudar alguém a suicidar-se”, do art. 299 do Código Penal de 1890, e “induzir ou instigar alguém a suicidar-se”, do art. 122 do Código Penal de 1940.

O AUXÍLIO OU AJUDA MATERIAL A SUICÍDIO ALHEIO encontra-se nos termos — “ou fornecer-lhe meios para êsse fim com conhecimento de causa”, do art. 196 do Código Criminal do Império, “ou para êsse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa”, do art. 299 do Código Penal de 1890 e “ou prestar-lhe auxílio para que o faça”, do art. 122 do Código Penal de 1940.

A) — Auxílio ou Ajuda Moral a Suicídio Alheio.

Por sua vez o crime de AUXÍLIO OU AJUDA MORAL A SUICÍDIO ALHEIO manifesta-se em duas sub-espécies:

a) — no induzimento à prática do suicídio; b) — na instigação à mesma.

Advoga-se a equivalência, como sinônima, dos vocábulos INDUZIR ou INSTIGAR, do corpo do art. 122 do Código Penal vigente. Induz quem instiga. Instiga

quem convence, quem persuade, quem com lábias leva para o mal (24).

Na análise do art. 299 do Código Penal de 1890, ao apreciar o significado do verbo INDUZIR, nêle empregado, equiparam-no a INSTIGAR, dando-lhes um só e mesmo sentido, certos intérpretes dêsse diploma legal (25).

O enquadramento da matéria efetua-se, no direito argentino, no seu Código Penal:

“Art. 83 — Será punido com prisão de um a quatro anos o que INSTIGAR a outrem ao suicídio ou o ajudar a cometê-lo, se o suicídio houver sido tentado ou consumado”.

A hermenêutica também se bate pela equipolência das dicções — INDUZIR e INSTIGAR — concluindo que INSTIGAR a suicídio quer dizer incitar, provocar ou INDUZIR alguém a que se suicide (26).

A mesma igualdade de acepção é sustentada, no direito espanhol, cujo Código Penal, por seu turno prescreve:

“Art. 409 — O que prestar auxílio ou INDUZIR a outro a suicidar-se . . .”

Aí, INDUZIR ao delito significa EXCITAR, INSTIGAR a êle (27).

O direito italiano serve de fonte subsidiária da matéria.

24 — RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, 1º vol., pág. 210; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 42; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 68, págs. 115, 117; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 63; JORGE SEVERIANO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 3º vol., pág. 65.

25 — NELSON HUNGRIA, *Direito Penal, Parte Especial*, vol. II, págs. 268 e 269; MACEDO SOARES, *liv. cit.*, pág. 616.

26 — EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 399, págs. 125 e 126.

27 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. II, pág. 407.

O Código Penal de 1890 ou o de Zanardeli, ao precisar, no seu artigo 370, o crime de auxílio ou ajuda a suicídio alheio, referia-se a “qualquer pessoa que DETERMINA outra a suicídio ou lhe presta ajuda”.

Na elaboração daquela regra positiva, foi proposta e repelida a expressão — INDUZ — em substituição a — DETERMINA.

Ocasionou a repulsa da mudança a sua impropriedade: “ao suicídio INDUZ TAMBÉM aquêlê que reforça em outrem a idéia do suicídio; enquanto ao suicídio DETERMINA aquêlê que FAZ NASCER o seu propósito”.

E só se queria punir a quem tivesse INSPIRADO a intenção suicida do culpado, não bastando um conselho, um excitação, um refôrço à decisão já tomada (28).

INDUZIR ou INSTIGAR, no citado art. 122 do Código Penal, longe de se prestarem a confusões, visto ser tênue ou quase nenhuma a diferença entre os referidos verbos (29), estereotipam, de maneira marcante e inconcutível, os dois DIVERSOS E DISTINTOS estados mentais da INSPIRAÇÃO a alguém e do ACOROÇOAMENTO em outra pessoa da VONTADE de suicidar-se, atos constitutivos da participação MORAL no suicídio alheio.

O nosso estatuto repressivo chegou a êsse resultado, claro e incisivo, recorrendo à riqueza da nossa língua, sem ter necessidade de valer-se das locuções italianas.

O teor semântico dos verbos reveste-se de pujança e variedade admiráveis.

28 — MICHELE LONGO, *liv. cit.*, vol. II, pág. 348; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, ns. 251 e 252.

29 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. 43; GALDINO DE SIQUEIRA,

INDUZIR é, entre outras ações, "CAUSAR, INCUTIR, INSPIRAR; INDUZIR temor, INDUZIR suspeitas" (30).

Registra SARAIVA entre outras acepções do verbo **inducere**, em sentido figurado, as de **levar a, determinar, resolver, induzir**, citando, em abono dêste emprego, autores como Cícero e Cornélio Nepos.

Quanto a **instigare**, o mesmo dicionarista aponta-lhe as significações de **impelir, estimular, aguilhoar, instigar, incitar, excitar**, com apoio em Sêneca, Cícero, Papinius Statius e Lucrécio (31).

Em conclusão, pelo **induzimento** o agente **sugere** à vítima o **suicídio**, **incute** no espírito, **mete** na cabeça do paciente, **faz surgir, nascer e desenvolver-se** na mente do autocida ou do suicidante **o intuito** de matar-se. É o pai do ato, na linguagem de Aristóteles.

Vem dêle a concepção do fato, transmitindo ao outro a conveniência ou a necessidade da sua resolução.

O pai conhece a desonra da filha. Em desagravo dos brios da família, mostra-lhe, demonstra-lhe que a única solução é o suicídio. E ela se mata.

Pela **instigação** o sujeito ativo do delito empurra para a frente um desígnio já elaborado, **agula, aguilhoa** um propósito preexistente, concorrendo, secundária e acessoriamente, com o seu impulso, com a sua **palavra**, com os seus conselhos, para que dê corpo ao seu desejo e efetive o seu intento quem já alimentava o plano de matar-se.

O auxiliar ou ajudador do suicídio limita-se, então.

Tratado de Direito Penal, t. 1, n. 785.

30 — *Dicionários de Aulete e Hildebrando de Lima e Gustavo Barroso.*

31 — F. R. DOS SANTOS SARAIVA — *Novíssimo Dicionário Latino-Português* — H. Garnier, Livreiro — Editor, Quinta Edição.

a concorrer para a viabilidade, a eficiência e a prática do projeto de eliminação do propírcida ou suicidante.

O condenado à morte conclui, nas suas meditações agônicas, ser melhor, para si e os seus, matar-se do que sofrer a infamante pena capital.

Tem medo e hesita.

Ciente da sua atitude dúbia, a espôsa exorta-o a fugir da existência, pelas suas próprias mãos, como holocausto ao amor da sua prole. Ele a atende e enforca-se.

No **induzimento**, na **instigação** ao suicídio alheio há um concurso MORAL: somam-se as vontades do agente e do sujeito passivo para o resultado letífico.

No induzimento, a preponderância psíquica cabe ao agente e na instigação ao sujeito passivo, um e outro autores da **decisão** fatal.

A conduta do indutor ou instigador equivale à do partícipe moral do delito.

Tanto o **induzimento**, como a **instigação**, constituindo formas de criminalidade ATIVA, são representados por ações e nunca por omissões.

B) — Auxílio ou Ajuda Material a Suicídio Alheio.

Nesta modalidade de crime, o autor, desvinculado de qualquer liame ao elemento psíquico do delito, interfere, **FÍSICAMENTE**, e em caráter secundário, num verdadeiro concurso material, apenas nos atos **PREPARATÓRIOS DO SUICÍDIO**, de cujo processo executório pròpriamente dito não participa (32).

O papel equivale no caso ao dos cúmplices nos delitos.

É todo complementar ou supletivo, cabendo ao

32 — *Fazê-lo seria cometer um homicídio consensual.*

autocida parte central — a idéia e a prática da morte.

De diversos modos pode-se prestar **auxílio material** para que alguém se suicide.

Entre êles se distingue a **cooperação pessoal** em atos adjetivos do cometimento substancial, que é a morte: o agente segura o laço da corda, em que põe outrem o pescoço para obter o seu extermínio, com as suas próprias forças; ou deita no copo d'água o veneno, já possuído pela vítima, do qual esta se serve para a sua liquidação (33), ou monta guarda ao local, onde se vai dar o suicídio, para que se não o evite.

Outro aspecto da prestação de auxílio material a suicídio alheio é o propinamento de **conselhos e instruções** sôbre como se deve matar a pessoa: o ensinamento do uso da arma, a indicação das zonas mortais, a serem atingidas, o informe da dose de veneno a tomar, etc.

Não se deve confundir tais **conselhos e instruções** com a **instigação**, uma das formas do auxílio ou ajuda moral ao suicídio alheio.

Neste, o agente comunga do psiquismo do delicto, partilha da vontade do suicida ou do suicidante de efetuar o seu desaparecimento do mundo, a qual retempera e revigora, com o seu proceder.

Naqueles, o desígnio eliminatório da existência limita-se a aplaudir e a ajudar o ato de quem está disposto a libertar-se do jugo da vida: nada resolve.

O concurso **pessoal** do auxiliador ou ajudador versa sôbre detalhes **objetivos** da operação suicida.

Daí não haver **auxílio intelectual** (34) ou **moral**

33 — *Se o ato praticado fôr DIRETAMENTE sôbre o corpo do paciente — como cortar uma artéria, por sua solicitação — desfigura-se o crime para homicídio consentido.*

34 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit., t. II, pág. 406.*

(35), em semelhantes casos, que são de participação material: colimam facilitar o desbarato animal do corpo humano (36).

Presta-se ainda auxílio material ao suicídio alheio, fornecendo-lhe meios para êsse fim (37).

Êsses meios abrangem tôdas as matérias e todos os instrumentos capazes de produzir a morte, cujo número é bastante amplo e de ciência geral.

O propiciamento pelo partícipe ao suicida ou ao suicidante do objeto ou da substância, destinado ao seu excídio, pode ser direto, em espécie, ou indireto, em dinheiro ou outro meio equivalente para a sua aquisição.

Em ambas as hipóteses, a sua ministração pres-supõe o conhecimento da sua finalidade.

Ê feito com a consciência do fim, a que se destina.

Em contraste com o auxílio moral ao suicídio alheio, o material encerra procedimento tanto de ação (38), como de omissão.

Esta nos casos de inobservância dos deveres impostos pelas leis ou pelas especiais relações entre o partícipe e a vítima: deixar propositalmente de dar alimentos a menores quem tem obrigação de fazê-lo; permitir o carcereiro que o prêso morra pela greve da fome (39).

35 — SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, t. III, pág. 109; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, págs. 59 e 61.

36 — ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 252; JORGE SEVERIANO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 3º vol. pág. 67.

37 — *Expressões dos arts. 196 do Código Imperial e 299 do Código de 1890.*

38 — *Limitam o auxilio material às ações entre outros:* EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, n. 377; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, n. III, pág. 109; EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 400; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, *Parte Speciale*, t. II, pág. 406; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, págs. 43 e 44.

39 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. I, pág. 326; NELSON HUN-

Aparecem, às vezes, conjugadas a **instigação** e a **participação física**, resumindo-se, assim, numa única espécie, as formas **moral** e **material** do auxílio ou ajuda a suicídio alheio: o superior, estigmatizando ao inferior pela prática de um ato desonroso, oferece-lhe o revólver, induzindo-o a matar-se (40).

8) — Elemento Material.

O elemento material do delito reside no fato do induzimento, da instigação ou da prestação de auxílio corpóreo a suicídio de outrem.

9) — Elemento Psíquico.

A materialidade do fato — induzimento, instigação ou auxílio físico — tem de ser informada com o ânimo de ocasionar o suicídio alheio, não mediante a própria ação, mas através da psique do outro.

É o dolo. Consiste na vontade consciente e livre e na intenção de realizar o fato (**doloso genérico**), com o fim de determinar o induzimento, a instigação ou o auxílio material ao suicídio alheio (dolo específico).

O substrato do dolo, na espécie, está na vontade de produção da morte, **sob a forma precisa do suicídio**, e não na ocorrência da morte de qualquer outro modo.

Entre o dolo — no induzimento, na instigação e no auxílio material — e a autoquiria deve haver uma relação **direta** e um nexo de **causa e efeito**.

GRIA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 198; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, n. 785; FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale, Parte Speciale*, I, pág. 563
 40 — ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 254; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, I, pág. 60; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 109.

O agente quer ou assume o risco de produzir o pro-
 priedade de outrem (41) e comete ação, no induzimento
 e na instigação, e comissão ou omissão, no auxílio
 material, capaz de gerar o acontecimento visado.

Sòmente há o crime, quando o ato desencadeador
 do agente tem como escopo justamente levar outrem a
 matar-se.

Tôdas as provocações destituídas dêsse propósito,
 geradoras do excídio de alguém, podem tipificar um ho-
 micídio, nunca o crime especificado de participação —
 moral ou física — no suicídio alheio: as brincadeiras
 inconvenientes, as referências acidentais, os tormen-
 tos corporais ou espirituais reiterados e contínuos, como
 os maus tratos permanentes infligidos pelo marido à
 mulher, criando uma atmosfera moral irrespirável (42).

É possível na espécie o dolo eventual, quando o
 agente aceita conscientemente o risco de produzir o
 suicídio alheio, equivalendo o seu proceder a um indu-
 zimento à prática da autoquiria: o pai expulsa de casa
 a filha, não obstante ter fundadas razões para saber
 que a desgraçada se mataria, em represália ao seu
 castigo, em face das declarações nesse sentido (43).

41 — *Código Penal*, art. 15.

42 — EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, ns. 374 e 376; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, págs. 106 e 107; EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 399; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 60; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, t. IV, pág. 611; NICO GUNZBURG, *La Trajectoire du crime*, *Livraria Jacinto*, Rio de Janeiro, 1941, págs. 105 — 106; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 328; FRANCESCO CARRARA, *Programma, Parte Speciale*, vol. I, § 1156, nota 2, *fim*; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 334; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 251; FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 56; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 43; VALENTIN ALVES DA SILVA, *liv. cit.*, vol. II, n. 1882. CONTRARIAMENTE: MICHELE LONGO, *Direito Penal*, *liv. cit.*, vol. II, pág. 349; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal, Parte Especial*, n. 386.

43 — FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 57.

O móvel — bom ou mau — do culpado não destrói, nem desvirtua o dolo.

Influi, entretanto, na graduação da pena (44).

10) — **Forma Culposa da Participação no Autocídio Alheio.**

Carrara aceita a punibilidade da participação culposa no suicídio alheio, como um fato delituoso especial, como figura criminal particular, conforme ocorre com a sua modalidade dolosa (45).

Improcede a tese .

Não é concebível participação culposa no suicídio (46).

Admite-se o HOMICÍDIO CULPOSO, nas manifestações de evidente imprudência ou negligência, como nos casos do farmacêutico, que dá veneno a quem tem intenção de suicidar-se, ou do carcereiro, que se descuida e deixa na cela uma corda, com que o detento se enforca (47).

O sistema do nosso direito penal repele em absoluto a idéia da responsabilidade por culpa no crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. (48)

11) — **Condição de Punibilidade.**

No crime de auxílio ou ajuda a suicídio alheio, a lei sujeita a imposição da pena à **consumação do suicídio**,

44 — *Código Penal*, art. 42.

45 — *Programma, Parte Speciale*, vol. 1 § 1156, nota 1.

46 — CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 60; EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 402.

47 — ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 252; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, págs. 327 e 328.

48 — *Código Penal*, art. 15, e § único, *comb. com o art. 122*; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 66.

ou ao resultado de lesão corporal de natureza grave, na sua tentativa.

É uma condição de punibilidade: sem um dos eventos indicados, desaparece o crime, torna-se o fato inóceno, tanto no induzimento, como na instigação, como no auxílio material, mesmo na superveniência de simples lesão de natureza leve, na pessoa do suicidante, quando malogrado o seu desígnio proprecida. (49).

12) — **Tentativa de Participação no Suicídio de Outro.**

Alguém induz, instiga ou auxilia materialmente uma pessoa a se matar; mas a vítima, recebendo o induzimento, a instigação ou o auxílio físico, pratica atos preparatórios, SEM, ENTRETANTO, SE SUICIDAR, NEM AO MENOS TENTAR FAZÊ-LO.

Um indivíduo dá veneno à sua mulher, fecha-a num quarto, marcando-lhe o prazo de horas para pôr termo aos seus dias. Ela nem se suicida, nem procura realizar o extremo sacrifício, salvando-se da tenebrosa injunção por circunstâncias fortuitas (50).

Nessa conjuntura, há a figura penal do crime de tentativa de participação criminosa no suicídio alheio?

49 — FRANCESCO CARRARA, *Programma, Parte Speciale*, vol. I, § 1157; VICENZO MANZINI, *Instituzioni de diritto penale italiano*, pág. 308; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 109; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 60; EUSEBIO GÓMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 401; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.* n. 65; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 44.

CONTRÁRIO: GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 327: "Este delito se consuma com a morte do suicida ou ao verificar-se alguma lesão grave ou gravíssima sobre a sua pessoa. A realização do resultado é elemento essencial do delito e não condição objetiva de punibilidade, já que se trata de um resultado querido".

50 — NICO GUNZBURG, *liv. cit.*, pág. 105.

A questão, discutível no regime do Código de 1890 (51), é pacífica no de 1940, em que se impõe a resposta negativa.

O crime é formal: integra-se, exaure-se com o próprio ato do induzimento, da instigação ou do auxílio material ao suicídio de outrem.

“Nisto — esclarece com perfeição o insigne Mestre Nelson Hungria — se concretiza o “fato contrário a lei penal”, embora a sua punibilidade fique subordinada a uma superveniente condição objetiva, isto é, o efetivo suicídio do induzido, instigado ou auxiliado, ou produção de lesão grave à sua integridade física ou saúde, resultante da ação dirigida ao suicídio .

“ . . . O crime não é o evento “suicídio” visado pelo réu, mas o fato de **induzir, instigar ou prestar auxílio** ao suicídio. Se êste não ocorre, tais atos tornam-se penalmente indiferentes. Falar-se em tentativa na espécie é o mesmo que admitir-se tentativa punível de **fato não punível**” (52).

13) — Duelo Americano.

Bárbara usança, produto da civilização.

Curioso e audaz desafio ao destino: entre dois contendores, em choque por motivos patriculares, **mata-se**, sob o império da sua honra, o preferido pela sorte e pelo meio convencionado — bala, punhal, veneno.

51 — *Eram então pela possibilidade da tentativa*; MACEDO SOARES, *liv. cit.*, pág. 61; JOÃO MARCONDES MOURA ROMEIRO, *liv. cit.*, pág. 319 e GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Especial*, n. 386, pág. 598.

52 — NELSON NHUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 45; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 66; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, n. 786; JORGE SEVERIANO, *Código dos Estados Unidos do Brasil*, 3º vol. pág. 67; NICO GUNZBURG, *liv. cit.*, pág. 108; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, 1º vol. pág. 210; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 43.

Pergunta-se: qual a responsabilidade do competidor no trágico holocausto do seu émulo?

Juridicamente o que representa a autodestruição do imolado?

Controverte-se sôbre o doloroso assunto.

É um suicídio e o seu comparsa é agente do crime de participação na autoquiria de outrem (53).

Ao invés dessa entidade, trata-se de um HOMICÍDIO CONSENTIDO.

O réu matou alguém, servindo-se, como instrumento, das próprias mãos do sujeito passivo do fato delituroso, mercê do empenho sagrado da sua palavra para êsse fim, de acôrdo com a sorte (54).

O duelo americano considera-se também “uma coação psíquica ao homicídio” (Holtzendorff) e “uma coação psíquica ao suicídio” (Binding) (55).

Os Códigos Penais da Hungria (56) e da Polônia (57) prevêem o duelo americano, como delito especial.

Dentro do Direito constituído, racionalmente se

53 — FRANCESCO CARRARA, *Programma, Parte Speciale*, vol. V, § 2398, nota 1; FERNANDO PUGLIA, *liv. cit.*, § 14, pág. 61; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 253, nota; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 106; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, *Parte Speciale*, t. II, nota 92; GEORGES VIDAL, *liv. cit.*, n. 238; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 71; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, n. 43, pág. 199.

54 — VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, V., pág. 608, e VII, pág. 67, em Sebastian Soler, *liv. cit.*, vol. III, pág. 106, nota 6, e ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, pág. 120.

55 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. II, *Parte Especial*, pág. 407, nota 92; NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, vol. V, pág. 199.

56 — “Art. 283, 2ª alínea — Se duas pessoas combinam, que uma delas se suicidará, de modo determinado e dependente de sorte, e é executada, em consequência disso, a ação dirigida ao suicídio, ficam ambas, se não se segue a morte, sujeitas à pena de prisão por um até cinco anos; mas, se ocorre a morte, será o sobrevivente punido com prisão por cinco até dez anos”. (Nelson Hungria, *liv. cit.*, vol. V, n. 43, pág. 199).

57 — “Art. 299 — O que conclui um contrato, segundo o qual a sorte decide qual dos contratantes deve se matar, é punido com prisão até cinco anos”.

inclui o duelo americano nas formas do crime de participação no suicídio alheio.

Melhor orientação, porém, é erigi-lo em crime autônomo.

14) --- Ambicídio.

Aparecido no século passado, criado pelo cirurgião da marinha francesa, de nome Bancal, e a sua amante (58), o ambicídio é a fuga à vida combinada e realizada, conjuntamente, por duas pessoas, ou se matando reciprocamente, ou cada uma matando a si mesma, na presença da outra, ou matando uma a outra e matando-se depois.

“Só os que amam marcham unidos para a morte”.

Sublimação de uma amizade pura, como nos casais envelhecidos, levados à miséria, ou resultado de paixões infelizes e contrariadas, frequentemente de fundo mórbido, os suicidas a dois enchem a história, nimbando-se os seus protagonistas de uma auréola de piedade e admiração e vulgarizando-se os nomes dos seus heróis, de cujo número muitos alcançaram a celebridade, como Chambige e a Senhora G., no drama Sidi-Mabrouck, Bangrazi Amedeo e Rosina Mariani, em Roma, e, aqui, no Brasil, o violinista Winia e a sua aluna Diva e Stefan Zweig e sua espôsa (59) .

No duplo suicídio, ou perecem ambos os protagonistas, ou sobrevivem os dois, ou falece um e salva-se da morte o seu par.

58 --- VIVEIROS DE CASTRO, *Atentados ao Pudor*, 2ª Edição, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1932, pág. 102.

59 — VIVEIROS DE CASTRO, *liv. cit.*, cap. XI; L. MEYNARD, *liv. cit.*, pág. 15; E. FERRI, *Homicídio — Suicídio*, pág. 130; LEGRAND DU SAULLE, *liv. cit.*, pág. 516.

De ordinário, escapa ao desaparecimento o **executor** material do fato, em vista de errar os golpes sôbre si mesmo, pela perturbação psíquica do sacrifício do **companheiro** (60).

Variam, em função das particularidades objetivas de cada passo, as conseqüências jurídicas do **ambicídio**, que pode originar diversos crimes (61).

É clássica, a respeito, a exemplificação de Carrara (62), aliás, muito seguida.

Superou-a, entretanto, a do exímio Mestre brasileiro Nelson Hungria, pela sua justeza de conceitos e previsão de tôdas as espécies possíveis na matéria.

“Hipóteses interessantes podem ocorrer em tórno ao chamado **suicídio a dois**. Suponha-se que João e Joaninha, contrariados no seu recíproco amor, resolvam matar-se, instigando-se mutuamente. De acôrdo com o ajustado, João desfecha um tiro contra Joaninha e, em seguida, outro contra si próprio, mas acontecendo que um dêles sobrevive.

Se o sobrevivente é João, responde êste por crime de **Homicídio**; se, ao contrário, é Joaninha quem escapa, responderá esta por **instigação a suicídio**. Se João, ao invés de ter atirado contra Joaninha, limitou-se a fornecer a arma com que ela veio a matar-se, responderá por **auxílio a suicídio**.

Suponha-se, agora, que tivessem preferido morrer por asfixia, e enquanto um abria o bico de gás, o outro calafetava as frinchas do compartimento.

60 — E. FERRI, *liv. cit.*, pág. 132.

61 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 4º, n. 1673; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 268; FERDINANDO PUGLIA, *liv. cit.*, pág. 58; LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, *liv. cit.*, pág. 605; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 326; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 71; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 67.

62 — *Programma, Parte Speciale*, vol. I, § 1157, nota 1.

Se qualquer dêles sobrevive, responderá por **homicídio**, pois concorreu materialmente no **ato executivo** da morte do outro. Se ambos sobrevivem, responderão por **tentativa de homicídio**. No caso em que somente um dêles tivesse calafetado as frestas e aberto o bico de gás, responderá êsse, na hipótese da sobrevivência de ambos, por **tentativa de homicídio**, enquanto o outro responderá por **instigação a suicídio**" (63).

15) — **Aumento da Pena,**

A pena é duplicada:

I) — se o crime é praticado por motivo egoístico; II) — se a vítima é menor; III) — se tem diminuída por qualquer causa a capacidade de resistência.

Motivo egoístico é, via de regra, o anti-social contrário às exigências morais e materiais da convivência civilizada (64).

O egoísmo é o móvel de todo crime, que não tenha sido praticado por motivo de relevante valor social ou moral (65), proporcionando-lhe vantagens pessoais, ou satisfazendo-lhe qualquer interêsse (66).

A menoridade da vítima traduz a exasperação específica da agravante genérica de ser o crime cometido contra **criança** (67).

A maioridade penal atinge-se aos dezoito anos

63 — *Liv. cit.*, V., n. 46.

64 — E. FERRI, *Princípios de direito criminal*, pág. 304.

65 — JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, vol. 3º, pág. 68.

66 — BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 45.

67 — *Código Penal*, art. 44, letra i.

(68) e presume-se aos quatorze anos a capacidade para consentir em ato sexual (69).

No texto do art. 122, § único, II, empregou o nosso diploma legal o termo — menor — ao invés da palavra — criança — agravante comum do art. 44, letra I.

O estado de criança estende-se até quatorze anos de idade (70).

Para a exacerbação da pena, a menoridade da vítima compreende-se entre quatorze e dezoito anos de idade.

Se o crime é cometido contra vítima aquém dessa idade, realiza-se contra um menor, QUE NÃO POSSUI UM CERTO ENTENDIMENTO, e converte-se em HOMICÍDIO, visto como serve êle de simples MEIO HUMANO INCONSCIENTE para a prática do delito (71).

O mesmo ocorre, se a vítima tem diminuída a capacidade de resistência, por qualquer causa.

Esta restrição de resistência é moral e equivalente à situação de não possuir ela a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se, de acôrdo com êsse entendimento (72).

Únicamente nessas condições tem lugar o aumento especial da pena.

Se a diminuição, por qualquer causa da capacidade de resistência, fôr tal que situe a vontade da vítima

68 — Código Penal, art. 23.

69 — Código Penal, art. 224, a.

70 — ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. II, n. 45.

71 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, n. 47.

72 — Código Penal, art. 22, § único.

dentro do domínio da irresponsabilidade (73), o crime transmuda-se também em HOMICÍDIO, em virtude de agir a vítima como verdadeiro **instrumento autômato** do delito: não se mata voluntariamente, mata-se materialmente, por cujo evento responde quem a conduzir a isso.

73 — Código Penal, art. 22.

INFANTICÍDIO

I N F A N T I C Í D I O

Código Criminal de 1830:

Art. 197 — Matar recém-nascido:

Penas — de prisão por três a doze anos e de multa correspondente à metade do tempo.

Art. 198 — Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra:

Penas — de prisão com trabalho por um a três anos.

Código Penal de 1890:

Art. 298 — Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias do seu nascimento, quer empregando meios diretos e ativos, quer recusando à vítima os cuidados necessários à manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena — de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Parágrafo único — Se o crime fôr perpetrado pela mãe para ocultar a desonra própria:

Pena — de prisão celular por três a nove anos.

Código Penal de 1940:

Art. 123 — Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena — detenção, de dois a seis anos.

Exposição de Motivos:

40 — O INFANTICÍDIO é considerado um DELITO EXCETO quando praticado pela parturiente, SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL. Essa cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente

Fora, daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a causa da honra (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.

I N F A N T I C Í D I O

1) — Prolegômenos — Duração da gravidez — Abôrto — Homicídio — Infanticídio. 2) — Conceito vigente. 3) — Evolução jurídico-penal do crime de infanticídio. 4) — Diferença de tipicidade criminal da morte de infante. 5) — Direito brasileiro. 6) — As três correntes sôbre o crime de infanticídio, no Código Penal de 1940: A) — A oficial. B) — A material. C) — A judiciária. 7) — Apreciações sôbre as três correntes Qual a preferível: A) — Estado puerperal. B) — Influência do estado puerperal. Loucura puerperal de Marcê. C) — Crise emotiva: I) — A corrente oficial. II) — A corrente material. III) — A corrente judiciária. 8) — Infanticídio patológico. 9) — Sujeito passivo. 10) — Sujeito ativo e sua pluralidade. 11) — Dolo e culpa. 12) — Tentativa. 13) — Agravantes. 14) — Atenuantes. 15) — Perícias médico-legais.

1) — Prolegômenos — Duração da Gravidez —
Abôrto — Homicídio — Infanticídio.

A duração prática da gravidez (1) é de 270 a 280 dias, correspondendo a 9 meses, conforme o calendário, ou a dez meses lunares, de 4 semanas, de acôrdo com o método alemão.

O desfecho natural da prenhez é o parto, conjunto de fenômenos fisiológicos e mecânicos, que acompanham a expulsão do feto e dos seus anexos.

Inicia-se pelo processo de dilatação do útero, expresso pelos fenômenos fisiológicos, que precedem imediatamente a expulsão do feto, pròpriamente dito, representada pelos fenômenos mecânicos determinantes da saída do feto do claustro materno.

Começa o parte comum pelas dores, isto é, pelo chamado “trabalho do parto” — característica do término do processo fisiológico da gestação.

A expulsão do feto segue-se a da placenta, denominada secundamento ou delivramento.

Em obstetrícia o parto pode ser abortivo, prematuro, precoce, tempestivo ou a têrmo e tard o ou serodino.

Abortivo — é o verificado anteriormente à viabilidade fetal.

Prematuro — é a expulsão do produto da concepção já viável, ou melhor, desde o sexto mês completo até o final do nono mês da gestação.

Precoce — é o efetuado, com pequena antecipação, ou melhor, entre o 265º e o 275º dia da gestação.

A **têrmo** — é a expulsão do produto da concepção, na época normal, isto é, quando completa a gravidez.

1 — V. Cap. Abôrto.

Tardio ou serodino — é o parto, que ocorre, em gravidez, que ultrapassa o limite ordinário (2).

Em medicina legal, não se leva em conta a diferença indicada.

A interrupção proposital da gravidez, com ou sem a expulsão do feto, antes do tempo apropriado, seja qual fôr a idade da gestação, chama-se abôrto. No aspecto médico-legal, o abôrto reúne tanto o abôrto em si, como o parto prematuro.

A morte deliberada do feto NASCENTE ou NASCENDO, durante o parto, não só a têrmo, senão também prematuro, como a do recém-nascido, dá lugar ao crime de HOMICÍDIO, se praticado por qualquer pessoa (3) e ao delito de INFANTICÍDIO, se realizada pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após (4 e 5).

2) — Conceito vigente.

Êste o conceito vigente do crime de INFANTICÍDIO, no nosso diploma penal (6) e em muitas outras legislações congêneres, é calcado no modelo do projeto de Código Penal Suíço, organizado por Stoos, em 1916, e na dita legislação criminal, de 21 de dezembro de 1937, modificada por ato de 5 de outubro de 1950 (7).

2 — L. THOINOT, *liv. cit.*, t. 2, pág. 166; PROFESSOR C. SIMONIN, *Médecine Légale Judiciaire*, Librairie Maloine, Paris, 1947, pág. 102; F. G. GRELE, *Manual de Obstetria*, Livraria Atheneu S. A., Rio de Janeiro, 1956, vol. I, págs. 255 e 347; ASDRUBAL DE AGUIAR, *Medicina Legal*, Empresa Universitária, Editora, Lisboa, vol. III, pág. 143.

3 — Código Penal, art. 121.

4 — Código Penal, art. 123.

5 — S. DU MORÉZ, *L'avortement*, Marchal & Billard, Editôres, Paris, 1912, pág. 125; R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. IV, n. 1; VINCENZO MANZINI, *liv. cit.*, vol. 2, Parte Speciale, n. 439; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 312; FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, vol. 2, pág. 305.

6 — Código Penal, art. 123.

7 — Código Penal Suíço, art. 116; Código Penal Alemão, art. 217; C6-

3) — Evolução jurídico-penal do crime de infanticídio.

Nem sempre tutelou a lei penal a existência do homem, desde o momento do seu ingresso no mundo.

Hábitos pagãos inveterados sancionavam a bestial destruição de crianças, para diminuir o número de bôcas inúteis, de preferência do sexo feminino, visto representar o seu sustento, mais do que do masculino, uma sobrecarga para a coletividade.

Depois, o excídio de párvulos assumiu um caráter religioso ou social, cujo exercício se prendia à concepção dominante, no orbe antigo, de que podia o pai de família dispor dos seus descendentes e o Estado dos membros da comunhão, como se fôsem propriedades dêles.

Em Cartago, os pais imolavam os rebentos do seu amor, em oferenda aos deuses.

A prole enfermiga, mal conformada e defeituosa, era atirada ao Tibre, em Roma, e arremetida aos sorvedouros dos Apothetas, junto ao monge de Taigeto, em Sparta.

O feticídio era totalmente indiferente aos gregos.

Attalus, rei de Pérgamo, trucidou, no nascimento, a tôda sua descendência, para garantir, por gratidão, a coroa a um seu sobrinho.

Mais tarde, com o advento do Cristianismo, o direito penal passou a proteger o infante, de maneira absoluta, resguardando-o, na sua fraqueza, contra os males provindos dos adultos.

odigo Penal Chinês, art. 274; Código Penal Búlgaro, art. 136; Código Penal Dinamarquês, art. 238; Código Penal Finlandês, cap. XXII, § 1º; Código Penal Grego, art. 303; Código Penal Islandês, art. 212; Código Penal Polonês, art. 226; Código Penal Guatemalteco, art. 303; Código Penal Peruano, art. 155.

E dispensou-lhe a mesma defesa conferida a todo ser humano, porquanto o recém-nascido é aos olhos de Deus uma alma destinada a viver neste mundo.

Erigeu a sua occisão em **homicídio**, se cometida por qualquer pessoa, e no crime autônomo e próprio de infanticídio, quando praticada pela criatura, de cujo ventre saíra.

A mãe — fonte da vida — derramar o sangue do seu sangue, aniquilar a carne da sua carne, convertendo-se no arauto da morte do tenro e frágil inocente, a que dera a luz, dependente em tudo do seu amor e do seu desvêlo, tomou a consistência de uma aberração inominável da espécie, tradutora de inconcebível maldade.

A semelhante torpeza, violadora do instinto da maternidade, necessariamente, deveria corresponder, como castigo, a morte ignominiosa da genitora desnaturada.

O novo delito foi, assim, considerado repugnante e monstruoso, verdadeira figura de homicídio doloso, qualificado pela repulsiva agravante dos sagrados laços de parentesco, entre o agente e a vítima, aumentado pela impossibilidade de qualquer reação, da sua parte, contra o ataque para exterminar o seu ser e ainda pela premeditação do fato. A sua pena era a mais rigorosa, de ordinário a capital, aplicada de maneira espetacular, bárbara e cruel, com requintes de perversidade: o cúleo, a asfixia por submersão, o empalamento, a morte com a queima do corpo vivo, ou a prévia tortura com tenazes ardentes, etc.

Essa mentalidade, que se iniciou com a época avançada do direito romano, dominou, na Idade Média, em tôda a Europa, e prolongou-se, ali, até os fins do século

XVIII e os primeiros anos do século XIX, tendo plena acolhida no direito repressivo dos seus diversos povos.

A filosofia iluminista do século XVIII subverteu pela base a concepção do **delito autônomo de infanticídio**: a morte de um filho recém-nascido pela sua própria mãe.

Relegando o delito a um segundo plano, cogitou principalmente da pessoa da criminosa, pesando de maneira especial o motivo do seu proceder — a **ocultação da desonra**.

“O infanticídio — explica Beccaria — é o efeito de uma contradição, em que se encontra a pessoa que, por debilidade ou violência, foi obrigada a ceder. Quem se acha entre a infâmia e a morte de um ser incapaz de sentir os seus efeitos pode deixar de dar preferência a essa morte à miséria infalível, a que ficariam expostos, tanto ela, como o fruto infeliz das suas entranhas”?

(8).

Tão terrível alternativa influi poderosamente no **dolo** da ação, tirando-lhe a pravidade intrínseca, que lhe atribuíam, outrora, negando a quem enfrenta o cruel dilema o caráter de real criminoso, face a sua mínima temibilidade (9).

A situação psíquica de desespero, mercê da ruminação silenciosa e anavalhante de angústia e de vergonha, durante os longos e intermináveis nove meses de prenhez, da mulher ilegítimamente fecundada, sem casamento ou com traição aos deveres conjugais, em marcha progressiva, dia a dia, para o repúdio da família e o vilipêndio da sociedade, teve descrições magis-

8 — BECCARIA, *Traité des délites et des peines*, Paris, Librairie la Bibliothèque Nationale, 1873, pág. 138.

9 — RAMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, § 1524, em Bernardino Alimena, *liv. cit.*, vol. II, pág. 361.

trais, em passagens memoráveis de Michele Longo (10) e Nelson Hungria (11).

O primeiro, acompanhando, com côres vivas, a seqüência de sofrimento da mulher, enganada ou ludi-briada, nas suas relações carnaís, desde a ciência da gravidez, ilícita e fatídica, até o momento culminante do parto, acentua:

“Um abismo de trevas, de tempestade de inescru-táveis mistérios se escarva na sua alma: a piedade, até a piedade é-lhe negada, porque é vergonha pedi-la, é desonra merecê-la e esperá-la é sinal de maior aviltamento da dignidade e do decôro pessoal. E o dia chega e aproxima-se a hora: à agitação sucede o turbamento e depois o afanar-se inconsciente, qual o do náufragô à procura, na desesperada agonia, de uma tábua de salvação. Afinal a surprêsa do parto tira à desventurada o último raio de luz mental, o último baluarte de salvação, a esperança de um remédio imprevisto; e ela, em um momento reativo de conservação instintiva, é levada, automaticamente, a fazer desaparecer a prova da vergonha, da miséria, da desonra . . . e o **infanticídio se consuma!** A lei escrita incriminará o seu procedimento. Mas a lei moral dirá aos seus juizes: a desgraçada não quis matar, não pôde agir de outro modo; acima das leis e dos códigos, **HÁ A LEI DA NECESSIDADE — A INFELICIDADE DO FATO** — imposta pelo império dos fatais acontecimentos da vida” (12).

Não menos eloqüentê e persuasivo é o festejado Mestre brasileiro:

“Se se exclui da noção do infanticídio a causa da

10 — *Liv. cit.*, vol. 2, pág. 346.

11 — *Direito Penal, Parte Especial*, vol. II, pág. 257.

12 — *Liv. cit.*, pág. 346.

honra, fôrça convir que se abstrai a razão única do abrandamento da pena. O efeito de degradação da imputabilidade, atribuído ao imperioso motivo de ocultação da desonra, êsse, sim, corresponde a um justo critério psicológico. A dolorosa perspectiva da descoberta do seu êrro, que a sociedade não perdoa, cria na mulher que se engravida fora do matrimônio, e que ainda não perdeu o pudor, um verdadeiro estado de angústia, em que, gradativamente, se lhe vai apagando o próprio instinto de piedade para com o fruto do amor ilegítimo” (13).

Ao influxo do critério psicológico do infanticídio, pregado pelos enciclopedistas, sôbre a morte do filho pequenino pela própria mãe, no caso de gravidez irregular e para ocultar a sua falta, suavizam-se as leis repressivas e modifica-se, radicalmente, o conceito da sua figura penal.

Elaborou-se, nesta fase, nova disciplina para o infanticídio.

Fêz-se a individualização subjetiva da sua profilaxia, tendo em vista ser a guarda da sua honra o motivo do ato criminoso da mãe delinqüente.

Cancelou-se a pena de morte, por iniciativa da Austria e da Baviera, em 1813.

O infanticídio, ao invés de delito revoltante e profundamente ameaçador, agravado pelas suas circunstâncias intrínsecas, como dantes, converteu-se em um crime particular e autônomo ou em homicídio minorado ou escusado, com pena sensivelmente mitigada, entidade possível, sômente, quando cometido o excídio do recém-nascido, produto de gravidez pecaminosa, em

13 — *Liv. cit.*, pág. 261.

função da honra, pela mãe e também por algum parente próximo, por extensão, em alguns códigos.

Fora dessas circunstâncias, a occisão de um infante, efetuada já pelos pais da vítima ou outros parentes, já por estranhos, era homicídio, como a de qualquer adulto, o qual podia ser agravado ou atenuado, dentro das circunstâncias objetivas do acontecimento.

Essa metamorfose no tratamento penal do infanticídio, triunfo dos princípios **políticos** (menor periculosidade do agente infanticida, em virtude da **preservação da honra**, relativamente ao homicídio comum) sobre os princípios **ascéticos** (o pecado não podia escusar o delicto) estabeleceu o seguinte resultado: o **infanticídio** se distingue do **homicídio** por uma determinação da sua **fôrça moral objetiva** (o menor temor do réu) e da sua **fôrça subjetiva** (a pressão exercida sobre a vontade do agente pelo perigo da desonra).

Desprezando o princípio da preservação da honra, o critério fisiológico ou físió-psíquico do infanticídio amesquinha o valor do crime da morte do filho recém-nascido, pela própria mãe, para atribuir-lhe fraca e reduzida pena, com o fundamento da alteração do fenómeno volitivo da mulher, produzida unicamente pelo parto, sem levar em conta a ilicitude ou a legitimidade da prenhez.

Ademais, **atos idênticos** provocam resultados jurídicos diferentes: a morte do infante pela mãe — para a preservação da honra — configura um crime autónomo, com pena reduzida e diminuta; e a morte do infante pela mãe — por outras razões morais, atrás apontadas — ocasiona o delicto de homicídio, fortemente punido.

Dar a tódas as indicadas circunstâncias o poder de

baixar a criminalidade específica do infanticídio importa em fomento à sua prática e num atentado contra os interesses demográficos do Estado.

Para corrigir essa desigualdade de conseqüências legais de um único procedimento anti-social, conceberam os autores germânicos a doutrina físico-psíquica do infanticídio, cujos princípios lograram penetrar no direito escrito de várias nações.

As dores do parto convulsionam, abalam e perturbam o espírito da mulher.

A mãe — legítima ou natural — que, sob os seus efeitos, destrói o fruto vivo da sua carne, espontâneo objetivo dos seus desvelos, é vítima de uma crise subitânea e passageira do seu entendimento e de uma redução do seu livre arbítrio, devendo, por isso, o seu ato merecer corretivo de pequenas proporções (14).

Além do resguardo da honra, outros motivos — dificuldades financeiras, número avançado de filhos, temor de herança de tara, etc. — também podem desencadear a crise psíquica da turbação da consciência da fêmea, levando-a ao sacrifício do fruto das suas entranhas, no ato de lançá-lo ao mundo.

4) — Diferença de tipicidade criminal da morte de infante.

A morte de infante é diversamente reprimida, de

14 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 4, ns. 1601 a 1603; R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Felix Alcan, Editor, 1909, págs. 123 e 203; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, n. III, ns. 183 e 203; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, págs. 308 e 309; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. II, Parte Speciale, págs. 432 e 436; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, ns. 48 e 49; *Direito Penal*, cit., págs. 257 — 263; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal*, ns. 772, 774 e 775; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, págs. 310 — 317 e 322 — 332; NILTON SALES, *O Infanticídio na Legislação Brasileira*, Rio de Janeiro, 1945, págs. 17 — 18 e 168.

povo a povo, variando o seu conceito, como crime, de acôrdo com a orientação científica de cada código, dentro das rotas anteriormente lançadas.

Nas legislações penais, a morte de infante projeta-se das seguintes maneiras:

I) — Equipara-se à occisão de um adulto, é um **homicídio comum**, seja quem fôr o seu sujeito ativo, tornando-se qualificado, com aumento de pena, se praticado pela mãe, pelo pai, ou por qualquer parente próximo, taxativamente indicado.

Assim ocorre na Inglaterra (15), na Turquia, no Egito (16), em Mônaco (17), na Rússia, em Pôrto Rico e na Groenlândia, cujos diplomas penais nem sequer se referem ao infanticídio, considerando-o, de qualquer forma, crime de homicídio.

Na República Dominicana, há a previsão de infanticídio, punida com a morte, como o assassinato e o parricídio (Cód. Penal, arts. 300 e 302). O mesmo ocorre no Haiti (Cód. Penal, arts. 245 e 247).

II) — Da morte de infante deflui o delicto distinto de infanticídio, quando é realizado pela mãe, geralmente, (18) e, às vêzes, também por parentes próximos, in-

15 — L. THOINOT, *liv. cit.*, t. 2º, pág. 277. *Praticamente tinha sido abolida a pena de morte, há longos anos, na Inglaterra, onde era o infanticídio castigado como um assassinato ou um homicídio* (R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. V, n. 1603, nota 17), até que teve a sua penalidade consideravelmente atenuada com o ATO DO INFANTICÍDIO, de 1938 (EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, t. II, Parte Speciale, pág. 434, nota 6).

16 — ROBERTO LYRA, *Noções de Direito Criminal, vol. I, Parte Especial*, pág. 84; FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *Infanticídio, Fortaleza — Ceará*, 1946, pág. 33.

17 — ENRICO ALTAVILLA, *Delitti, contro la persona*, pág. 312.

18 — ALBANIA, *Código Penal*, de 1º de janeiro de 1913, em LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 333; ESPANHA, *Código Penal*, arts. 410 e 405; FRANÇA, *Código Penal*, modificado pela lei de 13 de abril de 1954, arts. 300 e 302; PORTUGAL, *Código Penal*, arts. 356, § único, e 439; BOLÍVIA, *Código Penal*, arts. 489 e 439; COSTA RICA, *Código Penal*, arts. 187 e 184; CUBA, *Código Penal*, art. 438, A e C; CHILE, *Código Penal*, arts. 394 e 390;

dividuos pela lei, com o fim de conservar a honra da ré ou da família (19) e, por outro lado, o homicídio comum ou o **infanticídio impróprio**, se cometido por outras pessoas, seja qual fôr o móvel do seu ato.

III) — A morte de infante ocasiona o crime particular de infanticídio, com pena muito baixa, se efetuado pela mãe, durante o parto ou ainda nos efeitos das suas dores, isto é, logo após, espaço de tempo, em que milita, a favor da quase descriminação do acontecimento, a presunção absoluta de haver agido, num autêntico desvio parcial da mente.

Em tôdas as outras hipóteses, informa o delito de homicídio a morte de infante, levada a cabo por quem quer que seja, inclusive a própria mãe, e em qualquer situação (20) a não ser expressa exceção legal (21).

IV) — A morte do infante é **infanticídio**, se a mãe

-
- EQUADOR, *Código Penal*, arts. 429 e 426; n. 5; HONDURAS, *Código Penal*, arts. 408 e 403; MÉXICO, *Código Penal*, arts. 327 e 302; NICARAGUA, *Código Penal*, arts. 359 e 351; PANAMÁ, *Código Penal*, arts. 316, 311 e 313, A; PARAGUAI, *Código Penal*, arts. 347 e 337; n. 1º; SÃO SALVADOR, *Código Penal*, arts. 313, 310, 311 e 313, A; PARAGUAI, *Código Penal*, arts. 347, 337, n. 1º; S. PORTUGAL, *Código Penal*, arts. 356, § único e 349; COSTA RICA, *Código Penal*, arts. 187 e 184; CUBA, *Código Penal*, art. 438, B, e C; CHILE, *Código Penal*, arts. 393 e 390; EQUADOR, *Código Penal*, arts. 429 e 426, n. 5º; HONDURAS, *Código Penal*, arts. 408 e 403; MÉXICO, *Código Penal*, arts. 325, 326 e 302; NICARAGUA, *Código Penal*, arts. 359 e 351; PANAMÁ, *Código Penal*, arts. 316, 311 e 313, A; PARAGUAI, *Código Penal*, arts. 347, 337 n. 1º; S. SALVADOR, *Código Penal*, arts. 363 e 403; URUGUAI, *Código Penal*, arts. 313, 310 e 311, n. 1º; VENEZUELA, *Código Penal*, arts. 413, 407 e 408, n. 1º.
- 19 — CHINA, *Código Penal*, de 1º de janeiro de 1935, arts. 274 e 271; BULGÁRIA, *Código Penal*, de 1951, arts. 136 e 126; GRÉCIA, *Código Penal*, de 17 de agosto de 1950, arts. 303 e 299; POLÔNIA, *Código Penal*, de 11 de julho de 1932, arts. 226 e 225 § 1º; SUÍÇA, *Código Penal*, de 21 de dezembro de 1937, modificado a 5 de outubro de 1950, arts. 116 e 111; GUATEMALA, *Código Penal*, arts. 303 e 298; PERU, *Código Penal*, arts. 155 e 151.
- 21 — Na Guatemala, incorrem na pena escusada de infanticídio, com fundamento no parto, os avós maternos, que para ocultar a desonra da mãe derem morte ao recém-nascido. (*Código Penal*, art. 303).

é acusada, variando a pena, maior para a mãe legítima e menor para a mãe natural. A justificativa da escusa é o parto em si mesmo.

Fora disso, é homicídio (22).

V) — Forma mista — a morte do filho-infante é obra da mãe, no parto ou imediatamente depois, e para o encobrimento da sua desonra (23) e também por este motivo ou por qualquer outro expressamente determinado (24).

Em todos os demais casos, é homicídio, menos naqueles, em que o benefício do infanticídio, em tais condições, é levado, por sua vez, a parentes próximos (25).

5) — Direito Brasileiro.

As Ordenações do Reino não cogitavam do delito de infanticídio.

A sua previsão aparece, entre nós, no Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830, enquadrada no conceito de infanticídio, então, reinante no universo: punia “matar recém-nascido”, com as penas de prisão por três a doze anos e de multa correspondente à metade do tempo (26), repressão que

- 22 — AUSTRIA, *Código Penal*, art. 139; BÉLGICA, *Código Penal*, art. 396.
- 23 — ALEMANHA, *Código Penal*, de 1871, §§ 217 e 212; ITÁLIA, *Código Penal*, de 19 de outubro de 1930, arts. 573, 575, 570, § 2º, e 577, n. 1.
- 24 — HOLANDA, *Código Penal*, §§ 290 e 291, em R. Garraud, *liv. cit.*, t. V, pág. 255, nota 17; NOGUEIRA, *Código Penal*, de 1902, em NELSON HUNGRIA, *liv. cit.*, pág. 257; HUNGRIA, *Código Penal*, art. 284, em FLÁVIO PORTÊLA MÂRCILIO, *liv. cit.*, pág. 9; DINAMARCA, *Código Penal*, de 15 de abril de 1930, arts. 238 e 237; ISLÂNDIA, *Código Penal*, de 12 de fevereiro de 1940, arts. 212 e 211; ARGENTINA, *Código Penal*, arts. 81, § 2º e 80, § 1º.
- 25 — Na Argentina se estende a figura de infanticídio aos pais, irmãos, maridos e filhos que, para ocultar a desonra da sua filha, irmã, esposa ou mãe, cometeram o mesmo delito, no estado de emoção violenta, que as circunstâncias tornarem escusável. (Art. 81, A, e n. 2).
- 26 — Art. 197.

passava para prisão com trabalho por um a três anos, quando a própria mãe matava o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra (27).

Ora, o homicídio era apenado com galés perpétuas em grau máximo, com prisão com trabalho por doze anos no médio e por seis no mínimo (28).

E o homicídio qualificado com a morte, no grau máximo, galés perpétua no médio e prisão com trabalho por vinte anos no mínimo (29).

A morte de um recém-nascido, fora da preservação da honra da puérpera, cometida por móveis ignóbeis — cupidez de herança, paga ou promessa de recompensa, vingança contra os progenitores, etc. — e com requintes de maldade — emprêgo de veneno, abuso de confiança, entrada na casa do ofendido e ajuste para a sua prática (30) — era punida somente com prisão por três a doze anos e multa correspondente à metade do tempo.

A morte de uma criança não recém-nascida, com qualquer das aludidas agravantes elementares do homicídio qualificado, dava lugar à imposição da morte, de galés perpétua ou prisão com trabalho por vinte anos no mínimo (31) e sem o concurso de nenhuma das mesmas configurava o homicídio simples, com pena de galés perpétua no grau máximo, prisão com trabalho por doze anos no médio e seis no mínimo (32).

Assaz chocantes as soluções apontadas, cujos inconvenientes e desacertos eram duramente fustigados pela crítica.

Não obstante, o Código de 1890, esposando na ma-

27 — Art. 198.

28 — Art. 193.

29 — Art. 192.

30 — *Circunstâncias qualificativas de homicídio (Art. 192).*

31 — Art. 192.

32 — Art. 193.

téria os mesmos princípios doutrinários do anterior, incidiu inexplicavelmente em erro semelhante.

Ao crime de matar recém-nascido, isto é, infante nos sete primeiros dias do seu nascimento, cominava a pena de prisão celular de seis a vinte e quatro anos (33), reduzida para prisão celular por três a nove anos, se perpetrado pela mãe para ocultar a desonra própria (34).

Ao crime de homicídio qualificado reservava a pena de doze a trinta anos de prisão celular (35).

O infanticídio, efetuado nas condições legais do homicídio qualificado, (36) gozava de sensível e iníquo benefício legal, também muito censurado pelos nossos comentadores (37).

A linguagem do art. 298 continuava a abrir margem à dúvida se a lei contemplava, como crime de infanticídio, a occisão do nascente, dentro do tabernáculo da madre, e também na vigência do parto, ou na sua vizinhança, mas ainda ligado ao cordão umbelical e antes de respirar .

O fato — quer praticado pela mãe, quer por terceiros — não tinha solução líquida e certa, visto não se ajustar, rigorosamente, nem à definição legal do crime de abôrto (38), nem à do infanticídio (39).

Para evitar o escândalo da sua impunidade, plei-

33 — Art. 298.

34 — Art. 298, § único.

35 — Art. 294, § 1º.

36 — Art. 294, § 1º.

37 — EDUARDO DURÃO, *Direito*, vol. 53, pág. 184; JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, *Código Penal Interpretado, Parte Especial*, vol. II, págs. 3 e 6; NELSON HUNGRIA, *Direito Penal cit.*, pág. 258; JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO, *liv. cit.*, pág. 201; MACEDO SOARES, *liv. cit.*, pág. 612; ARI AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, pág. 125; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Parte Especial*, pág. 590.

38 — Art. 300.

39 — Art. 298 e § único.

teado, aliás, por Phaelante da Câmara (40), encaixava-se o acontecimento — por força de compreensão — ou no delito de abôrto, hipótese mais favorável ao réu (41), ou no de infanticídio (42).

O infanticídio, para resguardo da honra, tinha profundas raízes na nossa tradição jurídica.

Adotado pelos Códigos Penais de 1830 e 1890, logrou ser contemplado, por todos os projetos de reforma dos mesmos (43), com exceção apenas do organizado pelo Desembargador Virgílio de Sá Pereira.

O projeto do Desembargador Virgílio de Sá Pereira, de 1923, repudiando a conservação do nosso velho conceito de infanticídio, para defesa da honra da própria mãe, preferiu o da escola fisio-psicológica, com base na influência do estado puerperal (44).

Admitiu o infanticídio, entretanto, se cometido pelo pai ou irmão “para esconder a desonra da filha ou da irmã” (45).

O Código Penal de 1940, nascido da revisão do pro-

40 — *O Infanticídio*, pág. 95, em FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *liv. cit.*, pág. 34.

41 — NELSON HUNGRIA, *Direito Penal*, *liv. cit.*, *Parte Especial*, vol. II, pág. 265.

42 — GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, n. 381, pág. 593; MACEDO SOARES, *liv. cit.*, págs. 613 — 614.

43 — JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, de 1893, art. 313; PROJETO DA COMISSÃO ESPECIAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, de 1899, *Substitutivo do projeto João Vieira de Araújo*, art. 293, § 3º; PROJETO GALDINO SIQUEIRA, de 1913, art. 66, § 3º; PROJETO ALCÂNTARA MACHADO, de 1938, art. 312; NOVA REDAÇÃO DO PROJETO ALCÂNTARA MACHADO, de 1940, art. 301.

44 — :“Art. 191. Aquela que, durante o parto, ou ainda sob a influência do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão até 3 anos, ou com detenção por seis meses no mínimo.

O máximo da detenção será de seis meses, se somente tiver havido culpa”.

45 — “Art. 192 — Aquele que, para esconder a desonra da filha ou irmã, cuja gravidez correrá oculta, lhe matou o filho recém-nascido, antes que se lhe conhecesse o parto, descontar-se-á

jeto Alcântara Machado, por uma comissão composta dos conspícuos magistrados Vieira Braga, Nelson Hungria e Narcélio de Queiroz e um representante do Ministério Público, o aureolado Roberto Lyra, atev-se à fórmula do art. 191 do Projeto Alcântara Machado, aliás, ligeiramente alterado na sua construção, negando, radicalmente, à preservação da honra a mínima influência, no conceito do crime de infanticídio, tanto efetuado pela parturiente, como pelos seus parentes imediatos.

“Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: pena — detenção, de dois a seis anos”, (46) eis a frase, em que vassou o nosso novo estatuto repressivo o seu pensamento sôbre o magno tema.

- 6) — As três correntes sôbre o crime de infanticídio, no Código Penal de 1940: A) — A oficial. B) — A material. C) — A judiciária.

Três correntes entrecuzam-se, no entendimento da expressão — “SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL” — do art. 123 do Código Penal vigente: a) — a oficial; b) — a material; c) — e a judiciária.

A) — A Corrente Oficial.

Inculca-se de autêntica (47), quando só o seria, se o seu enunciado fôsse também objeto de um decreto legislativo, como ocorreu com a matéria do citado artigo.

A circunstância de partir do Ministro da Justiça,

por metade a pena de prisão, em que incorrer. O desconto será de dois terços, se sômente tiver havido culpa, e, num, como noutro caso, poderá o juiz converter a prisão em detenção, se o art. 70 fôr aplicável”.

46 — Art. 123.

47 — MINISTRO FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos*, n. 40.

que referendou o Decreto-Lei instituidor do Código Penal, não lhe confere o papel de espírito da lei.

Aliás, o pensamento do próprio legislador é, hoje em dia, recurso hermenêutico sem valia e completamente desmoralizado.

A interpretação da lei faz-se pelo seu teor. O sentido é o das palavras componentes do seu texto (48).

A teoria da corrente oficial está condensada na passagem infra do Ministro Francisco Campos:

“O **infanticídio** é considerado um **delito exceto** quando praticado pela parturiente **sob a influência do estado puerperal**.

Essa cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente.

Fora daí, não há que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a **causa de honra**, (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento de pena), a pena aplicável é a de homicídio” (49).

Eis os seus postulados:

a) — o puerpério pode acarretar ou não uma transitória perturbação da consciência da parturiente; b) — deve apurar-se que esse anormal e passageiro estado psíquico proveio do parto, de modo a causar a imputabilidade restrita da gestante; c) — tôda a morte de infante, desacompanhada dessas circunstâncias, é ho-

48 — CARLOS MAXIMILIANO — *Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito*, Edição da Livraria do Globo, Porto Alegre, 1923, n. 13.

49 — *Exposição de Motivos* n. 40.

micídio, ao invés de infanticídio; d) — “ainda quando ocorra a causa de honra, a pena aplicável é a do homicídio” (50), contrariamente ao disposto, nos estatutos criminais de 1830 e 1890.

B) — A Corrente Material.

Para a corrente material sôbre a exegese do infanticídio, no estatuto repressivo de 1940, configura-se dito crime, como homicídio exceto, tôda a vez que a mãe — legítima ou natural — mata o filho, no flagrante ou quase flagrante da parturição, cujo processo fisiológico altera o fenômeno volitivo, toldando-lhe a consciência, num instantâneo transtôrno, sem, entretanto, anulá-la, de modo a atenuar, consideravelmente, a responsabilidade do ato criminoso praticado, tido como repelente e brutal, em outras circunstâncias.

As dores, os vexames fisio-psíquicos, os traumatismos do corpo e da mente, peculiares ao parto, somam uma desordem espiritual passageira, lídima presunção absoluta da anormalidade do intento criminoso da gestante, ao dar morte ao produto das suas entranhas, no justo momento da sua entrada na vida, a qual determina a queda da sua criminalidade (51).

Essa doutrina do parto só por si amesquinhar a

50 — ROBERTO LYRA, *Noções de Direito Criminal, Parte Especial, vol. I, ns. 117, 120, 121 e 126*; RIBEIRO PONTES, *liv. cit., págs. 213 — 214*; BENTO DE FARIA, *liv. cit., vol. III, págs. 50 — 51*; J. DE ASSIS RIBEIRO, *Revista Forense, vol. LXXXVI, pág. 708*; DEMOSTENES MADUREIRA DE PINHO, *Revista Forense, vol. LXXXIX, págs. 43 — 45*; HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO, *Revista Forense, vol. LXXXIX, pág. 290*; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit., ns. 51 e 54*; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit., n. 76*; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit., pág. 339*; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial, t. I, n. 776, págs. 47 e 52*; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit., 2º vol., pág. 304*; FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *liv. cit., págs. 23 e 26*; LUIZ CRUZ DE VASCONCELOS, *Do Infanticídio, Fortaleza, Ceará, págs. 29, 34, 35 e 39*; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, págs. 210 — 216 e 217*.

51 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, pág. 211*.

pena, pelo cortejo de embaraços, que acarreta para a puerpera, vigora, oficialmente, na Áustria (52) e na Bélgica (53).

Também a adotam os projetos do Código Penal Alemão, de 1925, 1927 e 1930, "para tôdas as mulheres, que matam os filhos, ao nascerem, **QUER SEJAM LEGÍTIMOS OU NÃO**, alegando que se deve levar em consideração, nas duas hipóteses, **que o parto provoca grande abalo, no organismo materno, diminuindo-lhe a resistência psíquica, ao ponto de lhe não permitir que resista à ameaça da miséria futura, obrigando-a a sacrificar a vida, que surge** (54)".

Os criminólogos alemães vêem na situação o fundamento do tratamento benévolo dispensado ao infanticídio (55).

A corrente material encontrou em F. A. de Almeida Júnior, Professor de Medicina Legal, na Faculdade de Direito de São Paulo, autorizado expositor dos seus princípios.

O filicídio pode ser motivado por psicoses francas, ocasionadas pelo puerpério, ou desenvolvidas ao lado dêle, capituladas na irresponsabilidade do art. 22 do

52 — "CÓDIGO PENAL AUSTRIACO, § 139 — *A mãe que mata o seu filho, que acaba de nascer, ou o faz morrer, deixando de intencionalmente dar ao neonato os cuidados necessários, é passível de reclusão de rigor perpétuo, se o sujeito passivo da morte fôr um filho legítimo. Se fôr NATURAL, a pena será, em caso de morte própria dita, de dez a vinte anos, e no caso de falecimento em consequência da falta de cuidados necessários, de cinco a dez anos de reclusão de rigor*".

53 — "CÓDIGO PENAL BELGA — Art. 396 — *Chama-se infanticídio a morte cometida sobre o infante no momento do seu nascimento ou imediatamente depois.*

O infanticídio será punido, segundo as circunstâncias, como morte ou como assassinato.

Contudo, a mãe, que cometer este crime sobre filho ILEGÍTIMO, será punida com trabalhos forçados de dez a quinze anos".

54 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit., t. II, Parte Especial, pág. 437.*

55 — LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit., pág. 338.*

Código Penal, ou por uma semi-alienação, comum nas portadoras de fundo psíquico anormal e beneficiadas com a semi-imputabilidade do art. 22, § único do aludido Código.

“Há, por fim, o terceiro grupo, certamente o mais comum e aquêle que estava presente ante o espírito do legislador, quando foi redigido o art. 123 do novo Código. Nêle se abrangem os casos em que a mulher, mentalmente sã, mas abalada pela dor física do parto, fatigada, sacudida pela emoção, vem a sofrer obnubilação da consciência, perturbação dos impulsos volitivos, chegando por isso a matar o próprio filho, durante o parto, ou logo após.

De um lado, nem alienação, nem semi-alienação mental. De outro, também não a frieza do cálculo, a ausência de emoção. Mas a situação intermédia, fisiológica, normal, que quase sempre decorre das apreensões e do esforço extenuante produzido pelo fenômeno do parto. Pode tratar-se de filho legítimo. Todavia, maior abalo é de esperar-se nos casos de ilegitimidade, quando a emoção do ato fisiológico se associa à da vergonha, à do receio de sanções pela família ou pela sociedade.

A nosso ver, a influência do ESTADO PUERPERAL, agora prevista pela lei, É O EFEITO NORMAL E CORRIQUEIRO DE QUALQUER PARTO, e, dada a sua grande freqüência, deverá ser admitida sem maior dificuldade. Presente a causa de honra, então parece-nos deve ser afastada qualquer dúvida” (56).

Essas idéias são aceitas, com a sua extraordinária

56 -- *Revista Forense*, vol. XCI, pág. 40.

A. ALMEIDA JÚNIOR reproduz o ensinamento, com algumas ligeiras mudanças de termos, no “*Lições de Medicina Legal*”, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1948, pág. 324.

responsabilidade, pelo eminente Desembargador Leão Starling — um dos nomes de mais projeção, nas letras jurídico-penais do País (57).

C) — A Corrente Judiciária.

A nossa magistratura, através dos seus tribunais de justiça, procura, na aplicação do art. 123 do Código Penal, corrigir o seu erro ou o seu defeito, consistente na substituição da "CAUSA DA HONRA", pela "INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL", dando a esta frase o sentido do estouro de uma emoção intensa, nas dores do parto, nascida da clandestinidade ou ilicitude da concepção e com o móvel do seu ocultamento.

Nas nossas pesquisas, encontramos uma série de julgados uniformes, nas decisões de fatos congêneres: o parto é o estopim, que deflagra a mina da tortura interior da parturiente, cuja combustão, retardada por nove meses, faz com que a mãe legítima ou natural vitime o filho espúrio e amaldiçoado, sob os efeitos do puerpério.

São êles os acórdãos da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 26-2-1954 (58); da primeira Câmara Criminal do Rio de Janeiro, de 9-7-1945 (59); do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 30-7-1946 (60); do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 14-7-1947 (61) e da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de 18-5-1948 (62).

A sua substância está condensada, no fecho do in-

57 — *Revista Forense*, vol. XCVI, pág. 715.

58 — VALENTIM ALVES DA SILVA, *liv. cit.*, vol. II, n. 1986.

59 — *Direito*, vol. XXXVI, pág. 358.

60 — *Revista Forense*, vol. CIX, pág. 223.

61 — *Revista Forense*, vol. CXVII, pág. 578, e VALENTIM ALVES DA SILVA, vol. II, n. 886.

62 — *Revista Forense*, vol. CXIX, pág. 285.

vocado acórdão do Tribunal de Justiça do R. G. do Sul, de 30-7-1946:

“Para os comentadores do Código Penal da República Argentina “INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL” implica um critério de tempo e não um critério clínico” (Alfredo J. Molinário, Derecho Penal, pág. 73).

Para o nosso Código, como o critério de tempo está definido — “durante o parto ou logo após”, “AQUELE ELEMENTO DEVE SIGNIFICAR ALTERAÇÃO DO CARÁTER, TRANSTORNO PSICOLÓGICO CRIADO PELO ESFORÇO EXTENUANTE E PELO TEMOR E VERGONHA, QUE SE DEVE SEMPRE ADMITIR, PRESENTE A CAUSA DE HONRA” (63).

No valioso testemunho do insigne Ministro Nelson Hungria, ainda não há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, a respeito de tão importantes problema de direito penal (64).

7) — Apreciações sôbre as três correntes. Qual a preferível.

A mudança da causa da honra, critério psicológico, para a influência do estado puerperal, critério fisiológico, como base da figura do infanticídio, há merecido

63 — *Revista Forense*, vol. CIX, pág. 224.

64 — “Prezado amigo Senador Olavo Oliveira:

Não sei de nenhum acórdão do Supremo acerca de infanticídio, segundo o conceito do Código vigente.

Na *Revista Forense*, vols. XCVI, pág. 715, CXVII, pág. 578, CXIX, pág. 258, CXXI, pág. 253, CIX, pág. 223, encontram-se arestos de Tribunais Estaduais.

Recomendo-lhe especialmente a consulta do livro de Nilton Sales, “O infanticídio na legislação brasileira”, 1954.

Afetuosos abraços do Nelson Hungria.

Av. Cop., 12, 1201”.

gerais censuras, sendo considerado inconveniente aos interesses repressivos (65).

Poucos os tratadistas, que se têm pronunciado a seu favor (66).

A expressão — “SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL” — levanta duas grandes questões: a) — uma material, fisiológica — o que seja ESTADO PUERPERAL; b) — a outra, de natureza psíquica — como se deve entender a sua **influência na vontade** da autora do filicídio.

A) — **Estado puerperal.**

Estado puerperal, puerpério ou puerperalidade, eis um fenômeno de múltiplo sentido.

De ordinário se compreende, sob o ponto de vista médico, como a involução histológica do útero, abrangendo “o período que vai da desquitação, (isto é, do deslocamento à expulsão da placenta) à volta do organismo materno às condições pré-gravídicas (R. Briquet), com a duração de seis a oito semanas (Lee).

Restringem-no, por outro lado, ao costumeiro repouso da puérpera no leito, comumente de seis a oito dias.

Identificam-no, por sua vez, com os lóquios.

-
- 65 — IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, ns. 51 e 54; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, n. 75; JORGE SEVERIANO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, 3º vol., pág. 74; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial, t. I*, ns. 775 e 776; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 329; *Revista Forense*, vol. XCIV, págs. 382 e 383; DEMOSTENES MADUREIRA PINHO, *Revista Forense*, vol. LXXXIX, pág. 44; HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO, *Revista Forense*, vol. cit., pág. 290; MELQUIADES PICANCO, *Revista Forense*, vol. XCV, pág. 693; FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *liv. cit.*, pág. 32; LUIZ CRUZ DE VASCONCELOS, *liv. cit.*, pág. 39; NILTON SALES, *liv. cit.*, pág. 16.
- 66 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, nº 49; ROBERTO LYRA, *Noções de Direito Criminal*, vol. 1º, n. 120; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, vol. 1º, pág. 213.

E confundem-no, ainda, com a gravidez, o parto, o puerpério e as suas adjacências, limitando-o, também, ao último (67).

Se é incerta e dúbia a acepção das palavras — estado puerperal — não há meio de se fixar o ponto de partida da sua influência, para os efeitos, que lhe atribui a lei, no crime de infanticídio, a qual varia, de acôrdo com a maneira de encará-lo.

A essas candentes críticas respondem os prosélitos do novo estatuto repressivo que os têrmos — estado puerperal — do seu art. 123, devem ser vistos, consoante ocorre com idênticas expressões do § 2º do Código Penal Argentino (68), sob o prisma cronológico: traduzem, a rigor, o tempo do seu aparecimento, claramente definido na própria lei — “durante o parto ou logo após”.

O estado puerperal limita-se, assim, à flagrância e a quase flagrância da parturição ou melhor ao parto e ao sobreparto (69).

“A verificação de tal caso—explica Nelson Hungria, falando da responsabilidade diminuída do art. 123 citado — está subordinada à averiguação de que o estado puerperal, ou seja, o estado conseqüente às dores do parto, ou de excitação e angústia por êste produzidas...” (70).

E Roberto Lyra discorre, peremptòriamente:

67 — A. ALMEIDA JÚNIOR, *liv. cit.*, pág. 323; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 216; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, vol. III, pág. 47; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 51; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial, t. I*, pág. 50.

68 — EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, págs. 111 e 112; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, págs. 93-94; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Manuel de Derecho Penal, Parte Especial, vol. I*, pág. 55.

69 — HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 494.

70 — *Comentários ao Código Penal*, vol. V, pág. 216.

“A medicina não dispõe de um conceito tranqüilo de estado puerperal.

Por isso mesmo, o Código abandonou noções oscilantes.

Não interessa ao legislador penal, que estabelece fórmulas jurídicas, o diagnóstico de erros técnicos praticados, inconseqüente e contraditòriamente, pelos médicos.

O que ninguém nega, o que todos reconhecem e proclamam, sem sombra de dúvida, é que, durante o parto ou logo após, há estado puerperal.

Não importa se começa antes ou vai além, o fato é que, infalivelmente, com maior ou menor intensidade, **ocorre durante o parto ou logo após, isto é, no período mencionado pelo Código, podendo ter ou não a indispensável relação com o crime**” (71).

B) — Influência do estado puerperal. Loucura puerperal de Marcê.

Estabelecido o que é **estado puerperal**, traçado o limite da sua manifestação, persiste, não obstante, como enigma vivo, a tese da sua **influência**.

Em primeiro lugar, em que consiste essa influência do **“estado puerperal”** sobre o espírito da mãe, que mata o filho nascente ou recém-nascido?

— Na produção da loucura puerperal de Marcê, forma específica e particular das alienações mentais, que podem atacar as puérperas.

“Quando traços incontroláveis de violência se apresentam no corpo do infante, se uma mulher, discorre o seu arauto, alega uma **perturbação mental passageira**, é admissível ou ao menos discutível semelhante escusa?

71 — *Noções de Direito Criminal*, vol. 1º, n. 128.

— A ciência pode afirmar que, nos últimos momentos do parto, uma mulher fica exposta a excessos de furor, durante os quais inflige ao recém-nascido violências, de cuja prática não é responsável; assemelha-se nisso às fêmeas de certos animais, que são, muitas vezes, tomadas, durante a parturição, de um arrebatamento, em cuja vigência arremetem contra a suas crias, mordendo-as, ao ponto de matá-las”.

L. MARCÊ admite a possibilidade, no trabalho do parto, de “UM ACESSO INSTANTÂNEO DE DELÍRIO”, de “UMA CRISE PASSAGEIRA DE ALIENAÇÃO MENTAL”, permissiva da morte INCONSCIENTE do ser nascente ou neonato, pela puérpera.

Recomenda, entretanto, a sua apuração, por um conjunto de circunstâncias probantes de valor e um exame bem atento e cuidadoso (72).

Os expoentes da medicina legal opõem-se às assertivas de Marcê, vendo, na ocasional e fugaz **privação de sentidos da parturiente**, no ato do sacrifício do seu filho-infante, unicamente um banal recurso de defesa, com fundamento na preservação da honra, com o fim de obter sentenças absolutórias dos júris.

TARDIEU, com a sua grande autoridade, estigmatizou essa loucura transitória, no momento do parto, de que MARCÊ pretendeu fazer uma variedade de loucura puerperal, de cuja espécie afirmou, incisivamente, **NÃO CONHECER UM ÚNICO EXEMPLO AUTÊNTICO E VERDADEIRO** (73).

72 — L. MARCÊ, *Traité de la folie des femmes-enceintes, des nouvelles accouchées et des nourrices. Considérations médico-légales que se rattachent à se sujet*, Paris, 1858, pág. 134. Em AMBROISE TARDIEU, *Étude médico-légale sur l'infanticide*, Librairie J. B. Baillière et Fils, Paris, 1880, pág. 243.

73 — *Liv. cit.*, pág. 246.

P. BROUARDEL — outra notoriedade em medicina legal — cobre-lhe as pegadas:

“Na realidade, jamais no hospital ou na cidade, quando não se trata de parto clandestino, presenciou qualquer médico um caso dêsses acessos de delírio homicida.

.....
 É um contra-senso patológico aceitar essa loucura, que cessa, súbitamente, curando-se por si mesma, não vivendo senão o tempo necessário para cometer o crime, e possuindo apenas êsse único caráter.

Nada em patologia mental, permite aceitar um tal fenômeno patológico” (74).

São indiscrepantes os aplausos e as adesões, obtidas por êsses respeitadíssimos mestres, nas suas memoráveis lições citadas, convertendo-se em tese pacífica a inexistência da **loucura puerperal**, de MARCÊ (75).

C) — Crise Emotiva.

Não valendo o estado puerperal, como a LOUCURA PUERPERAL de Marcê, que influência tem êle na responsabilidade jurídico-penal da mãe filicida?

“Se os trabalhos do parto se prolongam, se as dores tomam êsse caráter enervante, de que muitas vezes se revestem, a mulher, mesmo pouco excitável e nervosa, impacienta-se, irrita-se, enfurece-se, desconhece a ternura dos seus parentes, do seu marido, que a cercam, os cuidados do médico, que a assiste, profere palavras

74 — *L'infanticide*, Librairie J. B. Baillièrre et Fils, Paris, 1897, págs. 162 e 164.

75 — A. ALMEIDA JÚNIOR, *liv. cit.*, pág. 323; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, 2º vol., pág. 304; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 332; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 496; DEMOSTENES MADUREIRA DE PINHO, *Revista Forense*, vol. LXXXIX, pág. 44; HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO, *Revista Forense*, vol. LXXXIX, pág. 291; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 52; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, pág. 51.

violentas, até incoerentes, e expande-se em movimento de aversão à criança, que vai nascer.

Daí à loucura, à perversão da vontade, ao furor homicida, à inconsciência e à irresponsabilidade dos atos há um abismo intransponível. Não é loucura, nem mesmo a perversão transitória das faculdades, é UMA SOBREEXCITAÇÃO DA SENSIBILIDADE, QUE DEIXA INTACTOS A RAZÃO E OS INSTINTOS" (76).

Uma CRISE EMOTIVA, levada ao seu paroxismo, eis na realidade a influência do estado puerperal, na parturiente, que mata o filho, em busca da vida ou quando nela acaba de entrar, naturalmente maior e mais grave, tratando-se de concepção ilegítima.

A mãe, que, nessa conjuntura, destrói a vida do seu filho nascendo ou recém-nascido, pratica um ato insensato, não há dúvida.

Mas, opina LASÈGUE, por mais insensato, que um ato seja, não prova, por si só, que esteja alienado quem o cometeu (77).

Subsiste a responsabilidade desclassificada do seu crime, visto como a conduta da ré atesta menor periculosidade, que não só diminui o dolo específico do homicídio, como o descaracteriza, impondo-se o adoçamento da pena (78).

I) — A Corrente Oficial.

A essa crise emotiva, em cujo seio se processam os fenômenos agudos, sem similar no estado físiopsicoló-

76 — TARDIEU, *liv. cit.*, pág. 242; A. F. ALMEIDA JÚNIOR, *Revista Forense*, vol. XCI, pág. 40; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 496; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, pág. 213; JOÃO MARIA FURTADO, *Revista Forense*, vol. CXIV, pág. 236; HENRIQUE FONSECA ARAÚJO, *Revista Forense*, vol. LXXXIX, pág. 290.

77 — BROUARDEL, *liv. cit.*, pág. 165.

78 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 126.

gico, previstos no art. 123, (79) a corrente oficial denomina **PERTURBAÇÃO PSÍQUICA**, sendo necessário que se averigüi se sobreveio, em **CONSEQUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL, DE MODO A DIMINUIR A CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO OU DE AUTO-INIBIÇÃO DA PARTURIENTE** (80).

Exige, entretanto, que semelhante perturbação psíquica seja verificada, mediante exame médico legal da paciente: "na apreciação de cada caso concreto, **TERÁ O JUIZ DE INVOCAR O PARECER DOS PERITOS MÉDICOS**, a fim de que êstes se informem se a infanticida, ainda que isenta de taras psicopáticas, francas ou latentes, teve a contribuir para o seu ato criminoso as desordens físicas e psíquicas derivadas do parto" (81 e 82).

Aparece, nessa altura, um ror de dificuldades, em volta do pensamento da **CORRENTE OFICIAL** sôbre o infanticídio.

Delas, a primeira é pôr em pé de igualdade, na volição da puérpera, as conseqüências morais e psicológicas de um parto legítimo e as de uma parição clandestina, sem a tutela da família, da sociedade e da lei.

O psiquismo da mãe legítima, que destrói o seu filho, não se equipara, de maneira alguma, ao da mãe natural, que assim procede, em função do resguardo da sua honra.

Nada na nossa lei obriga a submissão da indiciada em crime de infanticídio à perícia médico-legal para es-

79 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 129.

80 — V. notas 47 e 48.

81 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, pág. 215.

82 — V. notas 47 e 48.

clarecer se agiu, na espécie, mediante perturbação psicológica.

Esta não é tão grande, **que se possa falar em imputabilidade** diminuída (83).

O exame médico-legal só é exigível, quando houver dúvida sobre a integridade mental da acusada (84), hipótese inverificável, na espécie, visto como subsiste, na autora, a consciência do acontecimento.

Ademais, essa alteração espiritual na puérpera, além de ser um fato transeunte, verificável, via de regra, às ocultas, sem testemunhas, mormente no interior do País, é de duração ultra efêmera, **VIVE O MOMENTO DO CRIME e extingue-se, com a sua consumação**, não podendo, destarte, ser objeto de perícia médico-legal, por não deixar vestígios (85).

E a sua reconstituição, pelo depoimento de médicos e parteiras, assistentes do acontecimento, sobre a atitude mental da gestante, na ocasião do parto, não pode ser tentada, **em virtude do segredo profissional, a que aquelas pessoas estão legalmente sujeitas** (86).

Reunam-se a êsses óbices de ordem jurídica o de não se encontrarem peritos idôneos, Brasil adentro, além da orla civilizada do litoral, e o de saber-se a quem assiste o dever de diligenciar o exame (87) e ter-se-á a certeza da impraticabilidade da perícia médico-legal, proclamada indispensável para o levantamento do infanticídio, na estrutura do art. 123 do Código Penal.

É inaceitável a solução, oferecida pela **CORRENTE OFICIAL**, sobre o conceito do aludido crime.

83 — NELSON HUNGRIA, *l. v. cit.*, pág. 216, nota 166.

84 — Código de Processo Penal, art. 149.

85 — Código de Processo Penal, art. 158.

86 — Código de Processo Penal, art. 207.

87 — JOÃO MARIA FURTADO, *Juiz de Direito de Natal, decidiu, em*

II — A Corrente Material.

Para a corrente material as dores físicas do parto resolvem tudo nas mulheres normais: são a matriz da desordem, da confusão do espírito, da desmoralização psíquica da puérpera, em cujo transe comete o filicídio.

Há, nos seus termos, **influência do estado puerperal**, para desclassificar a morte de alguém de crime de homicídio, e qualificado, no caso, para o de infanticídio, tôda vez que a mãe legítima ou natural mata o filho nascente ou nascido, isto é, durante o parto, ou logo após, ainda no império dos seus cruciantes efeitos (88).

Ora, os trabalhos da parturição não afetam igualmente a tôdas as mulheres.

A resistência à dor — fenômeno psíquico — é manifestamente individual.

Há partos difíceis e martirizantes, que provocam

sentença de fevereiro de 1947, ter a defesa de "provar as perturbações que sobrevieram porventura à denunciada, em consequência do parto, para que o fato seja considerado como previsto no art. 123, pois, ao contrário, ele deve ter-se, como homicídio, inclusive qualificado" (Revista Forense, vol. CXIV, pág. 236).

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE resolveu, em acórdão de 14-7-1947, que, se a perícia médica é indispensável, não é a delinqüente puérpera, e, segundo a lei, presumidamente perturbada no seu psiquismo, que cabe o encargo de trazer a juízo uma prova só possível de ser colhida na ocasião do distúrbio, porque só é útil à defesa se atestando que este ocorrerá, efetivamente, em consequência do estado puerperal. (Valentim Alves da Silva, liv. cit., n. 1886).

A discordância causa-me pasmo.

"A prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (Código de Processo Penal, art. 156).

Se a denúncia capitula o crime como infanticídio, assiste logicamente ao Ministério Público a obrigação de demonstrar haver, na espécie, a influência do estado puerperal; se o procedimento penal é intentado por homicídio qualificado, então, a ré tem o direito de provar, por perícia ou outro qualquer meio, que agiu sob a influência do estado puerperal.

88 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, pág. 215.

sérios distúrbios sensoriais e graves complicações psicomotoras.

Também os há rápidos, sem reflexos apreciáveis no eu da gestante.

Sustenta-se, por outro lado, que a excitação afetiva do parto se contém dentro dos princípios fisiológicos (89).

O parto tem resultados psíquicos distintos na mãe legítima e na mãe natural, os quais não se podem medir por um único estalão.

O estado nervoso da primeira não suporta, durante nove meses, a incubação da revolta e do desespero da segunda.

O mundo bate palmas ao recebimento do filho legal e abençoa a sua concepção.

Renega e anatematiza, com o seu desprêzo, o filho espúrio e a sua progenitora.

De situações tão diversas não saem as mesmas conseqüências jurídicas.

A hermenêutica do art. 123 do Código Penal não pode ser feita, à luz das regras informadoras da CORRENTE MATERIAL sôbre o infanticídio.

III) — A Corrente Judiciária.

Resta-nos, agora, a CORRENTE JUDICIÁRIA: a forja do lance emocional do parto, em que se vasa a influência do estado puerperal, É A ILICITUDE DA PRENHEZ, por cujo ocultamento a mãe mata o filho clandestino, nos umbrais da existência.

Expressa o regresso ao passado, com o pleno domínio da subordinação do infanticídio, como delito exceto, perpetrado pela própria mãe, ao jugo da causa da honra, sendo por isso suavemente apenado.

Em 1945, Nilton Sales já previa que a **causa da honra** continuaria a ser admitida, no atual Código, como elemento do crime de infanticídio (90), contrariamente ao pensamento do legislador.

Ironia do destino.

O conceito físió-psicológico do infanticídio — “SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL” — introduzido no nosso Código Penal para eliminar de todo o antigo conceito psicológico — A CAUSA DA HONRA — acabou por perder a sua significação primitiva e de confundir-se com o mesmo, por fôrça de decisões reiteradas e idênticas dos nossos Tribunais de Justiça.

Foram proféticas as palavras de Atugasmin Medici Filho, em contraste com a opinião dos nossos mestres:

“Não obstante as afirmações de F. Campos, Almeida Júnior, Leonídio Ribeiro, Ari Azevedo Franco, o **motivo da honra** continua integrado na figura jurídica do infanticídio: o Código de 1940 fêz, apenas, omissão da definição legal. Mas, leia-se o art. 134, § 2º, que é um desdobramento do art. 123 e chegar-se-á ao resultado de concluir que o legislador não abandonou a **causa da honra**, nos crimes que resultam a morte do recém-nascido. No confronto do art. 123 com o art. 134 pode-se muito bem divisar para aquêlo o infanticídio por ação e neste o pela **causa da honra** por omissão, sendo que, no infanticídio pròpriamente dito, a **causa da honra** poderá constituir um dos motivos do evento e na exposição ou abandono de recém-nascido é essencial a existência da **causa da honra** para configuração jurídica do crime” (91).

90 — *Liv. cit.*, pág. 16.

91 — *O infanticídio no Novo Código Penal*, *Revista dos Tribunais*, de S. Paulo, ano XXXI, novembro de 1942, vol. CXL, fasc. 510, págs. 357 — 370.

A exegese dos nossos Tribunais de Justiça manifesta-se, sem dubiedades, no sentido extremista, defendido por Leonídio Ribeiro, de que, "EM VERDADE, SÓ SE ADMITE E COMPREENDE O CRIME DE INFANTICÍDIO, COMO DELITO EXCETO, PUNIDO DIVERSAMENTE DO HOMICÍDIO COMUM E COM A PENA MITIGADA, QUANDO HÁ MOTIVO DE HONRA E A VÍTIMA É O RECÉM-NASCIDO" (92).

Essa explicação judiciária do moderno conceito do crime de infanticídio, no nosso Código Penal, obtém considerável refôrço, na letra dos diplomas da Argentina (93) e da Itália (94).

Esses dois Códigos, como o do Brasil, foram buscar as raízes dos seus textos sôbre o infanticídio no projeto de Stoos, do Código Penal Suíço, de 1916, mantido inteiramente no atual Código Penal Suíço, de 1937 (95 e 96).

O Código Penal Suíço, como mostra o seu protocolo e elucida a rejeição das emendas de Thorman (filho ilegítimo) e Gabbuzzi (fim de salvar a honra), seguiu o critério eminentemente **fisiológico**, consubstanciado no seu art. 116, de hoje, "não com propósito res-

92 — Liv. cit., pág. 338.

93 — "Art. 81, § 2º — Será imposta a pena de reclusão até 3 anos ou de prisão por seis meses a dois anos à mãe que, PARA OCULTAR A DESONRA PRÓPRIA, matar o filho, DURANTE O NASCIMENTO, OU ENQUANTO SE ACHAR SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL..."

94 — "Art. 578 — Quem quer que ocasione a morte de um recém-nascido imediatamente após o parto, ou de um feto durante o parto, PARA SALVAR A PRÓPRIA HONRA ou de um próximo parente, será punido com reclusão de três a dez anos".

95 — NELSON HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, vol. V, pág. 209; GALDINO SIQUEIRA, Tratado de Direito Penal, Parte Especial, t. I, n. 775.

96 — "Art. 116 — A mãe, que houver morto intencionalmente seu infante, durante o parto, ou enquanto ainda se encontrava sob a influência do estado puerperal, será punida com a reclusão por três anos no máximo, ou com a prisão por seis meses no mínimo".

tritativo, e sim AMPLIATÓRIO, isto é, pensando incluir, também, nesta incriminação, a fatos determinados por MÓVEIS DISTINTOS DO MOTIVO DE SALVAR A DESONRA" (97).

Mais tolerantes, Atugasmin Medici Filho, na passagem, atrás transcrita, e Nilton Sales (98) vêm na CAUSA DA HONRA, ao invés do monopólio do fator desencadeante da convulsão interior da puerpera — "influência do estado puerperal" — para dar a morte ao seu próprio filho, no parto ou logo após, unicamente UM dos móveis determinantes do crime de infanticídio.

Essa transigência, de alto descortino, partiu para nós da prudência e do tino do sábio NELSON HUNGRIA:

"Deve notar-se, porém, que, com a omissão de referência à causa da honra, o Código não inibe que se leve em conta, quando realmente exista, êsse antecedente psicológico.

O motivo de honra pode contribuir de par com a morbidez fisiológica própria do parto, para o estado de excitação e angústia que diminuem a responsabilidade da parturiente.

Tôdas as causas fisiológicas devem ser averiguadas no seu conjunto e interdependência, de modo que não fica excluída a consideração do motivo de ocultação da desonra, nos casos em que realmente tenha entrado como um coeficiente do anormal impulso criminoso.

"Von Liszt era mesmo de opinião que somente quando aliados o motivo de honra e a influência do estado puerperal se devia admitir o mais brando tratamento penal do infanticídio.

97 — SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, t. III, págs. 92 e 93.

98 — *liv. cit.*, pág. 167.

Se é certo que não foi êste o ponto de vista do Código, não é menos certo que os peritos e juizes não devem abstrair para a formação do seu juízo, não só o MOTIVO DE HONRA, como outras causas psicológicas de igual premência, quando ocorreram” (99).

Entre estas estão outros motivos de infanticídio “não menos prementes que a OCULTAÇÃO DA DESONRA, COMO, POR EXEMPLO, A APERTURA ECONÔMICA, O EXCESSO DE PROLE, O RECEIO DE UM FILHO TARADO” (100).

Segundo essa concepção, haurida, decerto, no Código Penal Dinamarquês (15 de abril de 1930) (101), e fadada a impor-se às demais, visto contentar a todas, o infanticídio é, na síntese harmônica de GLEISPACH, “a occisão do filho (legítimo ou ilegítimo), pela mãe, durante o parto ou sob a influência da perturbação ocasionada por êste, quando ela se encontra repudiada ou abandonada e age por necessidade (no mais amplo sentido)” (102).

3) — Infanticídio Patológico.

A psiquiatria desconhece formas autônomas ou específicas de loucura puerperal.

Entretanto, a gestante, que sofre de doença mental originária, como a epilepsia, o histerismo, a imbecilidade, a predisposição psicopática, a esquizofrenia, a psicose maníaco-depressiva, pode ter um surto da sua

99 — *Comentários ao Código Penal, vol. V, págs. 218 e 219.*

100 — *Liv. cit., pág. 217.*

101 — “Art. 238 — *Se uma mãe mata o seu infante, no curso do parto ou imediatamente depois, podendo-se presumir que agiu em um estado de angústia, com medo da desonra, ou sob influência de um estado de debilidade, desassossêgo ou perturbação resultante do parto, ela é passível de prisão, cujo máximo é de quatro anos*”.

102 — NELSON HUNGRIA, *liv. cit., pág. 219, nota 171.*

morbidez psíquica, justamente no momento do parto ou logo após, capaz de conduzi-la à morte **inconsciente e irresponsável** do seu filho.

Aplica-se, então, o art. 22 do Código Penal.

Sem incorrer nos domínios, pròpriamente ditos, da insânia, existem nevroses, que lhe são fronteiriças ou limítrofes: as manifestações neuróticas de perversidade instintiva, de histeria, de debilidade mental, por exemplo.

As mulheres, portadoras de semelhantes anomalias psíquicas, arriscam-se a sentir, com o trauma puerperal, impulsos homicidas, ímpetos sanguinários de destruição, e se, com a sua sideração, praticam o filicídio, incide o seu ato de semi-imputáveis no art. 22, § único, do Código Penal (103).

9) — Sujeito Passivo.

No nosso direito, o infanticídio é um homicídio especial, cuja tipicidade depende de circunstâncias particulares, sobressaindo-se do seu número a referente à natureza da sua vítima: **alguém NASCENTE OU RECÉM-NASCIDO**.

No infanticídio se opera a supressão de um **ser humano**, seja qual fôr a sua forma e sem se levar em conta o grau da sua vitalidade, por ação ou omissão, esta de difícil ocorrência, e por qualquer meio de homicídio, menos o moral.

A lei garante e protege tanto a vida intra-uterina, como a extra-uterina.

103 — ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 130; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial, t. I, pág. 51*; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 496; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 52; A. ALMEIDA JÚNIOR, *liv. cit.*, pág. 323; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 338; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, vol. V, pág. 219, n. 51A, nota 172*.

Terminado o ciclo fisiológico da prenhez, cuja interrupção, pela tutela do feto, dá lugar ao crime de abôrto, e tendo início os trabalhos do parto, é **delito de infanticídio** o aniquilamento do fruto da concepção, não só durante o parto, dentro do claustro materno, ou mesmo logo após, e ainda prêso à puérpera, pelo cordão umbelical, portanto antes de respirar, por si, como, outrossim, imediatamente depois de haver adquirido a qualidade de recém-nascido.

É a VIDA BIOLÓGICA o objeto do resguardo da lei.

O infanticídio, como o abôrto, participa dos CRIMES CONTRA A VIDA.

No período intra-uterino, por antecipação se considera o feto, nesse tempo possuidor de vida orgânica circulatória, como pessoa jurídica, no mesmo pé de igualdade do neonato, completamente desligado da mãe, que já respirou, e por êsse motivo se converteu em **HOMEM** — base, meio e fim de tôdas as relações sociais e jurídicas.

Referindo-se ao art. 123 do nosso Código Penal ao fato de matar, sob a influênciã do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, equiparou o excídio do NASCENTE ao do NEONATO, para considerar a ambos, como infanticídio, e evitou que se criasse a figura de feticídio para a occisão do primeiro, à semelhança do estatuto penal italiano (104 e 105).

104 — *Código Penal Italiano, art. 578.*

105 — ROBERTO LYRA, *Noções de Direito Criminal, Parte Especial, vol. V, n. 122*; NILTON SALES, *liv. cit., págs. 15 e 22*; IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *ns. 48 e 50*; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, vol. V, n. 52*; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *liv. cit., pág. 72*; BENTO DE FARIA, *liv. cit., vol. III, págs. 45 e 51*; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte especial, t. I, n. 776*; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit., pág. 312*;

10) — Sujeito ativo e a sua pluralidade.

O sujeito ativo do crime de infanticídio é a mãe, mentalmente sã, do nascente ou do recém-nascido, sob a influência do estado puerperal, outra peculiaridade da sua configuração jurídica.

De duas maneiras consuma-se o infanticídio: ou a mãe realiza sòzinha a sua inglória tarefa ou a executa, com o concurso de terceiros — parentes, profissionais, amigos e estranhos, que a ajudam, por piedade ou por interêsse.

Na última hipótese, por que crime respondem os seus compartes ou auxiliares?

Inegavelmente são co-autores do delito de infanticídio.

De acôrdo com o art. 25 do Código Penal, “quem, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a êste cominadas”. E comunicam-se as circunstâncias elementares do crime, quando de caráter pessoal (106).

A morte do infante, pela própria mãe, nas condições determinadas na lei, é circunstância elementar do crime de infanticídio.

Ela se aplica a qualquer outra pessoa, para fazê-la também ré de infanticídio, por facilitar à autoria principal a efetivação do delito.

Esta a solução lógica do nosso direito (107) e dos

FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, vol. 2º, pág. 305; FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *liv. cit.*, pág. 35; LUIZ CRUZ DE VASCONCELOS, *liv. cit.*, pág. 40.

106 — *Código Penal*, art. 26.

107 — IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *liv. cit.*, n. 54; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, vol. III, pág. 46; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, n. 137; FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *liv. cit.*, pág. 39; LUIZ CRUZ DE VASCONCELOS, *liv. cit.*, pág. 45.

códigos penais alienígenas, que comungam, na matéria, da doutrina do nosso (108).

Não obstante, há respeitáveis pronunciamentos, em contrário, considerando acusados de homicídio os agentes secundários (109).

11) — **Dolo e Culpa.**

Roberto Lyra, com rara acuidade, aprecia, em síntese assombrosa, o elemento subjetivo do crime de infanticídio:

“Há o dolo específico, quando o agente quer a morte do nascente ou recém-nascido ou assume o risco de produzi-la. (art. 15 n. I).

Não é prevista e, portanto, não se pune a forma culposa (art. 15, § único) do infanticídio” (110).

12) — **Tentativa.**

O infanticídio é um crime material, consumando-se com a morte do nascente ou neonato.

Sujeito a um resultado, comporta, necessariamente, a tentativa (Cód. Penal, art. 12, n. II).

13) — **Agravantes.**

As circunstâncias agravantes comuns não se coadunam com a essência do crime de infanticídio, de feição peculiaríssima.

108 — EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, pág. 114; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, pág. 58.

109 — NELSON HUNGRIA, *Código Penal Comentado*, vol. V, n. 58; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, n. 777.

110 — *Liv. cit.*, n. 138.

A subitaneidade do delito exclui a presença de móveis e o emprêgo de recursos, que dêem maldade mais grave a sua execução.

O fator subjetivo limita-se ao dolo específico.

O agente não quer, nem assume o risco de praticar outro mal, além da própria morte do infante.

14) — Atenuantes.

São incompatíveis com o infanticídio, cometido pela própria mãe, as circunstâncias atenuantes genéricas do art. 48 do nosso Código Penal, exceto ser o agente menor de vinte e um anos, a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis, bem como a confissão espontânea.

A circunstância atenuante do motivo de relevante valor moral (Cód. Penal, art. 48, n. IV, letra a) está implícita nos fundamentos psicológicos do delito, na conformidade da jurisprudência dos nossos Tribunais de Justiça.

15) — Perícias Médico-legais.

O infanticídio suscita muitos e graves problemas dependentes de perícias médico-legais, pelo seu caráter técnico.

Tratando da sua resolução, compendiou-os A. ALMEIDA JÚNIOR: "Pelo art. 123 do Código Penal Brasileiro é infanticídio "matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após". A perícia médico-legal contribuirá: 1º, para a fixação do momento fisiológico do crime, a fim de que se verifique se êste se deu, efetivamente, "durante o

O DELITO DE MATAR

parto ou logo após”; 2º, para que se determine se o feto, ao ser submetido à violência infanticida, ainda estava vivo — condição sem a qual o crime seria “impossível”; 3º, para que se esclareça a natureza da violência; 4º, para que se prove que se trata, realmente, de filho da acusada; 5º, para que se demonstre que esta última agiu “sob a influência do estado puerperal” (111).

111 — *Liv. cit., pág. 316.*

ABORTO

A B Ô R T O

Código Penal de 1830:

Art. 199 — Ocasionar abôrto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada:

Penas — de prisão com trabalho por um a cinco anos.

Se êste crime fôr cometido sem o consentimento da mulher pejada:

Penas-dobradas.

Art. 200 — Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaisquer meios para produzir o abôrto, ainda que êste não se verifique:

Penas — de prisão com trabalho por dois a seis anos.

Se o crime fôr cometido por médico, boticário, cirurgião ou praticante de tais artes:

Penas-dobradas.

Código Penal de 1890:

Art. 300 — Provocar abôrto, haja ou não expulsão de fruto da concepção:

No primeiro caso: pena de prisão celular por dois a seis anos.

No segundo caso: pena de prisão celular por seis meses a um ano.

§ 1º — Se, em consequência do abôrto ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir-se a morte da mulher:

Pena — de prisão celular por seis a 24 anos.

§ 2º — Se o abôrto fôr provocado por médico ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Penas — a mesma precedentemente estabelecida, e a privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condenação.

Art. 301 — Provocar abôrto com a anuência e acôrdo da gestante:

Pena — de prisão celular por um a cinco anos.

§ único — Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para êsse fim os meios; e com redução da têrça parte, se o crime fôr cometido para ocultar a desonra própria.

Art. 302 — Se o médico ou parteira, praticando o abôrto legal ou necessário, para salvar a gestante da morte inevitável, ocasionar-lhe a morte por imperícia ou negligência:

Penas — de prisão celular por dois meses a dois anos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação.

Código Penal de 1940:

Art. 124 — Provocar abôrto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque;

Pena — detenção, de um a três anos.

Art. 125 — Provocar abôrto, sem o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 — Provocar abôrto com o consentimento da gestante:

Pena — reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único — Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127 — As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um têtço, se, em consequência do abôrto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 — Não se pune o abôrto praticado por médico:

I — se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II — se a gravidez resulta de estupro e o abôrto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Exposição de Motivos:

41

Mantém o projeto a incriminação do ABÔRTO, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o abôrto NECESSÁRIO, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.

A B Ô R T O

1) — Fecundação. 2) — Gravidez. 3) — Abôrto e parto prematuro, em obstetrícia. 4) — Acepção vulgar do abôrto. 5) — As espécies de abôrto. 6) — Legitimidade e incriminação do abôrto; objetividade jurídica do abôrto. 7) — História. 8) — Conceito jurídico-penal do abôrto. 9) — Abôrto para a ocultação da desonra. 10) — Abôrto no direito brasileiro. 11) — Figuras vigentes do abôrto: A) — Abôrto procurado. B) — Abôrto sofrido. C) — Abôrto consentido. 12) — Abôrto qualificado. 13) — Elementos do crime de abôrto: A) — A gravidez da mulher. B) — A ação interruptora dêsse estado fisiológico. C) — A morte do feto. D) — O dolo. 14) — Tentativa. 15) — Abôrto necessário: A) — Seus fundamentos jurídicos. B) — Projeção do abôrto necessário, na lei penal. C) — Exercício do abôrto necessário. D) — Modalidades do abôrto necessário. E) — Abôrto necessário cometido por leigo. 16) — Abôrto sentimental ou abôrto da estuprada. 17) — Abôrto eugênico. 18) — Exames médico-legais.

1) — **Fecundação.**

O milagre da VIDA está no ato fisiológico da fecundação, resultante de cópula ou inseminação artificial, operada no ovário ou na trompa, a qual consta do acasalamento do espermatozóide fértil com o óvulo amadurecido, fundindo-se os núcleos masculino e feminino para formar o centro germinativo do **ôvo**, que, caindo no útero, no prazo de oito dias, nos casos normais, se converte em **embrião** e depois em **feto**, para se tornar **homem**, quando, decorrido de ordinário nove meses, vem à luz do mundo.

2) — **Gravidez.**

Gravidez é o processo característico da evolução natural do **ôvo** humano, no interior da madre, terminando com o comêço do parto (1).

O ente gerado chama-se **ôvo**, nos primeiros vinte dias da gestação; **embrião**, no seu primeiro trimestre; e **feto**, a partir do terceiro mês, sendo inviável até o sexto e viável daí em diante.

Nas primeiras fases, não tem viabilidade, se vindo ou **lançado** ao exterior, por insuficiência de desenvolvimento, adquirindo-a tão sòmente a partir do sétimo mês.

3) — **Abôrto e parto prematuro, em obstetrícia.**

Em obstetrícia, denomina-se **ABÔRTO** a expulsão espontânea ou artificial do **ôvo**, do **embrião** ou do **feto** **inviável** e **PARTO PREMATURO** o expelimento do **feto** **viável**.

1 — V. *Infanticídio*.

Dá-se, assim, aquêles nos seis primeiros meses da vida uterina e êste nos três últimos (2).

A gravidez é **uterina e extra-uterina**.

A gravidez **uterina** divide-se, por sua vez, em **normal e anômala**.

A gravidez **uterina normal** constitui-se do processo evolutivo **ordinário** do fruto fecundado sadio.

A gravidez **uterina anormal** passa-se, também, no tabernáculo materno, sendo, porém, produzida pela **mola-sanguínea, carnososa, vesicular, ou hidática**.

È um produto patológico, lídimio ôvo degenerado, representando concepção frustra, informe e anômala, cuja expulsão se opera no tempo comum ou mais tarde, às vêzes até vinte meses, sendo, em muitos casos, destruída, interiormente, em todo, ou em parte absorvida, deixando resíduos do seu corpo (3).

Na gravidez extra-uterina, o fruto da concepção, tomando o aspecto de um tumor desigual, situa-se fora da madre — no ovário, na fímbria, na trompa, na parede uterina intersticial — locais, em que comumente não tem viabilidade, morrendo, por consequência, pela rutura do seu envoltório, sendo, em seguida, eliminado,

2 — S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 125; R. GARRAUD, *liv. lit.*, t. 4º, ns. 1741 e 1748; GUILLERMO CABANELLAS, *El aborto*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1945, págs. 19, 96, 159, 161 e 163; ASDRUBAL DE AGUIAR, *liv. cit.*, vol. III, pág. 202; ALFRED MATTER, *O Delito Sexual*, trad. de M. Campos, Livraria Corrêa Editora, São Paulo, 1953, pág. 151; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 45; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 58; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, nota 999; JORGE SEVERIANO RIBEIRO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, vol. III, pág. 88; A. ALMEIDA JUNIOR, *liv. cit.*, pág. 308; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, vol. 2º, pág. 239.

3 — AGOSTINHO J. DE SOUSA LIMA, *Tratado de Medicina Legal*, Tip. Hildebrando, Rio de Janeiro, 1909, pág. 730; F. G. GRELLE, *liv. cit.*, vol. 2, págs. 951 e 1104; ASDRUBAL AGUIAR, *liv. cit.*, pág. 61; FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, 2º vol., pág. 240.

ou desaparecendo e transformando-se num litopédio, corpo duro calcificado.

Entretanto, o feto ectópico aberrantemente se desenvolve e chega a termo (4), sendo conhecidos cento e cinqüenta casos dêsse acontecimento invulgar, na literatura médica (5).

Ordinariamente, só pode ser objeto de **abôrto** o fruto da concepção, em gravidez uterina normal, no período compreendido entre seu início e o fim do sexto mês, quando, evadindo-se da madre, ainda não tem condição de vida extra-uterina autônoma.

Na gravidez uterina **anormal**, também chamada molar, não se configura o abôrto: não há vida a proteger, porque o ôvo está fatalmente destinado a extinguir-se, pela própria ação da natureza.

O mesmo ocorre, comumente, na prenhez extra-uterina, cujo feto é fadado ao extermínio, razão pela qual se enquadram, entre as intervenções médicas lícitas, quaisquer atos praticados para a sua eliminação, tida como necessária para livrar a gestante de grave perigo (6).

Excetua-se dessa regra os raros casos de feto ectópico viável, em que se pode dar o abôrto, por exceção.

O **parto prematuro** é a evacuação do feto viável, isto é, nos três últimos meses da prenhez (7).

4 — F. G. GRELLÉ, *liv. cit.*, págs. 369, 384 e 392.

5 — MONSENHOR DEPUTADO ARRUDA CÂMARA, *Revista Eclesiástica Brasileira*, vol. 10, fasc. 2, pág. 434.

6 — *Código Penal*, arts. 123, I, e 146, § 3º.

7 — LEGRAND DU SAULLE, *liv. cit.*, pág. 228; FLAMINIO FAVERO, *liv. cit.*, 2º vol., pág. 240; HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, pág. 450; AFRÂNIO PEIXOTO, *liv. cit.*, pág. 217; AGOSTINHO J. DE SOUSA LIMA, *liv. cit.*, pág. 730; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V., pág. 259.

4) — **Acepção vulgar do abôrto.**

Desprezando essa diferença científica, o povo entende, como abôrto, o desmancho precoce da prenhez.

O seu sentido geral é de parto temporão.

5) — **As espécies de abôrto.**

O abôrto pode ser **espontâneo** ou **provocado**.

O abôrto espontâneo advém da própria natureza, em função de estados patológicos do ôvo ou da mãe, incluídos, nos primeiros, os herdados, por influência paterna.

Causas múltiplas e diferentes podem ocasioná-lo, sendo, por isso, difícilima a sua determinação.

São de origem fetal as lesões dos anexos.

São de procedência materna as doenças infecciosas agudas, crônicas, as intoxicações, as moléstias, malformações e desvios uterinos e os traumatismos diversos, tanto físicos, como morais.

O abôrto **provocado**, ação humana voluntária, consta do consciente emprêgo de meios químicos ou medicamentosos, físicos (mecânicos, térmicos ou elétricos) e psíquicos ou biodinâmicos (terror, susto, sugestão, etc.), capazes de produzi-lo, em manobra ou operação, efetuada para tal fim, pela própria pejada ou por outrem.

O abôrto **provocado** é **lícito** ou **criminoso**.

Lícito, quando intentado de acôrdo com a lei, o que varia de país a país.

Criminoso, se praticado contra o ordenamento jurídico do Estado.

6) — Legitimidade e ineriminação do abôrto;
objetividade jurídica do abôrto.

A licitude do abôrto é objeto de uma campanha organizada, depois da primeira grande guerra, por literatos, sociólogos e médicos, mas sem grande participação dos juristas (8), a qual tem, como chefe, o médico francês KLOTZ FOREST.

As idéias dêsse movimento já tinham sido, aliás, expendidas, em 1893, por JUNGSMANN, na Alemanha.

Eis em síntese as principais:

1^a) — O feto, víscera do organismo, é parte integrante do corpo da mulher, que, como pode autolesar-se ou suicidar-se, pode também destruí-lo, tendo, assim, o direito de dispor do produto da concepção, destituído de personalidade jurídica.

2^a) — O fruto da fecundação, sem vida própria, não é um bem jurídico individual, cujo aniquilamento seja objeto de tutela penal, constituindo unicamente um interêsse da sociedade, que, só em certos casos, deve ser protegido.

3^a) — O abôrto, fenômeno eminentemente secreto, e em cujo sigilo têm magno interêsse todos os que nêle tomam parte, é difficilmente verificável, escapando, via de regra, como crime, à devida punição. Ademais, a pena mostra-se impotente para coibir a sua prática. O abôrto é, por outro lado, fonte de chantagens.

4^a) — O abôrto é uma lei de exceção contra o proletariado. As mulheres ricas, fugindo à maternidade para a satisfação de baixos apetites de comodidade e de gôzo da existência, abortam, sem perigos, em clínicas especializadas.

8 — *Sustentam a impunidade do abôrto Vani, Jiménez de Asúa e Irueta Goyena, entre outros.*

As operárias pobres, que abortam, levadas pelos vexames econômicos, pela miséria, pelo pauperismo, pelas aperturas em alimentar, criar e educar mais um filho, fazem-no, nas mãos das fabricantes de anjos, parteiras atrasadas e incompetentes, num meio privado de condições higiênicas, com graves riscos e enormes danos para a sua saúde.

E, em remate, melhor é não nascer do que viver para a fome, o sofrimento e a dor (9).

Em contradita a essas alegações se alinham os seguintes argumentos, a favor da incriminação do abôrto:

A) — Se o feto fôsse um processo fisiológico, uma víscera, um órgão da mãe, até o momento do parto teria a qualidade de objeto, de cousa, que se poderia destruir, impunemente.

Se assim fôsse, desapareceria com a pejada.

A sua sobrevivência à gestante, quando viável e em tempo retirado do útero, prova, inconcussamente, a emancipação do seu ser, relativamente à pessoa, que o conduz.

A partir de certa época, o feto, expelido prematuramente, pode viver.

Desde o instante do seu concebimento, o feto tem uma vida autônoma e especial (10), chamada de “vida fetal”, pelo Dr. Lewin, (11), “vida em formação”, pelo Professor Leonídio Ribeiro (12), “vida intra-uterina, a qual é contudo vida em sentido genérico”, por Vin-

9 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, Livraria Bosch, Barcelona, 1931, págs. 31 — 39; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, pág. 120; S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, págs. 58 — 72.

10 — S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, cap. II, § V, págs. 108 e 109; EUGENIO CUELLO CALÓN, *liv. cit.*, pág. 45, nota 1.

11 — *Em* S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 108.

12 — *Liv. cit.*, pág. 71.

cenzo Manzini (13), “vida biológica”, pelo Professor Fernando (14) e pelo Professor Nelson Hungria (15), e “vida feto-placental”, pelo velho Mestre Francesco Carrara (16).

Verificada com o congresso sexual a entrada do espermatozóide no óvulo, eis que aparece um **novo indivíduo**, de todo diferente dos pais (17).

A origem da **unidade física** do mesmo está cientificamente explanada pelo penalista GARCIA PINTOS:

“É sabido que o que caracteriza a individualidade específica biológica de um ser é o número de cromossomos ou corpúsculos cromáticos das células invariavelmente fixo em tôdas as células de um organismo e em todos os organismos da mesma espécie. E esta lei biológica se cumpre com a mesma fatal necessidade com que se cumprem as leis que regem a marcha silenciosa dos astros. Pois bem: o gameto feminino, ao amadurecer e deixar o meio interior materno, deixa de pertencer ao mesmo grupo, à mesma família de células que compõem o corpo materno, pois perde exatamente a metade de seus elementos cromáticos, para recompor a especificidade do ser humano, ao fundir-se com o gameto masculino ou espermatozóide, que também perdeu a especificidade das células paternas, ao despojar-se da metade dos seus elementos cromáticos.

Sem esta diferenciação dos gametos, jamais poderia nascer um ser humano . . . Desde então as células formam um só ser independente e com a mesma mila-

13 — Em LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 71.

14 — Em LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 72.

15 — Comentários ao Código Penal, vol. V, pág. 250.

16 — *Programma, Parte Speciale*, vol. I, § 1263, nota 1.

17 — HOFFSTAEDT, em EUGENIO CUELLO CALÓN, pág. 43; GARCIA PINTOS, em Nelson Hungria, *liv. cit.*, pág. 242.

grosa potência vital, com que um minúsculo grão de trigo encontrado numa tumba faraônica foi capaz de germinar depois de um sono milenário, também a mó-rula germinativa encerrará em potência tôdas as possi-bilidades biológicas e anímicas, desde as maiores de-formidades morais até a virtude heróica de Joana D'Arc ou o gênio de Goethe" (18).

Essa individualidade ontogênica, anatômica, fisio-lógica e biológica, dotada de um metabolismo orgânico próprio, destacada da constituição do corpo materno, com que não mantém nenhuma anastomose e conti-nuidade muscular nervosa, possuindo meios interiores específicos e antagônicos, distingue-se, cada vez mais, do organismo, que o obriga, como meio de desenvolvimen-to, à proporção que se processa o seu crescimento.

"No fim do primeiro mês, está formado o embrião, medindo mais ou menos três milímetros e **aparece o coração**; no segundo mês, opera-se a divisão do coração em quatro cavidades, os membros são distintos, e po-dem ser vistos os sulcos da separação dos dedos; no fim do terceiro mês, configura-se a forma humana, mo-dela-se a placenta e, cientificamente, o embrião dá lu-gar ao feto" (19).

Por isso, conclui CARRARA "que não é, de modo algum, incerto que o feto seja um ser vivente: impos-sível negá-lo, **quando, cada dia, a gente o vê crescer e vegetar**" (20).

E até já se conseguiu fazer viver, fora do seio ma-terno, o óvulo fecundado (21).

18 — *El respecto a la vida, em NELSON HUNGRIA, liv. cit., págs. 242 e 243.*

19 — S. DU MORIEZ, *liv. cit., pág. 109.*

20 — *Programma, vol. cit., § 1252, n. 1.*

21 — GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit., pág. 146.*

Influenciados pelo direito civil, que regula a vida extra-uterina, servida de respiração aérea, no qual “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida, embora a lei ponha a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (22), garantindo a legitimação do filho apenas concebido (23), a curatela do nascituro (24) e a sua capacidade para adquirir por testamento (25), põem em dúvida alguns criminalistas tenha o feto a qualidade de “sujeito do direito à existência”, no delito de abôrto.

Assim, ao invés de proclamá-lo, abertamente, pessoa de direito, para o aludido fim, chamam-no, indiretamente, com o uso de euforismos, denominando-o de “esperança de vida”, de “um futuro ser”, de “possibilidade de vida humana” (26), de “homem na ante-sala da vida civil”, de “pessoa virtual”, de “cidadão em germe” (27) e de “probabilidade de vida ou de personalidade” (28).

Vulgar a divergência, entre o direito civil e o direito

22 — Código Civil, art. 4º.

23 — Código Civil, art. 357, § único.

24 — Código Civil, art. 462.

25 — Código Civil, art. 1718.

26 — E. FERRI, *El homicida en la psicología y en la psicopatología criminal*, pág. 25; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 42; PESSINA, *Elementi*, pág. 49, em EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, t. II, pág. 440, nota 26; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 691; PACHECO, *El Código Penal concordato y comentado*, vol. III, pág. 41, Madrid, 1881, em ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, pág. 259; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, pág. 143; EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, n. 404, pág. 131; ARY AZEVEDO FRANCO, *liv. cit.*, pág. 138; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 57; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, pág. 106.

27 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Criminal*, vol. V, pág. 250.

28 — VINCENZO MANZINI, *Tratado de Direito Penal*, em LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 71.

penal, na disciplina de um mesmo fato, na regulação de um mesmo fenômeno.

Tal ocorre, mais uma vez.

O direito civil assenta o princípio de “**pessoa do direito**” na VIDA EXTRA-UTERINA.

A personalidade civil do homem começa com o nascimento (29).

Já o direito penal baseia o instituto de “**pessoa de direito**” na VIDA INTRA-UTERINA, VIDA FETAL, VIDA BIOLÓGICA, VIDA FETO-PLACENTAL, mas que, inegavelmente, é VIDA.

A personalidade PENAL do homem aparece com a fecundação.

Realizada esta, o óvo, desde o seu primeiro momento, é, através tôda a sua evolução fisiológica, até o parto, o homem FETAL, de ZUGLER (30), ou melhor, é um ser, é um indivíduo, é alguém, é pessoa, é um sujeito do direito, primário, essencial e inegável de desenvolver-se, de crescer, de viver e de nascer (31).

Ninguém pode infringir êsse direito absoluto, substância e origem de todos os outros direitos.

“Não há direito contra direito”.

O direito à VIDA ilumina tôdas as consciências.

Por isso tutela a lei penal a vida INTRA-UTERINA,

29 — Código Civil, art. 4º.

30 — Em S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 112.

31 — S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 108; FRANCESCO CARRARA, *liv. cit.*, § 1252, nota 1; FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 82; VINCENZO MANZINI, *Instituzioni di diritto penale italiano*, vol. 2º, n. 407; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, nº 260; EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, pág. 139; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, págs. 70 — 75; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, págs. 124 e 136; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, vol. 1º, n. 150, pág. 102; DEPUTADO MONSENHOR ARRUDA CAMARA, *Revista Eclesiástica Brasileira*, vol. 10, fasc. 2, págs. 425 — 429; FERNANDO MAGALHÃES; PADRE LEONEL FRANCA; PROFESSOR RODOLFO RIVAROLA, PROFESSOR MOREIRA DA FONSECA, em LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, págs. 71 a 75.

de que é titular o fruto do concebimento, constituindo a sua violação — a morte do feto — o crime de abôrto, na lei escrita de todos os povos.

Aliás, a teoria **concepcionista** do direito civil sôbre a personalidade do homem, defendida, entre nós, por TEIXEIRA DE FREITAS, advoga para o direito civil o mesmo conceito de **pessoa**, do direito penal.

E para Clóvis Beviláqua a verdade está com os que harmonizam o direito civil com o direito penal (32), o que teria sido mais acertado, na opinião de IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA (33).

B) — De fato, o abôrto apresenta enormes óbices à sua apuração judicial, não só pela sua origem secreta e pela conveniência do silêncio dos seus autores, como também pelos obstáculos comuns à sua verificação material, além de permitir explorações pecuniárias contra interessados no acontecimento.

Tais males, porém, são inerentes a muitos outros crimes e em particular aos sexuais e aos contra o patrimônio.

A aceitar-se por êles a impunidade do abôrto, “ter-se-ia de concluir, lógicamente, pela abolição dos códigos penais, porque êstes não conseguem eliminar, de todo, a criminalidade em geral” (34).

Produz, por sua vez, a incriminação do abôrto dois efeitos apreciáveis.

Intimida a muitos de temperamento fraco, evitando ainda maior número de abortos. E mostra o repúdio

32 — *Código Civil, Sexta Edição, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1940, vol. I, pág. 176.*

33 — *Liv. cit., pág. 82.*

34 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, vol. V, pág. 244*; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones Penales Relativas al aborto, pág. 47.*

da sociedade à sua prática, por estar em choque com os seus dogmas éticos e o sentido moral da comunhão.

Tem, assim, o valor de um **protesto oficial** contra a repulsividade do seu cometimento (35).

C) — A sobrecarga sôbre o orçamento da família pobre ou operária não justifica a prévia eliminação do filho, pelo abôrto.

Aí, decerto, “a quantidade prejudica a qualidade. Mas o recurso contra êsse mal não é o preconício do abôrto, **senão uma** eficiente proteção do Estado às famílias numerosas sem recursos suficientes” (36), como ordenam os artigos 124 e 127 da Carta Fundamental da República e o Decreto n. 3200 de 19 de abril de 1941, sôbre a organização e proteção da família, cujos sábios dispositivos precisam converter-se em confortadora realidade.

A limitação dos recursos materiais não sujeita o indivíduo ao sofrimento e à revolta.

Numerosos os parques de meios, que vivem ditosos.

Nem a riqueza é instrumento de euforia, bem-estar físico e psíquico. De ordinário, carrega maiores torturas para a alma, pela insaciabilidade do espírito humano.

A felicidade de cada qual depende da conformação com o seu estado.

Nascer, na humildade e na pobreza, não é estar fatalmente destinado à pequenez e à insignificância.

A história registra o fastígio e a glória de seres vindos ao mundo, nas mais precárias condições materiais, em todos os setores da atividade humana (37).

35 — EUGENIO CUELLO CALÓN. *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 46 — 47; S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 117.

36 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, pág. 247.

37 — S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 116.

D) — A política demográfica aconselha a manutenção da punibilidade do abôrto, cuja prática, generalizada e contínua, se torna verdadeiro fator de suicídio nacional.

A queda alarmante do índice de natalidade, na França, até bem pouco tempo, teve, como uma das suas precípua e mais graves causas, o extraordinário e impressionante aumento do abôrto criminoso, com perniciosos reflexos, em todos os ramos da atividade da vida pública, mormente no enfraquecimento da sua potência militar, o que a conduziu aos tremendos e decepcionantes desastres das duas grandes guerras.

Na Alemanha, já se faz sentir essa necessidade de combater-se o abôrto artificial, como meio de evitar o decréscimo da natalidade, figurando o argumento, na exposição de motivos do seu projeto de reforma do Código Penal, de 1925.

Também, na justificação do estatuto repressivo vigente na Itália, há referência à perseverança da luta contra o abôrto criminoso, pelos pesados prejuízos, que a sua difusão ocasiona às energias do País.

A importância dessa política demográfica de extermínio do abôrto varia de povo a povo, em harmonia com o aumento ou decesso da sua população, e tendo sempre em vista a sua eficiência bélica.

E) — Serve, como um dos principais esteios da campanha de banimento do abôrto, a observação dos terríveis danos, que carrega para a saúde da abortante.

Tal se positiva, mesmo quando o abôrto artificial é efetuado por especialista, com obediência aos preceitos obstétricos e em clínica adequada, conforme registram as estatísticas, na Rússia, durante o período de 1922 a 1926, compreensivo do direito de abortar, feita a inter-

rupção da prenhez, em estabelecimentos públicos modelares, por técnicos no ofício e seguidas tôdas as normas terapêuticas reclamadas pelo ato.

Entre as intensas complicações mórbidas para o corpo da gestante, provenientes do abôrto provocado, se enumeram feridas e perfurações no útero, hemorragias, enfermidades inflamatórias, septicemias, estragos do aparelho genital, conseqüente inutilização para sempre, queda da capacidade orgânica para o trabalho, a esterilidade e até a morte.

F) — A incriminação do abôrto também se arrima na extraordinária elevação da cifra de abortos provocados, se adotada a liberdade da sua prática, como ocorreu na Rússia Soviética.

Ali se realizaram, em 1923, 52.386 abortos, sob a proteção do Estado, número que subiu para 156.324, em 1925.

Concorre para o fenômeno a mania aborticida, que se generaliza, com a facilidade da intervenção.

Mulheres solteiras e casadas, que, no regime de repressão do abôrto, suportariam os percalços da gravidez, em busca da alegria da maternidade, sufocam-na e matam-na, no sistema de liberdade do mesmo, agindo de conta própria ou sugestionadas ou coagidas pelos seus maridos e amantes, a pretexto de maiores comodidades da vida, e na verdade em homenagem ao grosseiro materialismo reinante no mundo .

G) — Por último, um forte gravame social, oriundo da liberdade do abôrto, reclama, por sua vez, a sua punição: é o aniquilamento da moralidade sexual.

Com o direito de abortar, não existiriam filhos ilegítimos e desapareceria da mulher o mêdo das relações

ilícitas, freio, que a contém, nos severos limites da dignidade e da honra.

Em conclusão, o aborto provocado é uma calamidade pública: impõe-se sua punibilidade, sem exagero e em termos moderados, que não choquem o sentimento coletivo, em nome dos sagrados direitos do indivíduo e dos altos interesses do Estado (38).

7) — História.

O orgulho, as glórias da maternidade, a proteção e o carinho, hoje em dia dispensados à criança, não são sentimentos naturais da humanidade.

Representam, ao contrário, demoradas conquistas da civilização.

O aborto, homicídio preventivo, é comum, entre os selvagens, em cujo meio “tão lícito é a mulher destruir o fruto das suas entranhas, como cortar os cabelos” (39).

Nas priscas eras do mundo, e, por muito tempo, nas sociedades antigas, o filho era cousa da propriedade do pai, que dispunha da sua vida, para se livrar de cuidados e principalmente do seu sustento, sendo, assim, lícito o infanticídio.

A interrupção provocada da gravidez, a expulsão proposital do feto requeriam conhecimentos anatômicos e fisiológicos, que, somente, mais tarde, o homem possuiu.

Então, iniciou-se a prática do aborto, expediente legítimo para manter o equilíbrio da população e evi-

38 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones relativas al aborto*, págs. 39 a 66; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, caps. IV, V e VI; S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, págs. 22 — 33; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 61; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, págs. 54 — 62.

39 — E. FERRI, *liv. cit.*, pág. 24.

tar a fome, como ocorria na Índia, no Egito e na Grécia.

Em Roma, na sua primeira época, considerado o feto, como víscera e parte integrante da gestante, a **mulher, que abortava**, usava do seu próprio corpo: cometia, portanto, ato impune.

Só, posteriormente, o abôrto constituiu uma ofensa ao direito do marido à sua descendência, competindo à autoridade do mesmo, juntamente com o tribunal doméstico, impor o castigo à culpada, quando a mulher provocava o abôrto, sem consentimento dêle.

A partir de Sétimo Severo, passou o abôrto a ser incriminado, variando a pena, conforme os casos, applicando-se inclusive à de morte, se o delicto dava lugar ao desaparecimento da pejada ou era com o fim de lucro.

O cristianismo elevou o fruto da concepção à dignidade de **homem**, considerando o seu excídio — o abôrto — uma variedade do homicídio, havendo, porém, a discussão cerebrina se o feto era **inanimado** ou **animado, tinha ou não recebido a alma**, o que se dava, num período de quarenta e oito dias, depois da fecundação, conforme se tratasse de homem ou de mulher.

A pena era extraordinária para o abôrto de feto **inanimado**; se, entretanto, o feto era **animado**, a pena era a do extremo suplício.

Alguns doutôres da Igreja repelião a diferença entre o feto **inanimado** e o feto **animado**, com as consequências indicadas.

Viam, sempre, no **feticídio**, o cruel assassinato de uma vítima indefesa, praticado em sigilo e com premeditação, e, por isso mesmo, merecedor de tôda a reprovação, mormente pela falta de batismo, devendo ser, invariavelmente, reprimido com a morte.

A diretriz penal do cristianismo foi aceita por quase

todos os povos da Europa, cujas legislações atribuíam, de ordinário, ao abôrto a pena capital, se o **sujeito passivo do crime era feto animado** e uma multa pecuniária ou uma detenção mais ou menos prolongada, se a vítima era **feto inanimado**.

Os filósofos do século XVIII levantaram os seus indignados e veementes protestos contra o excessivo rigor da punição do crime de abôrto e pediram aos Parlamentares a revogação da pena máxima para êsse delito.

Essa iniciativa teve êxito e os estatutos penais das nações cultas, abolindo a inflação da morte aos autores de abôrto, reservam-lhes, na actualidade, sòmente penas carcerárias altas e até acompanhadas de trabalhos forçados, como corrobora a resenha levantada por EUGENIO CUELLO CALÓN (40).

Modernamente se desenvolvem dois movimentos, em tórno do abôrto.

Um pela descriminação. Fadado a total descrédito e completa falência.

Tangidos por princípios novos sòbre a organização da família, a Rússia (41) e o Uruguai (42), tutelaram, nos seus Códigos Penais, a **liberdade do abôrto**.

Tão perniciosos foram os efeitos do seu audacioso tentamen que, dentro de poucos anos, voltaram atrás, reformando as suas regras, a respeito, e enquadrando-as, na linha geral da punibilidade do referido ato (43).

O outro é pelo abrandamento da pena, para faci-

40 — *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 13 e 14.

41 — *Código Penal*, de 22 de novembro de 1926.

42 — *Código Penal*, de 4 de novembro de 1933.

43 — *Lei russa*, de 10 de maio de 1937; *Lei uruguaia*, de 28 de janeiro de 1938.

litar as condenações, que há granjeado muitas simpatias (44).

8) — Conceito jurídico-penal do abôrto.

Sob o ponto de vista jurídico-penal, o abôrto é a destruição ou o aniquilamento do fruto da concepção, durante todo o período da prenhez e até o seu término.

A punibilidade do abôrto ocorre, em qualquer momento da gravidez, desde a concepção até a saída do feto, no tempo próprio, sem levar em conta os seus requisitos de idade, viabilidade e formação regular (45).

Perturbado, em qualquer fase, o desenvolvimento natural da vida intra-uterina, é abôrto o sacrifício do ôvo, do embrião, do feto — inviável ou viável — com o desaparecimento da vida, que nêle se contém, dentro ou fora do útero.

“A essência do abôrto criminoso — já salientava Zanardelli, nos serviços do preparo do anterior Código Penal Italiano — consiste no impedimento do processo fisiológico da maturação do feto, o qual só se completa, com a superveniência do parto normal” (46).

Essa parada do ciclo evolutivo do fruto da concepção ocasiona, irremissivelmente, a sua perda e o seu ani-

44 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 4, n. 1742; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, págs. 20 — 29; S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, págs. 34 — 51; EUGENIO CUELLO CALLÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 7 — 17; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, *Tratado de Direito Penal*, t. I, n. 820; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. II, n. 820.

45 — EUGENIO CUELLO CALLÓN, *Derecho Penal*, t. II, pág. 443, e *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 67 e 70; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, pág. 64; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, págs. 110 e 111; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, pág. 159.

46 — Em MICHELE LONGO, *liv. cit.*, vol. II, pág. 399.

quilamento, já no claustro materno, por um processo de autólise do embrião, que se dissolve e é absorvido, como também pela sua mumificação ou maceração, ou calcificação, ficando, na madre, como um corpo estranho, já depois de nascido, mercê do perecimento, determinado pela sua precocidade e falta de resistência para enfrentar o ambiente externo do mundo e ter vida autônoma (47).

O inevitável resultado — **fim do feto** — mostra como é mais aparente do que real o conflito sôbre o seu conceito.

Para a teoria de CARRARA, que chama de **feticídio** ao abôrto, consiste êste “**na dolosa occisão do feto, no útero, ou na sua violenta expulsão do ventre materno, da qual resulte a morte**” (48).

Crime material, não se exaure, com o ato executivo da provocação do abôrto, e se completã tão sômente com o evento procurado — isto é, **a morte do feto**.

Sem esta, não há abôrto e sim **tentativa de abôrto**. A morte do feto encerra o **momento consumativo do abôrto** (49).

Por êsse motivo, também, não há crime, e sim **tentativa inadequada**, quando, empregados meios idôneos

47 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 141; FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte geral*, *liv. cit.*, pág. 84; ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona*, n. 264; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 696; CARLOS FONTAN BALESTRA, *liv. cit.*, págs. 64 — 65; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, págs. 110 — 111; R. GARRAUD, *liv. cit.*, t. 4, n. 1749; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 63, pág. 251.

48 — *Programma, Parte Speciale*, vol. I, § 1252.

49 — FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 85; VICENZO MANZINI, *Instituzioni di diritto penale italiano*, n. 407; ENRICO ALTAVILLA, *liv. cit.*, n. 264.

para o abôrto, se verifica o despejo de um feto morto ou se positiva uma falsa gravidação (50).

Essa teoria possui numerosos e importantes adeptos (51) e vigora, entre muitos povos, não só por dispositivos expressos dos seus códigos penais, senão também pela interpretação, dada, pela jurisprudência, aos seus respectivos textos sôbre a matéria, mormente às expressões, abortar, provocar abôrto e fazer abortar (52).

Opõe-se-lhe a teoria de TARDIEU: o abôrto provocado é um crime inteiramente distinto e autônomo do feticídio.

A sua configuração independe, em absoluto, da prova da morte do feto, fato inapurável, com frequência, "porque quase sempre o corpo expulso vem disperso e não se pode verificar a sua substância", para acertar-se a sua procedência fisiológica ou patológica.

Se a justiça não pode colhêr, para exame, a totalidade, parte ou qualquer resíduo do ser gerado expellido — o que ocorre, mormente quando se trata de fruto incipiente e de tenra idade — falta-lhe de todo a

50 — GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, pág. 141; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, pág. 196; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. III, pág. 111; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 692; FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 83; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 68.

51 — CARRARA, *Programma, Parte Speciale*, vol. I, § 1265; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones Penales Relativas al aborto*, págs. 68 e 69; EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. III, n. 403; GIUSEPPE MAGGIORE, *liv. cit.*, vol. IV, pág. 140; CARLOS FONTAN BALESTRA, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. 1º, pág. 64; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, vol. II, § 85.

52 — *Códigos Penais: Holanda*, art. 295 (BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, pág. 694); *S. Marinho e Estado de New York* (S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 162); *Suécia*, Cap. XIV, §§ 26 e segs. (EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones Penales Relativas al aborto*, págs. 68 e 69); *Alemanha*, art. 218, § 1º; *Áustria*, § 144; *Bulgária*, art. 134; *Finlândia*, cap. XXII; *Grécia*, art. 304; *Cuba*, arts. 439 a 442; *Polónia*, art. 234; *México*, art. 329.

prova física do crime, se constar o mesmo da morte do feto, e fica garantida a impunidade de delito.

A solução desse difícil problema está em considerar-se o aborto provocado **crime formal**, cuja objetividade física consiste, apenas, no **emprêgo de manobras ou outros meios para expelir o produto do concebimento**, sendo a positivação do seu uso o **corpo de delito do mesmo** (53).

Daí a clássica definição de TARDIEU:

“Aborto é a expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente das circunstâncias de idade, viabilidade e ainda de formação regular (54).

Essa definição não abrange o desaparecimento do feto na madre, modalidade de aborto vulgar hoje em dia. Exclui também a hipótese do aborto, quando o fruto da concepção é extraído, após a morte da mãe, em consequência de manobras abortivas ou por qualquer outra causa.

A doutrina de TARDIEU é seguida por eméritos criminologistas (55), sendo, outrossim, adotada por diversos códigos penais (56).

53 — CARRARA, *liv. cit.*, vol. 1º, § 1263, nota 1, fazendo forte crítica seu enunciado.

54 — *Étude médico-legale sur l'avortement*, Paris, 1881, pág. 4, em EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 67; *Derecho Penal, Parte Special*, t. II, pág. 442.

55 — R. GARRAUD, *liv. cit.*, vol. IV, n. 1741; GUILLERMO CABANELLAS, *El aborto*, pág. 159; NICO GUNZBURG, *liv. cit.*, pág. 108; EMILIO C. DIAZ, *liv. cit.*, pág. 194; TUOZZI, *L'aborto criminoso, nel Codice Penale Italiano*, em EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 69, nota 2; BERNARDINO ALIMENA, *liv. cit.*, vol. II, pág. 693; LEONIDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 45; RIBEIRO PONTES, *liv. cit.*, pág. 217.

56 — *Códigos Penais*: Mônaco, art. 305; Índias Orientais, Rumânia, Sudão, Japão, em S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 162; Áustria, art. 144; Bélgica, art. 348; China, arts. 288 a 291; Dinamarca, art. 242; Espanha, arts. 411 a 414; França, modificado Decreto-lei de 9 de

Com base num ou noutro conceito, todos os Estados civilizados prevêm e consideram crime a prática do abôrto.

9) — Abôrto para a ocultação da desonra.

A maternidade extra-legal tem o anátema da sociedade e sofre o repúdio público, que acompanha, também, a pessoa do filho.

Conceber sem o casamento para a mulher solteira ou viúva e fora do tálamo conjugal para a casada é diminuir-se, degradar-se, perante o seu meio, receber o epíteto de indigna e a punição do desprezo coletivo.

Tal falta ainda marca o rebento dessa procedência, com o indelével estigma da ilicitude da sua geração.

Por êsses motivos, é uma tragédia íntima, uma tempestade psíquica, um inferno interior a vida das gestantes, nessas condições.

Essas circunstâncias, tomadas, em aprêço, por um bom número de códigos, mormente latinos, determinam a benignidade da pena, nos crimes de abôrto, cometidos pela própria puérpera para a ocultação da sua desonra.

Algumas legislações levam, mais longe, a sua tolerância, estendendo semelhante favor aos parentes mais próximos da parturiente, atingidos, moralmente, pelas conseqüências dos erros amorosos da gestante.

julho de 1939, art. 317; Groenlândia, art. 59; Islândia, art. 216; Itália, arts. 545 a 547; Polónia, art. 226; Portugal, art. 358; Rússia, modificado a 10 de maio de 1937, art. 140; Suíça, arts. 118 e 119; Argentina, arts. 85 a 88; Bolívia, arts. 516 e 517; Colômbia, arts. 386 a 389; Chile, arts. 342 a 344; Equador, arts. 419 a 421; Guatemala, arts. 304 a 307; Haiti, art. 262; Honduras, art. 409; Nicarágua, arts. 398 a 400; Panamá, arts. 326 a 328; Paraguai, arts. 394 a 351; Peru, arts. 159 a 164; Pôrto Rico, §§ 266 e 267; República Dominicana, art. 317; S. Salvador, arts. 364 a 367; Uruguai, art. 325; Venezuela, art. 432 a 436.

São muitos os estatutos repressivos, que erigem a defesa da honra, em motivo específico do abrandamento particular da pena do crime de abôrto (57).

Desviam-se dessa diretriz as legislações de origem germânica ou anglo-saxônica (58), rumo, também, seguido pela do Brasil, cujo atual código ignorou, no ordenamento do crime de abôrto, a escusa minorativa do encobrimento da desonra.

10) — Abôrto no direito brasileiro.

No Código Criminal de 1830, havia duas modalidades de abôrto: **consentido** (59) e o abôrto sofrido (60)

Não cogitava do abôrto **procurado**.

Nêle, a pena recaía, unicamente, sôbre terceiro, que realizasse o abôrto — com ou sem o consentimento da parturiente — livre esta de repressão, em qualquer hipótese.

No Código de 1890, eram diferentes as espécies de abôrto.

Admitia o abôrto, com ou sem expulsão do fruto da

57 — *Turco*, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 87; *espanhol*, art. 414; *italiano*, art. 551; *português*, art. 358, § 3º; *boliviano*, art. 517; *colombiano*, art. 389; *chileno*, art. 344; *cubano*, art. 444; *equatoriano*, art. 429; *gualtemaltense*, art. 305; *hondurense*, art. 411; *mexicano*, art. 332; *nicaraguense*, art. 400; *panamenho*, art. 330; *paraguaio*, art. 353; *venezuelano*, art. 436.

O Código Penal Islandês (12 de fevereiro de 1942) não contempla a defesa da honra, como causa particular da suavização da pena, no crime de abôrto. Tem, porém, a respeito uma regra geral, em que ela está incluída. Punindo, no art. 216, o abôrto próprio, com detenção simples, admite que, "NOS CASOS DE CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARMENTE ATENUANTES, deixe a pena de ser aplicada".

58 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 87.

59 — Art. 199, 1ª parte.

60 — Art. 199, 2ª parte.

concepção, sendo a pena maior, na primeira hipótese (61); o aborto consentido (62) e o aborto procurado, com pena especialmente atenuada, se cometido para ocultar a desonra própria (63).

Qualificava o aborto sofrido, com o evento da morte da mulher (64).

Exasperava a pena, quando provocado o aborto, por agente munido de título científico (65).

Erigia em legal o aborto "para salvar a gestante da morte inevitável", na prática do qual punia, por imperícia ou negligência, o médico ou parteira, que ocasionasse a morte da puérpera (66).

O Código de 1940 traça as seguintes formas de aborto: o aborto procurado (67), o aborto sofrido (68) e o aborto consentido (69).

Qualifica o aborto, com o aumento de um terço das penas, quando efetuado por outrem, excluindo da medida a pejada, se, "em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave", e as duplica, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (70).

Descrimina o aborto, procedido por médico, como meio único de salvar a vida da gestante (71), e "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal" (72).

61 — Art. 300.

62 — Art. 301.

63 — Art. 301, § único.

64 — Art. 300, § 1º.

65 — Art. 300, § 2º.

66 — Art. 302.

67 — Art. 124, 1ª parte.

68 — Art. 125.

69 — Arts. 124, 2ª parte, e 126.

70 — Art. 127.

71 — Art. 128, nº I.

72 — Art. 128, nº II.

11) — Figuras vigentes do abôrto: A) — Abôrto procurado. B) — Abôrto sofrido. C) — Abôrto consentido.

Definindo o crime de abôrto, nos seus diversos aspectos, o Código usa, sempre, a expressão — “provocar abôrto” (73).

Provocar significa “fazer nascer, promover, originar, produzir, ocasionar, dar causa a” determinado acontecimento.

Êste o sentido léxico (74) e jurídico (75) do aludido verbo.

O abôrto, crime material, depende do dano, que colima — a interrupção do ciclo fisiológico da gravidez, com a morte do feto, dentro ou fora do útero.

Provocar abôrto é, portanto, DAR CAUSA À MORTE DO FRUTO DA CONCEPÇÃO, no interior da madre, ou após a sua expulsão da mesma, pelo emprêgo de meios idôneos para êsse fim.

Apreciemos, agora, cada maneira de ser do crime de abôrto.

O abôrto procurado é o auto-abôrto, causado pela própria mulher, a quem cabe, sòzinha, o implemento físico, a execução material do delito (76).

Ê a pejada o único agente material do crime.

Pode ter ajuda psíquica, na sua prática.

Havendo esta, ocorrerá um concurso de agentes.

73 — Arts. 124, 125 e 126.

74 — *Aulete, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, vol. II, pág. 1429; Hildebrando de Lima e Gustavo Barroso, Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 7ª ed., pág. 1016.*

75 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal, vol. V., pág. 251; JORGE SEVERIANO, liv. cit., 3º vol., pág. 100.*

76 — Art. 125.

A interferência dos co-réus não se prende, porém, à fase consumativa, ao momento culminante da infração.

Liga-se ao período anterior, exteriorizando a participação moral — induzir ou instigar a sua realização — ou mesmo material — fornecimento dos meios necessários, instrução sobre o seu manejo, ou qualquer outro meio, que facilite ou possibilite o delito (77).

“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a êste cominadas” (78), as quais são para todos os co-participes de detenção de um a três anos (79).

O abôrto sofrido ou abôrto da dissensiente é o produzido por terceiro, contra a vontade da mulher prenhe, ou à sua revelia (80).

Caracteriza-o a ausência real ou presumida do consentimento da gestante.

Dá-se a ausência real do consentimento, quando, manifestada pela gestante a sua repulsa ao emprêgo dos meios abortivos, lhe é imposta a sua aplicação, “mediante fraude, grave ameaça, ou violência” (81).

O vício de origem — fraude, grave ameaça ou violência — anula e torna inexistente a concordância da pejada.

Na verdade se opera o abôrto, SEM O SEU CONSENTIMENTO.

Fraude é todo o ardil ou artifício para levar outrem a êrro.

O ardil consubstancia o êrro psíquico.

O artifício representa o êrro material.

77 — FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 89.

78 — Art. 25.

79 — Art. 124.

80 — Art. 125.

81 — Arts. 125 e 126, § único.

A propinação de beberagem provocadora de abôrto, como remédio para qualquer doença, é **artifício**, é **fraude material**.

O convencimento da mulher de que não se acha pejada, com a indução a procedimento incompatível com o seu estado fisiológico, determinante do abôrto, é **ardil**, é **fraude intelectual**.

Grave ameaça constitui a **violência moral**. Consiste em meter mêdo à gestante, ameaçando-a de mal ponderável e intenso, a ser-lhe feito ou à pessoa da sua especial afeição, para que permita ela o abôrto.

Violência é a obtenção da **conformidade** da grávida com o abôrto, pelo emprêgo da fôrça física.

Há ausência **presumida** de consentimento, “se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou **débil mental**”, pela sua incapacidade jurídico-penal para concedê-lo (82).

Ainda há ausência **presumida** de consentimento, quando se recorre a meios para obtenção do abôrto, à **revelia da gestante, ou ignora ela o seu estado** — situações de fato — que afasta o concurso da sua vontade, no consentimento criminoso.

Em tôdas essas hipóteses, dá-se o abôrto, **sem o consentimento da gestante**, crime que, por significar maior gravame para a mulher, é punido, com a reclusão de três a dez anos, com maior vigor, portanto, de que as outras demais espécies (83).

O abôrto **consentido** (84), praticado por outra pessoa, com **ciência e aprovação** da gestante, mostra-se, sob dupla face: a primeira, conivência da mulher em

82 — Código Penal, art. 126, § único.

83 — Código Penal, art. 125.

84 — Código Penal, art. 124, 2ª parte.

prestar-se à intervenção do abôrto, aderindo a desígnio alheio, como seu mero objeto, sem interferir, de modo algum, no seu processo (85), e a segunda, execução do abôrto (86) a cargo do seu autor material. (Marido, amante, parteira) (87).

São ambos réus de abôrto **consentido**, mas com a pena diferente para cada qual, violado o cânon do art. 25 do Código Penal.

A mulher atribui-se a pena de um a três anos de detenção, a mesma do abôrto procurado (88) e ao co-autor a pena de um a quatro anos de reclusão (89).

12) — Abôrto qualificado.

A lei exime da qualificação o abôrto **procurado** (90).

Submete à qualificação apenas o abôrto **sofrido** (91) e o abôrto **consentido** (92), prescrevendo que as suas penas “são aumentadas de um têrço, se, em consequência do abôrto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte” (93).

Não qualifica o abôrto a produção de lesões leves (94). Só a de lesões graves (95).

O abôrto, operação obstétrica, acarreta, naturalmente, lesões do útero, mesmo graves, consideradas como **necessárias** ao seu cometimento, as quais não o qualificam.

85 — Art. 126.

86 — Art. 125.

87 — Art. 126.

88 — Art. 124.

89 — Art. 126.

90 — Art. 124.

91 — Art. 125.

92 — Art. 126.

93 — Art. 127.

94 — Art. 129.

95 — Art. 129, §§ 1^a e 2^o.

Têm êsse feito, unicamente, as lesões extraordinárias, compreendendo as infecções, os abcessos, etc.

Tanto essas lesões extraordinárias, como a morte da gestante, não são queridas, nem mesmo eventualmente, pelo agente.

Mas cabe-lhe a responsabilidade, como crimes preterintencionais ou qualificados pelo resultado, provenientes do abôrto.

Apurando-se o dolo, mesmo eventual, surge o concurso de crimes — o de abôrto e o de lesão corporal grave ou de homicídio.

No abôrto procurado, o co-autor intelectual não será reprimido pelo crime de abôrto, e sim pelo de lesões corporais culposas ou de homicídio culposo (96).

- 13) — Elementos do crime de abôrto: — A) — A gravidez da mulher. B) — A ação interruptora dêsse estado fisiológico. C) — A morte do feto. D) — O dolo.

Para que exista o crime de abôrto é necessária a reunião dos seguintes elementos essenciais: a) — a gravidez da mulher; b) — a ação interruptora dêsse estado fisiológico; c) — a morte do feto; d) — o dolo.

A) — A gravidez da mulher.

É pressuposto do crime (97).

B) — A ação interruptora do estado fisiológico de gravidez.

96 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Vol. V; n. 70; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, n. 825; ROBERTO LYRA, *liv. cit.*, XIX; BENTO DE FÁRIA, *liv. cit.*, vol. III, pág. 69.

97 — V. n. 2.

O abôrto é crime de ação ou comissão. Não se o prática, mediante omissão.

Aquela deve causar a suspensão da prenhez: é o emprêgo de meios aptos para êsse objetivo, os quais se classificam em **químicos** ou **medicamentosos**, **físicos** (**mecânicos**, **térmicos** ou **elétricos**) e **psíquicos** ou **bio-dinâmicos** (**terror**, **sugestão**, etc.).

O seu valor pertence ao departamento da Medicina Legal.

C) — **A morte do feto.**

O crime de abôrto completa-se com a morte do óvo humano, em qualquer fase da sua evolução, dentro ou fora da cavidade uterina (98).

D) — **O dolo.**

Verifica-se o dolo, quando o agente quis a morte do feto, ou assumiu o risco de produzi-la (99).

Interrompida a gravidação, com finalidade diversa da morte do feto, dá-se outro crime, que não o abôrto, conforme as circunstâncias.

E se o resultado em tais condições fôr o abôrto procurado, não há lugar para crime de qualquer natureza.

O abôrto pode ser produzido, pela culpa da grávida ou de outrem, como médico ou parteira (100). A nossa lei penal não incrimina semelhante fato.

98 — V. n. 6, *Legitimidade e incriminação do abôrto; objetividade jurídica do abôrto.*

99 — *Código Penal*, art. 15.

100 — EUSEBIO GOMEZ, *liv. cit.*, t. II, pág. 416; SEBASTIAN SOLER, *liv. cit.*, t. III, pág. 116; FRANCESCO ANTOLISEI, *liv. cit.*, pág. 38.

14) — **Tentativa.**

É incontestável a existência da figura da tentativa do abôrto, em tôdas as suas modalidades, visto tratar-se de crime de dano, punível, sòmente, pelo seu resultado — a morte do feto.

Apesar da sua plena admissibilidade, leis (101), autores (102) excluem da repressão a tentativa do auto-abôrto para evitar o prejuízo à honra e ao sossêgo das famílias, causado pelo escândalo da sua perseguição, como, também, pela extrema dificuldade da sua prova.

O nosso Código não versa o assunto, especificamente, deixando-o compreendido, na sua regra genérica (103).

Dáí se infere a admissibilidade da tentativa, também, no crime de abôrto, produzido, pela grávida, em si própria (104).

15) — **Abôrto necessário:** A) — Seus fundamentos jurídicos. B) — Projeção do abôrto necessário na lei penal. C) — Exercício do abôrto necessário. D) — Modalidades do abôrto necessário. E) — Abôrto necessário cometido por leigo.

Abôrto necessário, também chamado médico, obstétrico, cirúrgico ou terapêutico, é o esvaziamento ute-

101 — CÓDIGOS PENAIS: *Argentino*, art. 88; *Português*, art. 358, § 2º.

102 — CARRARA, *Programma, Parte Special*, vol. I, §§ 1268 e 1269 e seus adeptos.

103 — *Código Penal*, art. 12, n. II.

104 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 71; GALDINO SIQUEIRA, *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, t. I, n. 826.

rino, praticado de emergência por médico, como ÚNICO meio de salvar a vida da gestante (105).

Baseia-se na primazia da existência extra-uterina da pejada — positiva, certa e de utilidade real — sobre a existência pré-natal do feto, de efeitos exteriores problemáticos e ainda simples sobrecarga dos interesses coletivos.

A lei sanciona o sacrifício da vida do feto-filho para a garantia da vida da mãe, nos casos de formal e absoluta oposição entre as duas, criada por grave perigo da prenhez, inafastável por outro meio, além da sua interrupção artificial.

Apresentam-se tais casos, “quando a grávida correr risco imediato de morte: a) — por efeito da própria gravidez (casos de fetos volumosos, etc.); b) — por sua constituição orgânica (casos de bacias apertadas em extremo, ou anormais, etc.); c) — por sofrer de doença que possa ser agravada (cardiopatias avançadas, determinadas tuberculoses, anemia profunda, etc.); d) — por nela se verificarem repetidamente certas manifestações mórbidas, arrastando graves inconvenientes, etc.” (106).

Sofrem fortes impugnações os casos de abôrto necessário, havendo manifesta tendência em restringi-los, ante os progressos da cirurgia e as conquistas da medicina.

LEGRAND DU SAULLE, apoiado em TARDIEU, cataloga, como tais, apenas os estreitamentos e as deformidades das bacias alongadas, os tumores, que não podem ser nem extraídos, nem deslocados, a abertura

105 — *Código Penal*, art. 128, n. 1.

106 — DR. ASDRUBAL DE AGUIAR, *liv. cit.*, pág. 213.

da vagina, as hidropsias, os desvios do útero, as hemorragias e certos casos de convulsão (107).

A. ALMEIDA JÚNIOR reduz o abôrto necessário, em que “o médico, para não matar duas pessoas por omissão, mata uma por comissão”, aos casos graves de vômitos incoercíveis, de coréia gravídica, de estenose mitral, de estado epiléptico, etc. (108).

Em substancioso discurso, o MONSENHOR ARRUDA CÂMARA, considerando que “a cesareana e outras intervenções colocaram a embriotomia sob a rubrica do feticídio”, nega tôdas as indicações do abôrto necessário, até mesmo os “casos de toxemia gravídica com vômitos incoercíveis e estenose mitral com grande insuficiência cardíaca” (109), geralmente aceitos.

A) — Seus fundamentos jurídicos.

Os partidários do abôrto necessário justificam a sua legitimidade, para despi-lo de qualquer incriminação, com diversos fundamentos jurídicos: direito nascido da profissão médica, obtenção de um fim juridicamente reconhecido — a cura da mulher; meio adequado para o conseguimento de um fim reconhecido pelo Estado (110); o costume (111); estado de necessidade; legítima defesa.

São os dois últimos os mais correntes.

Na legítima defesa, tem-se a vida da mãe, como ameaçada, na sua integridade física, pela vida do feto.

A conservação da primeira justifica a eliminação da segunda.

Todavia, nenhuma agressão faz o feto à gestante,

107 — *Liv. cit.*, pág. 265.

108 — *Liv. cit.*, pág. 309.

109 — *Revista Eclesiástica Brasileira*, vol. 10, pág. 439.

110 — F. VON LISZT.

111 — OPENHEIM e STOOS.

desenvolve-se, no útero dela, dentro do seu direito à vida. E quem exerce um direito não viola o direito de outrem.

Se agressão houvesse, a repulsa à mesma, para ser jurídica e inocentar a morte do feto, teria de ser atual, isto é, no momento da sua concepção.

Fora dêsse limite, é extemporânea e absurda.

Surge, então, a teoria do **estado de necessidade**, como base da licitude do abôrto médico.

Quando a pejada periga na sua existência, em função da prenhez, há um conflito de bens de valor desigual — a vida da mãe e a vida do produto da concepção.

O bem de **maior** importância é a vida da mãe, fruto já sazonado, ser com vida consciente, e cuja vida tem profunda eficácia sôbre outras vidas, que assume o caráter de um direito adquirido. O bem de menor importância é a vida do produto da concepção, vida inconsciente, puramente fisiológica, vida intra-uterina, vida de uma individualidade ontogênica e biológica. vida, enfim, do **HOMEM FETAL**, espécie de expectativa de direito, que ainda não é verdadeiro homem (112).

Essa a opinião dominante, prestigiada com o impressionante exemplo do genial Napoleão Bonaparte, num desesperado episódio da sua deslumbrante e tormentosa carreira.

Para possuir um herdeiro do seu nome, do seu trono e do seu poder, o Imperador, no fastígio da sua glória, renunciando aos seus sentimentos, repudiou a Imperatriz Josefina e esposou a arquiduquesa austríaca Maria

112 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 88 — 94; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, pág. 111; S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 209; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 72; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, pág. 46; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, pág. 73; GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, n. 827.

Luiza, que lhe deu o ambicionado filho, a 19 de março de 1811.

O parto ocorreu com dificuldades.

Surpreendendo-as e pesando a enorme responsabilidade do médico, M. Dubois, que o assistia, disse-lhe Napoleão para tranquilizá-lo:

“O vosso procedimento deve ser como se se tratasse do nascimento do filho de uma mercadora da Rua São Denis.

Se não puderdes dominar a situação, dentro das regras da natureza, **salvai a mãe, acima de tudo**” (113).

Esta solução da preferência da vida da árvore sobre o fruto recebe cerrada censura da Igreja.

Ardorosamente se lançam contra ela os médicos e os juristas católicos, colocando-se em ponto de vista diferente: o abôrto **diretamente** provocado nunca é lícito.

Eis a sua palavra oficial, na ENCÍCLICA DO MATRIMÔNIO CRISTÃO, de PIO XI:

“NÃO MATAR”

“64. No que respeita, porém, a “indicação médica e terapêutica — para nos servirmos das suas palavras — já dissemos, veneráveis irmãos, quanta **compaixão** sentimos pela mãe a quem o cumprimento do seu dever natural expõe a graves perigos da saúde e até da própria vida: mas que causa poderá jamais bastar para desculpar de algum modo a morte direta do inocente? Porque é desta que aqui se trata. Quer a morte seja infligida à mãe, quer ao filho, é contra o preceito de Deus e a voz da

113 — THIERS, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, em S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 212.

natureza: “não matar” (Ex. 20, Cf. Decr. Santo Ofício, 3 maio 1898, 24 julho 1895, maio 1884). A vida duma e doutro é de fato coisa igualmente sagrada, que ninguém, nem mesmo o poder público, terá jamais o poder de destruir. Insensatissimamente se faz derivar contra os inocentes o direito do gládio que não tem valor senão contra os culpados, também de maneira nenhuma existe aqui o direito de defesa até ao sangue contra o injusto agressor (pois quem chamará injusto agressor a uma criancinha inocente?), nem tão pouco o chamado direito de extrema necessidade, que pode ir até a morte direta do inocente. Os médicos que têm probidade e ciência profissional louvavelmente se esforçam por defender e conservar ambas as vidas, a da mãe e a do filho; pelo contrário, mostrar-se-iam indigníssimos do nobre título e da glória de médicos aquêles que, sob a aparência de arte médica ou movidos de mal-entendida compaixão, se entregassem a práticas assassinas” (114).

Instaurada a incompatibilidade, na gravidez, entre a **vida adulta** da mãe e a **vida do feto**, o dever do médico é esforçar-se pela manutenção de ambas, jamais podendo eliminar **uma**, em detrimento da **outra**.

Em semelhante conjuntura, é função da natureza conservar as **duas vidas** em risco, destruir o **filho** ou matar a **mãe**.

Delas ninguém sabe qual, na verdade, a mais **útil**, a mais **conveniente** e a **melhor** para o mundo.

A vida de **qualquer** dos vultos exponenciais da es-

pécie — Pasteur, Marconi, Einstein — teria acaso valor menor do que a da sua mãe?

Tôdas as vidas são iguais e vêm de Deus: merecem por isso igual acatamento e reverência (115).

“Com relação ao feto ectópico — explica o Monseñhor Arruda Câmara — vigoram as mesmas normas de direito, de ética, de moral e religião, que nos casos de gravidez normal. A extração do feto morto em favor da mãe, e a laparotomia em favor do feto vivo e viável, são processos lícitos. Em caso de feto não viável, não é lícito ocasionar diretamente sua morte, ou o abôrto. Cumpre internar a paciente em Casa de Saúde, pondo em prática a chamada “expectação armada” até que o feto se torne vitável ou se tenha certeza moral de sua morte, para poder intervir (Dr. Clement, o. c. pág. 69).

O Professor Moreira da Fonseca declara: “Consegui reunir na literatura médica 150 casos de gravidez ectópica, descritos por diversos autores, e que foram levados a têrmo. Dêstes, quatro são do Professor Pinard, que refere já se encontravam os nascidos com 5, 10 e 15 anos. Relata ainda M. da Fonseca um caso levado à Academia pelo Professor Lincoln de Araújo, em que pela laparotomia salvou o feto ectópico de 8 meses e depois, verificando a existência de um gêmeo uterino, também o extraiu vivo. O ectópico-tubário sobreviveu, o uterino morreu depois de 4 a 5 dias!” (116).

Por isso, a Igreja só tolera o abôrto terapêutico

115 — SOUSA LIMA, *liv. cit.*, pág. 739; TANNER DE ABREU, *Jurisprudência Médica*, 1938, pág. 114; MONSENHOR DEPUTADO ARRUDA CÂMARA, *Revista Eclesiástica Brasileira*, vol. 10, fasc. 2, págs. 420 — 424.

116 — *Revista citada*, pág. 423.

indireto, sem intenção de matar, em que o extermínio do feto provém, por via de consequência, de tratamento lícito e necessário da gestante (117).

B) — Projeção do abôrto necessário, na lei penal.

A convicção da legitimidade do abôrto necessário reflete-se, abertamente, no direito penal positivo.

A sua admissibilidade ora é objeto da obra da jurisprudência, tutelando-o com o preceito geral da eximente do estado de necessidade (118), ora merece a consagração definitiva, em regra própria da parte especial dos Códigos Penais ou das suas leis suplementares (119).

C) — O exercício do abôrto necessário.

Em diversas legislações, o exercício do abôrto necessário fica condicionado ao consentimento da puérpera ou do seu representante legal, se incapaz, ou fora de condições materiais para expressá-lo (120).

O consentimento da gestante é vicioso, pela sua situação de angústia e dor.

Pode, também, relutar em proferi-lo, retardando, com a sua demora, a intervenção, de maneira a com-

117 — MONSENHOR ARRUDA CÂMARA, Rev. cit., pág. 421.

118 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 98.

119 — Alemanha (lei de 26 de junho de 1936); Canadá, sec. 306, 2º; Nova-Iorque, sec. 191; Suécia, (lei de 17 de junho de 1933); Letônia, (lei de 22 de dezembro de 1937); Islândia, (lei de 28 de janeiro de 1935), Inglaterra — *Ofenses Against the Person act.*, 1861, 24 e 25, v. c. 100; (BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, vol. III, pág. 74); Tasmânia, sec. 165; distrito de Colúmbia, sec. 869 (EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, pág. 100); França (Decreto-Lei de 29 de julho de 1939), art. 87; Grécia, art. 304; Suíça, art. 120; Polónia, art. 233, a; Rússia, art. 140; Argentina, art. 86, 1º; Costa Rica, art. 199; Cuba, art. 443, A; México, art. 334; Nicarágua, art. 399; Uruguai, art. 344; Venezuela, art. 435; Brasil, art. 128; Peru, art. 163.

120 — Argentina, art. 86, 1º; Peru, art. 163; Uruguai, art. 328; 3º; Grécia, art. 304, n. 5; Suíça, art. 120.

prometer o seu êxito. E o dos parentes presta-se a tergiversações e negaças, por interêsses sucessórios.

Desaconselhada a sua exigência.

Em outras, a operação do abôrto necessário está sujeita à audiência de um colega, quando possível (121), a aviso à autoridade pública e sua consequente permissão (122), ou a ambas essas formalidades, além da anuência da grávida (123), ou a formação de uma junta médica, de que participe um representante oficial, cuja deliberação é reduzida a têrmo (124).

Na sua maioria, porém, o médico é o EXCLUSIVO JUIZ da **necessidade** e do **momento** da interrupção da gravidez e do processo a empregar para alcançá-la, como ÚNICO meio de salvar a vida da mãe, com a perda da existência do feto (125).

É um ato de consciência e de fôro interior, que deve executar, sob a sua responsabilidade individual, conforme o seu modo de pensar e de acôrdo com a deontologia da sua profssão.

Êste, o regime do Brasil.

Assim, era no Código Penal de 1890 (126).

Assim, continua a ser no atual (127).

D) — **Modalidades do abôrto necessário.**

O abôrto terapêutico ordinário limita-se à interrupção artificial da prenhez, como meio de obter o seu fim — o extermínio do feto, dentro ou fora da madre.

Nas distócias, porém, apresenta-se, muitas vêzes, a

121 — México, art. 334; Grécia, art. 304, n. 4.

122 — Costa Rica, art. 199.

123 — Código Suíço, art. 120.

124 — França (Decreto-lei de 29 de julho de 1939), art. 87.

125 — Nicarágua, art. 399; Paraguai, art. 352; Polónia, art. 233, a; Rússia, art. 140; Venezuela, art. 435.

126 — Art. 302.

127 — Art. 128, n. I.

necessidade da **imolação prévia** do feto, da sua anterior occisão — **morte proposital**, no útero, para em seguida se dar a sua retirada — verdadeiro abôrto terapêutico extraordinário.

Denomina-se **embriotomia** ou **craniotomia** a operação para reduzir ou mutilar o feto.

Uma das suas indicações formais é a apresentação de ombro irreduzível.

Absiotripsia é uma **embriotomia cefálica**, destinada a reduzir ao máximo o volume do crânio, com o seu esmagamento.

Tem lugar, por exemplo, nos casos de **hidrocefalia** — em que a criança nasce, na realidade inviável e é em geral um monstro — de parto gêmeo, com encravamento das duas cabeças, quando se impõe o sacrifício do primeiro gêmeo (128).

A Igreja condena a embriotomia, para conservar a vida da mãe, até de feto ectópico ou desenvolvido fora do útero.

“Com relação ao feto ectópico, vigoram as mesmas normas de direito, de ética, de moral e de religião, que nos casos de gravidez normal.

A extração do feto morto em favor da mãe e a laparotomia em favor do feto vivo e viável são processos lícitos. Em caso de feto não viável, não é lícito ocasionar diretamente sua morte ou o abôrto. Cumpre internar a paciente em Casa de Saúde, pondo em prática a chamada “**expectação armada**”, até que o feto se torne vitável ou se tenha certeza moral da sua morte, para poder intervir” (129).

128 — S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 223, nota I.

129 — MONSENHOR DEPUTADO ARRUDA CÂMARA, *Rev. cit.*, pág. 434.

E) — **Abôrto necessário cometido por leigo.**

O abôrto terapêutico é privativo do médico, eis uma constante nas legislações repressivas (130).

Se em meio inculto, como ocorre no interior do Brasil, em cujas recônditas comarcas o juiz de direito exerce a medicina, pela fôrça das circunstâncias e levado por sentimentos nobres e altruísticos, alguém realizar um abôrto necessário, para resguardo da vida da mãe, nenhum crime comete.

Cobre o seu ato a eximente geral do estado de necessidade (131), no entendimento dos mestres de fama, como SEBASTIAN SOLER, (132) GUILLERMO CABANELLAS (133) e o Professor ROBERTO LYRA (134).

No nosso parecer, semelhante fato não origina o crime de abôrto, pela ausência de malícia, pela falta de dolo.

16) — **Abôrto sentimental ou da estuprada.**

Na ocupação da França e da Bélgica, pelos alemães, na Primeira Grande Guerra, de 1914 a 1918, muitas e frequentes foram as concepções de mulheres aliadas, em virtude de estupro de soldados germanos invasores.

Essa maternidade violentada, oriunda de inimigos detestados, foi tida, pelas suas portadoras, como uma genuína maldição, dentro do paroxismo patriótico dominante.

Julgaram-se, por isso, com o direito de eliminar o

130 — *Código Penal*, art. 128, n. I.

131 — *Código Penal*, art. 20.

132 — *Liv. cit.*, vol. III, pág. 127.

133 — *Liv. cit.*, pág. 108.

134 — *Liv. cit.*, n. 185.

filho, impôsto às suas entranhas, pela fôrça brutal e selvagem, e objeto permanente da sua revolta e da sua humilhação.

A justiça absolveu-as, proclamando sem crime o seu procedimento.

O fenômeno apaixonou o mundo, naquela fase histórica de exaltação generalizada, dividindo-se a ciência jurídica, em dois setores, no tocante à sua apreciação.

Para um “seria iníquo obrigar a mulher violentada a aceitar uma maternidade odiosa, que desse vida a um ser, que lhe recordasse, perenemente, o horrível episódio da violência sofrida”.

Para o outro “a origem criminosa de uma vida não podia legitimar, do ponto de vista ético, a sua destruição, cabendo ao Estado cuidar dos filhos, cuja criação não podia ser imposta à mulher”. E reforçava a sua tese, com as dificuldades da prova da violência alegada e o perigo de socorrer-se do princípio tôda vítima de prenhez indesejada, proliferando, então, as queixas falsas (135).

Prevaleceu a corrente do amparo à mulher poluída e profanada, em diversos diplomas repressivos, com a instituição da entidade criminal do abôrto necessário da estuprada (136).

135 — EUGENIO CUELLO CALÓN, *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 113 — 122; GUILLERMO CABANELLAS, *liv. cit.*, págs. 124 e 206; NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 73; GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, n. 828; BENTO DE FARIA, *liv. cit.*, pág. 77; LEONÍDIO RIBEIRO, *liv. cit.*, págs. 62 — 70.

136 — Polónia (17 de julho de 1932), art. 233, b; Cuba, (4 de abril de 1936), art. 443, b; Uruguai (4 de dezembro de 1936), art. 328, 2º; Equador (22 de março de 1938), art. 423, 2º; Brasil (Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940, art. 128, n. II); Grécia (17 de agosto de 1950), art. 304, n. 5.

Essa política criminal só se justifica na Polônia, cujas mulheres vivem, continuamente, expostas a atentados sexuais em massa, semelhantes aos ocorridos na França e na Bélgica, naquela época, mercê de repetidas invasões do seu território, pelos seus inimigos vizinhos.

A sua aceitação, pelos países sul-americanos individuados, revela, na sua essência, pronunciada sensibilidade aos problemas de outras gentes.

O dispositivo do Código Penal — “**não se pune o aborto praticado por médico, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal**”, (137) muito semelhante ao dos demais códigos indicados, é de rara infelicidade e de difícil ou quase impossível observância.

Falta regulamentação para a prática da grave faculdade conferida ao médico.

Quando e como pode e deve êle efetuar o aborto?

Mediante o julgamento do estupro, crime antecedente ou pressuposto do aborto?

— O seu processo exige tempo superior ao da gestação.

Torna-se inútil a letra da lei.

Em qualquer período da prenhez, e confiado unicamente na palavra da mulher?

É tornar a vítima o único juiz da operação autorizada, como conveniente e lícita, e abrir uma fonte de ominosas levezas e segura impunidade para muitos abortos.

Basta salientar uma circunstância: apurada, afinal, a improcedência da queixa sobre o estupro, o abor-

137 — Art. 128, n. II.

to, cometido à sua sombra, fica absolutamente insusceptível de qualquer repressão, **pela boa fé do médico, seu executor**. Nêle não há delito.

A lei devia traçar um processo preliminar rápido para o exame e ajuizamento sumário da inculpação do estupro — causa do abôrto — como ocorre com a prisão preventiva.

Deixá-lo entregue às sugestões e conselhos judiciários, por mais sábios e prudentes, que sejam, é confiá-lo ao **arbítrio** pessoal do médico, senhor, nessa conjuntura, de admitir ou não o estupro, tese alheia à sua profissão, para depois perpetrar o abôrto.

Ainda outros defeitos inquinam a regra comentada.

Nos casos de incesto, quando o pai estupra a filha menor de 14 anos, engravidando-a, aberração mais vulgar de que se pensa, quem dá o consentimento para o abôrto?

A cópula com mulher menor de quatorze anos, máxime virgem ou de bom procedimento, é estupro presumido (138).

E se o concúbito é a consumação de um grande amor, sobrevinda a prenhez, o filho, ao invés da sombra do inferno de um sofrimento aviltante, é uma doce e grata lembrança, de cuja companhia a mãe não se quer privar.

Entretanto, compete, então, ao seu pai dar o consentimento para o abôrto.

Proferido o mesmo, o abôrto é, em última análise, realizado **contra a vontade da gestante**.

É isso justo?

O direito pode ficar em conflito com a razão?

138 — Código Penal, arts. 213, 224, a.

O espírito da lei é cancelar com o abôrto o estupro material, a cópula brutalizada.

Em semelhante hipótese, até a Igreja concorda com o abôrto, em desagravo da opressão sofrida pela mulher, “contanto que seja, sem demora, isto é, nas primeiras horas depois do coito, porque no caso há a defesa contra o injusto agressor ou equivalente. (Tanguerey, *Sinopsis Moralis*, pág. 200)” (139).

São dêsse jaez os coitos bestiais e fecundantes dos bandoleiros e bandidos dos nossos altos sertões com senhoras e moças espavoridas, que servem de pasto à sua concupiscência desenfreada, os quais se passam, em lugares, em que não existe médico para interromper a sua revoltada gravidez.

O art. 128, n. II, do nosso Código Penal é um dispositivo inoperante e sem eficácia.

17) — Abôrto eugênico.

A eugenia tem como dogma a hereditariedade mórbida.

As taras, as degenerescências, certas moléstias graves transmitem-se de pais a filhos, representando tais **sêres doentes e anormais** carga morta para a sociedade, que só interêsse tem na sua prévia eliminação, através do **abôrto**.

A êles próprios — fadados à miséria, vicissitudes e à existência de dor e sofrimento — convém, antes, fugir ao mundo do que enfrentá-lo, com o seu nascimento.

O abôrto eugênico é o efetuado, com uma finalidade eugenésica.

“Há casos — exclamava M. Alfred Naquet — em

139 — MONSENHOR DEPUTADO ARRUDA CÂMARA, *Rev. cit.*, pág. 421.

que me parece o abôrto não sòmente um dever, mas mesmo um direito em qualquer meio social.

É quando se trata de expulsar o fruto malsão de um tuberculoso, de um sífilítico, de um alcoólico, de um louco (Chron. méd., 1909, pág. 119)” (140).

Essas idéias tiveram o seu lançamento, no direito penal, no anteprojeto do Código Suíço, de 1916, e penetraram, pela primeira vez, no direito escrito, no Código Penal Argentino, de 29 de outubro de 1921, cujo art. 86, n. 2º, considera impunível “o abôrto praticado por um médico diplomado, se a gravidez provém de uma **violação** ou de um **atentado ao pudor**, cometido sôbre uma mulher idiota ou demente”.

Em tal hipótese, o consentimento do seu representante legal deve ser solicitado para o abôrto.

O texto refere-se, sòmente, ao **abôrto eugênico**, no entendimento de EUSEBIO GOMEZ (141), SEBASTIAN SOLER (142); EMILIO C. DIAZ (143) e EUGENIO CUELLO CALÓN (144).

A lei dinamarquesa, de 18 de maio de 1937, permite o abôrto, “quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal”.

Seguem-lhe os passos as leis da Letônia, de 26 de junho de 1935, da Estônia, de 27 de dezembro de 1936, e da Islândia, de 18 de janeiro de 1938 (145).

140 — S. DU MORIEZ, *liv. cit.*, pág. 221.

141 — *Liv. cit.*, n. 414.

142 — *Liv. cit.*, pág. 129.

143 — *Liv. cit.*, n. 392.

144 — *Questiones penales relativas al aborto*, págs. 121 e 122.

145 — GALDINO SIQUEIRA, *liv. cit.*, n. 829.

No continente americano, o Código Penal de Cuba, de 4 de abril de 1936, proclama isento de responsabilidade criminal o abôrto, provocado "com a anuência dos pais, quando tenha o propósito de evitar a transmissão ao feto de uma enfermidade hereditária ou contagiosa, de caráter grave" (146).

O nosso Código Penal não revestiu de legalidade o abôrto eugênico, como fêz com o abôrto terapêutico e o abôrto sentimental ou da estuprada.

Procedimento merecedor de aplausos.

A **eugenia** consiste "num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado".

Pode ser perfeitamente hígido e são (147).

18 — Exames médico-legais.

O abôrto, nas suas múltiplas modalidades, ocasiona sérias questões médico-legais, objeto de perícias técnicas, para cada espécie, cuja investigação compreende: a) — a existência da gravidez; b) — se houve abôrto; c) — a época do abôrto; d) — os meios empregados para provocá-lo; e) — a presença de lesões e a sua natureza; f) — se foram produzidas pelas manobras para a consecução do abôrto (148); g) — se não havia outro meio de salvar a vida da gestante (abôrto praticado por médico); h) — se a gestante é alienada ou débil mental; i) — se houve morte; j) — se a morte foi precedi-

146 — Art. 443, C.

147 — NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, vol. V, n. 74; A. ALMEIDA JÚNIOR, *liv. cit.*, pág. 311.

148 — A. ALMEIDA JÚNIOR, *liv. cit.*, págs. 313 e 315.

da de provocação de abôrto; l) — qual o meio empregado para provocar o abôrto; m) — qual a causa da morte; n) — se a morte da gestante sobreveio em consequência do abôrto ou do meio empregado para provocá-lo (149); o) — condições de vida e desenvolvimento do feto; p) — lesões do feto (150).

149 — PROF. HÉLIO GOMES, *liv. cit.*, págs. 484 — 486.

150 — FLAMÍNIO FAVERO, *liv. cit.*, pág. 298.

O D E L I T O D E M A T A R

O DELITO DE MATAR

“É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes DOLOSOS contra a vida” (1).

Para dar cumprimento a êste dispositivo básico, eu apresentei ao Senado Federal, como representante do Ceará, o projeto n. 1, de 1946, que, entre outras providências, determinava:

“Art. 2º — Competirá privativamente ao Tribunal do Júri o julgamento:

a) — dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122 e § único, 123, 124, 125, 126, 127, 129, § 3º, 137, § 3º, 157, § 3º, 159, § 3º, 213, comb. com 223, § único, 214, comb. com 223, § único, 219, comb. com 223, § único do Código Penal;

b) — dos crimes de perigo comum e contra a segu-

1 — Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, art. 141, § 28.

rança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços, e contra a saúde pública, dos quais resulte morte;

c) — da tentativa, quando possível, de qualquer dos referidos crimes;

d) — dos delitos de imprensa” (2).

Sustentava, assim, a competência constitucional do júri para o julgamento de todos os crimes DOLOSOS contra a vida, quer dos específicos (3), quer dos preterdolosos ou preterintencionais (4), quer dos qualifi-

2 — “Diário do Congresso Nacional”, de 10 de outubro de 1946, págs. 173 e 174; OLAVO OLIVEIRA, *O Júri na Terceira República*, pág. 10.

3 — Código Penal, arts. 121, §§ 1º e 2º, 122 e § único, 123, 124, 125, 126 e § único e 127.

4 — Já versamos o palpitante assunto, no estudo HOMICÍDIO PRETERINTENCIONAL, assim concebido:

“Há homicídio preterintencional, quando, querendo apenas se ofender a integridade ou a saúde de outrem, se mata a alguém. A hipótese, de corriqueira e vulgar verificação, é diversamente tratada, tanto na legislação, como na doutrina, em cujos domínios alcança foros de QUESTÃO TORMENTOSA. Códigos, dos quais é exemplo primordial o espanhol, não regulam particularmente o HOMICÍDIO PRETERINTENCIONAL, enquadrando-o no homicídio comum, a que atribui a jurisprudência a atenuante, de “não haver tido o delinqüente intenção de causar um mal de tanta gravidade”. (Calón, *Derecho Penal*, tomo II, p. I, pág. 339). Outros admitem-no, entre os crimes considerados em espécie, ora como homicídio privilegiado ou desnaturado, com pena sensivelmente menor que a do homicídio comum, em cujo número figuram o dinamarquês, o austríaco, o argentino e o italiano, ora como ferimento seguido de morte, entre os quais o português, o francês e o tedesco, de 1871.

Discrepando dessa orientação, preferiu o Código do Uruguai, de 1933, organizado por Irureta Goyena, estender a ultraintencionalidade a todos os crimes, ao invés de circunscrevê-la ao homicídio, criando, ao lado dos delitos INTENCIONAIS e CULPOSOS, OS CRIMES PRETERINTENCIONAIS, constituídos de fatos, CUJO RESULTADO EXCEDE A INTENÇÃO DO AGENTE (Luis Jimenez de Asúa, *El Criminalista*, tomo II, pág. 222).

O nosso Código de 1890 silenciava, a respeito, sendo a sua atitude idêntica à do Código Espanhol, eis que o homicídio preterintencional era reprimido, como homicídio comum, amenizando a justiça a pena excessiva, com o reconhecimento da atenuante do art. 42, § 1º — “não ter havido no delinqüente pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar”.

cados pelo resultado, isto é, pelo evento morte, excedendo o fim do agente (5).

“... A constituição — explicava eu no Senado Fe-

O Código Penal vigente não incluiu o homicídio preterintencional, entre os CRIMES CONTRA A VIDA.

Encaixou-o, porém, no capítulo das LESÕES CORPORAIS, no seu art. 129, § 3º, sob o nome de LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE, verdadeiro eufemismo para traduzir o mencionado fato delituoso.

Não batemos palmas ao critério adotado, endossando a crítica feita por Ferrão ao similar art. 361, § 2º, do Código lusitano.

O crime, se resultou ou ocasionou a morte, é de HOMICÍDIO, porque o MAL MATERIAL do crime é que lhe deve dar denominação. Portanto, é debaixo do título de HOMICÍDIO que esta espécie devia ser encontrada, como praticaram na maior parte os Cod. mod. da Alemanha”. (Teoria do Direito Penal, vol. 7, pág. 103).

No campo da doutrina, a grande discussão gira, em torno do ELEMENTO MORAL do homicídio preterintencional.

O homicídio requer, como um dos seus elementos essenciais, o dolo específico, consistente na VONTADE DE MATAR.

Se o agente deseja matar a pessoa, previamente designada, e consegue-o, chama-se DIRETO ou DETERMINADO o dolo existente na incriminação.

Se, ao invés de querer matar a pessoa certa, assume tão somente o risco de fazê-lo, há, no homicídio, o dolo EVENTUAL.

Se o sujeito ativo tem o desígnio de matar, sem a individualização da vítima, pouco lhe importando sobre quem recaia a atividade delinquente, diz-se INDETERMINADO o dolo da INFRAÇÃO.

- 5 — “Há certos crimes em que, seguindo-se o resultado “morte”, NÃO COMPREENDIDO NO DOLO DO AGENTE, dá-se “uma condição de maior punibilidade”. É o que acontece com relação ao ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO (art. 127, fim), à LESÃO CORPORAL, (art. 129, § 3º), ao ABANDONO DE INCAPAZ (art. 133, § 2º), à EXPOSIÇÃO OU ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO (art. 134, § 2º), à OMISSÃO DE SOCORRO (art. 135, § único, fim), à RIXA (art. 137, § único), aos CRIMES SEXUAIS VIOLENTOS (art. 233, § único e 232), aos CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA (arts. 256, 263, 264, § único, e 285), à EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, (art. 159, § 3º)”. (NELSON HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, vol. V, n. 10). Também figuram, no rol, o ROUBO, SE DA VIOLÊNCIA RESULTA A MORTE (art. 157, § 3º), e os crimes, com a periclitación da vida e da saúde, acarretando a morte (arts. 130 a 133, e 134, e § 2º, 135, e § único, e 136, parágrafo 2º). (ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940, S. Paulo, 1948, pág. 128).

deral — diz somente — crimes **dolosos** contra a vida (e não crimes **dolosos ESPECÍFICOS** contra a vida). Onde houver morte, onde perecer alguém, **em função de qualquer crime doloso, HAVERÁ, TAMBÉM, CRIME CONTRA A VIDA**, e a competência será do Júri” (6).

O Congresso Nacional não aceitou êsse ponto de vista, também perfilhado, em doutrina, em substancioso estudo, por Esther de Figueiredo Ferraz (7).

Seguindo a opinião dos propectos juristas Senador Ferreira de Sousa e Deputado Gustavo Capanema, cons-

No homicídio preterintencional, falta ao autor o ANIMO DE MATAR, agindo, apenas, com a intenção de atentar contra a integridade corporal ou a saúde de outrem. Daí admitir-se que se encontra nêle o DOLO INDIRETO, CONSISTENTE NO ANIMO DE FERIR A PESSOA, cuja morte ocasiona, traduzindo, assim, a intenção de produzir um dano menor do que o alcançado. (Carrara, Programma, § 1101; Altavilla, Deliti contro la persona, n. 157; Florian, Parte Generale del diritto penale, vol. 1, n. 268; Emilio C. Diaz, ElCodigo Penal para la Republica Argentina, n. 341).

Euzebio Gomez, também considerando doloso o homicídio preterintencional, acha conferir-lhe tal caráter “a circunstância de que o agente procede, com o intuito de realizar um fato contrário à lei (Tratado de derecho penal, vol. 2, n. 387, A).

Para a corrente exposta, em todos os seus matizes, representa o homicídio preterintencional uma VARIEDADE ESPECÍFICA do HOMICÍDIO DOLOSO.

A êsse entendimento opõe-se a dos que pensam, como Ottorino Vannini, Il Delito de Homicidio, pág. 142, ser o homicídio preterintencional um HOMICÍDIO CULPOSO, qualificado pelo particular conteúdo doloso da conduta causal do réu.

Uma terceira, a que pertencem Luiz Jiménez de Asúa, El Criminalista, tomo II, pág. 211, José Irureta Goyena, el delito del homicidio, pág. 66 e Marcelo Finzi, Il delito preterintencional, págs. 171 - 180, descobre, no homicídio preterintencional, um misto, um concurso de DOLO, relativamente à lesão QUERIDA, e de CULPA, no tocante à morte, sobrevinda contra a vontade do agente, pela sua imprevisão. A culpa consiste em não prever o sujeito ativo tôdas as conseqüências de um ato ou de uma omissão.

A quarta é a corrente objetiva, do direito germânico, da qualificação do crime, pelo resultado, da responsabilidade sem culpa,

6 — OLAVO OLIVEIRA, *lly. cit.*, pág. 24

7 — *Liv. cit.*, págs. 108 e 130.

truiu a tese de que a expressão — “crimes dolosos contra a vida” — do art. 141, § 28, da nossa Magna Carta, se refere unicamente às infrações dolosas, capituladas

pela qual, se da ação resulta morte, se pune o ato, pelo dano material, sem levar, em linha de conta, a sua causação psíquica, sem ter em apêço a vontade do agente.

É uma reminiscência da primeira etapa do direito punitivo, quando o lado visível do crime norteara a repressão, critério caduco, tendo, hoje, primazia, em política criminal, o ANIMO, O DOLO, com que procedeu o delinqüente.

Como já salientamos, no Código em vigor, o homicídio preterintencional está definido, no art. 129, § 3º, sob o rótulo de lesão corporal seguida de morte.

São elementos da figura criminal em tela: 1) — uma ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem; 2) — a sua prática, COM ANIMO DE FERIR, com vontade de ofender; 3) — a decorrência dela da “morte” do paciente, não querida pelo agente, nem mesmo eventualmente.

Escapa à sua integração a PREVISIBILIDADE DO RESULTADO, como propõe o exímio Mestre Nelson Hungria, no seu excelente “Comentários ao Código Penal”, vol. V, pág. 324.

No texto do nosso atual Código, como no art. 368, do código penal italiano derogado, seu visível modelo, ESTÁ SUPRIMIDA A CONDIÇÃO DE QUE A MORTE NÃO FÔRA FACILMENTE PREVISÍVEL, exigida pelo código penal sardo para efeito de atenuar o homicídio, advindo do ato praticado, apenas com a intenção de ferir.

De acôrdo com o seu paradigma e em face da interpretação dêste, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, em semelhante crime, não cabe à justiça indagar da previsibilidade, pelo agente, da morte do paciente, ao produzir-lhe uma lesão corporal, visto como a consequência danosa do seu ato está, LEGALMENTE, contida no mesmo (Eusébio Gomes, vol. 2, n. 387, D; Emilio C. Diaz, n. 341; Florian, liv. cit., n. 269; Impalomeni, L'omicidio, pág. 73; Finzi, Il delitto preterintencionale, pág. 139; Altavilla, liv. cit., ns. 155 e 158).

O cálculo da previsibilidade não compete ao juiz, pois, foi feito pelo legislador, ao plasmar o delito.

Estabelecida entre o FERIMENTO ou a LESÃO CORPORAL e a MORTE a indispensável relação de causa para efeito, responde o agente, pelo crime do art. 129, § 3º, do Código Penal, sem indagar-se se tal consequência mais danosa do seu ato era ou não por êle previsível.

Adotou o nosso Código, no crime em apêço, a teoria do DOLO INDIRETO, a qual prescinde da análise do fator da previsibilidade, como os congêneres da França, da Austria, da Holanda e do Japão, desprezando a tendência, existente na ciência e em moderníssimos estatutos penais, de exigir a sua pesquisa (Florian, liv. cit., n. 269)”. (Justitia, S. Paulo, ano VI, julho — dezembro, 1944, vol. VIII, pág. 3).

no Código Penal de 1940, sob a rubrica — **Dos crimes contra a vida** (Parte Especial, tit. I, cap. I, arts. 121 a 128, inclusive) (8).

Nessa conformidade, votou a LEI N. 263, DE 23 DE FEVEREIRO DE 1948, cujo art. 2º dispõe caber “ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, § 1º, 121, § 2º, § único, 123, 124, 125, 126 e 127, consumados ou tentados”.

Por êsse modo, uma lei ordinária fixou o sentido das palavras — “crimes dolosos contra a vida” — empregadas no art. 141, § 28, da Constituição Federal: eis por que o DELITO DE MATAR se ocupa apenas das entidades criminais enfeixadas nos citados artigos do Código Penal de 1940.

8 — OLAVO OLIVEIRA, *liv. cit.*, págs. 9 e segs.; ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, *liv. cit.*, págs. 120 — 122.

BIBLIOGRAFIA

B I B L I O G R A F I A

- ABNER VASCONCELOS, *Decisões Judiciárias*, Tip. Moderna, Rio de Janeiro, 1924; *Despachos e Sentenças*, Typ. Bernard Frères — Rua do Hospício, 130 — 1916.
- A. CHAUVEAU ET FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, Paris, 1887-1908.
- ADOLFO PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruylant Christofe & Cie., *Editôres*, Bruxelas, 1899.
- A. F. ALMEIDA JÚNIOR, *Revista Forense*, Rio de Janeiro.
- AFRÂNIO PEIXOTO, *Elementos de Medicina Legal*, Francisco Alves & Cia., Rio de Janeiro, 1914; *María Bonita*, W. M. Jackson Inc., *Editôres*, Rio de Janeiro, 1947.
- AGOSTINHO J. DE SOUSA LIMA, *Tratado de Medicina Legal*, Tip. Hildebrando, Rio de Janeiro, 1909.
- ALFRED MATTER, *O Delito Sexual*, trad. M. Campos, Livraria Corrêa *Editôra*, São Paulo, 1953.
- ALVARO SARDINHA, *Homicídio Culposo*, A. Coelho Branco, *Editor*, Rio de Janeiro, 1936.
- AMBROISE TARDIEU, *Étude Médico-Légale sur la pendaison, la strangulation et la sufocation*, Librairie J. B. Baillièrre et Fils, Paris, 1879; *Étude Médico-Légale sur l'infanticide*, Librairie J. B. Baillièrre et Fils, Paris, 1880.
- ANAIS DA 1ª *CONFERÊNCIA DE DESEMBARGADORES*, *Imprensa Nacional*, Rio de Janeiro, 1944.

- ANDRÉ PANCHAUD, Code Pénal Suisse Annoté, Librairie Payot, Lausanne, 1951.
- ANIBAL BRUNO, Direito Penal, Parte Geral, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1956.
- ANTOINE BLANCHE, études Pratiques sur le Code Pénal, 2ª ed., Cosse et Marchal, Editôres, Paris, 1864.
- ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1930.
- ANTÔNIO LEMOS SOBRINHO, Da Legítima Defesa, Saralva & Cia., Editôres, São Paulo, 1931.
- A. RELINGER, Code Pénale Alemand, Wervereis G. M. B. H., Seelach 5. Baden — Baden, 1955.
- ARRUDA CÂMARA (Deputado Monsenhor), Revista Eclesiástica Brasileira, Editora Vozes Ltda., Petrópolis, Estado do Rio.
- ARY AZEVEDO FRANCO, Dos crimes contra a pessoa, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942.
- ASDRUBAL DE AGUIAR, Medicina Legal, Empresa Universidade Editora, Lisboa.
- BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, 3ª ed., Max Limonad, Editor, São Paulo.
- BECCARIA, Traité des délits et des peines, Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale, 1873.
- BENTO DE FARIA, Anotações Teórico-Práticas ao Código Penal do Brasil, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1920; Código Penal Brasileiro, Livraria Jacinto Editora, Rio de Janeiro, 1943.
- BERNARDINO ALIMENA, Principii di Diritto Penale, Luigi Pietro, Tipografia Editore, Nápoles, 1910.
- CARLOS ARAÚJO, Os grandes processos do Júri — Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957.
- CARLOS MAXIMILIANO, Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito, Ed. Livraria Globo, Porto Alegre, 1925.
- CARLOS DE ARAÚJO, Os grandes processos do Júri — Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957.
- CARLOS FONTAN BALESTRA, Manual de Derecho Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
- CARLOS XAVIER, Estatutos Penais, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1941.

- CLODOALDO PINTO, *Legítima Defesa Autêntica*, Tip. Minerva, Ceará, 1947.
- CÓDIGO CIVIL, (Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916).
- CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO (Lei de 16 de dezembro de 1830).
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940).
- CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890).
- CÓDIGO PENAL ESPANHOL, José Maria Bosch, Editor, Barcelona, 1954.
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de dezembro de 1941).
- CONRAD BEREZOWSKY, *Code Pénal Polonais*, Librairie des Juris Classeurs, Éditions Godde, Paris.
- C. SIMONIN, *Médecine Légale Judiciaire*, Librairie Maloine, Paris, 1947.
- DALLOZ, *Code Pénal, Jurisprudence Générale Dalloz*, Paris, 1957.
- DEMÓSTENES MADUREIRA DE PINHO, *Revista Forense*, Rio de Janeiro.
- "DIREITO", Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro.
- EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Trad. de José Arturo Rodrigues Munoz, Editorial Revista de Direito Privado, Madrid, 2ª ed., 1946.
- EDUARDO DURÃO, *Direito*, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro
- E. FERRI, *La sociologie Criminelle*, trad. de Léon Ferrier, Librairie Felix Alcan, 1914; *El homicida en la psicología y en psicopatología criminal*, trad. de J. Masaveu y Rivero de Aguilar, Editorial Reus, Madrid, 1930; *Princípios de Direito Criminal*, trad. de Luis Lemos d'Oliveira, Saraiva & Cia., Editôres, Rio de Janeiro, 1931; *Homicídio — Suicídio*, trad. de Conecha Pena, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1934.
- ELIAS DE OLIVEIRA, *Homicídio Culposo*, Tip. Gadelha, Ceará, 1932.
- E. MAGALHÃES NORONHA, *Do Crime Culposo*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1957.
- EMILIO C. DIAZ, *El Código Penal Para La Republica Argentina*, Imprensa y Editorial "La Facultad". Buenos Aires, 1942.
- EMMANUEL LASERRE, *Os delinqüentes passionais e o criminalista, Impallomeni*, trad. Livraria Ferreira Editôra, Lisboa, 1909.

- ENRICO ALTAVILLA, Trattato di Diritto Penale, Delitti contro la persona, Casa Editrice Francesco Ballardi, Milão, 1920; La Culpa, trd. de José Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956.
- ENRICO PESSINA, Elementi di Diritto Penale, Ricardo Margheri di Gius, Nápoles, 1883.
- ERNEST VON BELING, Esquema de Derecho Penal, trad. de Sebastian Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- ESMERALDINO BANDEIRA, Tratado de Direito Penal Militar, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1925.
- ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940, S. Paulo, 1948.
- EUCLIDES DA CUNHA, Os Sertões, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1954.
- EUGENIO CUELLO CALÓN, Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1941; Questiones Penales Relativas al aborto Libreria Bosch, 1931.
- EUGÊNIO FLORIAN, Parte Generale del Delitto Penale, 3ª ed., Rin., Dottor Francesco Vallardi, Casa Editôra, Milão, 1926.
- EUGÊNIO PINCHERLI, Il Codice Penale Italiano Annotato, Fratelli Bocca Editori, Turin, 1890.
- EUZÉBIO GÓMEZ, Tratado de Derecho Penal, Compania Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.
- EVANDRO CORREIA DE MENESES, Direito de matar (Eutanásia), Editôra "A Noite", Rio de Janeiro, 1946.
- EVARISTO MORAIS, Estudos de Direito Criminal, Alves & Cia., Editôres, Rio de Janeiro, 1898; Revista de Direito, J. Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1908; Problemas de Direito Penal e de Psicologia Criminal, Leite Ribeiro & Murilo, Rio de Janeiro, 1920; Reminiscências de um rábula criminalista, Grande Livraria Leite Ribeiro, Rio de Janeiro, 1922; Criminalidade Passional, Saraiva & Cia., Editôres, São Paulo, 1933.
- F. A. F. DA SILVA FERRÃO, Teoria do Direito Penal, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857.
- FERDINANDO PUGLIA, Trattato di Diritto Penale, Delitti contro la persona, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão.
- F. G. GRELLE, Manual de Obstetrícia, Livraria Atheneu S. A., Rio de Janeiro, 1956.
- FLAMINIO FAVERO, Medicina Legal, Livraria Martins Editôra, São Paulo, 5ª edição.

- FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO, *Infanticídio*, Fortaleza, 1946.
- F. M. DOSTOIEVSKY, *Crime e Castigo*, Irmãos Pongetti, Editôres, Rio de Janeiro, 1941.
- FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal*, ed. Arayu, Buenos-Aires, 1953.
- FRANCESCO ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, G. Priulla Editore, Palermo, 1947.
- FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Dott. Antonlno Giuffré, Editor, Milão, 1954.
- FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", Florença, 1912.
- FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos, Código Penal de 1940*.
- FRANZ VON LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. José Higinio Duarte Pereira, F. Briguiet & Cia., Editôres, Rio de Janeiro, 1899.
- GABRIEL TARDE, *A Criminalidade comparada*, trad. Ludy Veloso, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1957.
- GALDINO SIQUEIRA, *O assassinato do General Pinheiro Machado*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1917; *Direito Penal Brasileiro*, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1924; *Tratado de Direito Penal, Parte Especial*, 2ª ed., José Konfino, Editor, Rio de Janeiro, 1951.
- GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science penitenciaire*, Arthur Rousseau, Editor, Paris, 1906.
- GILBERTO AMADO, *Presença na política*, Livraria José Olímpio, Editora, Rio de Janeiro, 1958.
- GIOVANNI LOMBARDI, *Sociologia Criminale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1944.
- GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- GUILLERMO CABANELLAS, *El aborto*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1945.
- HÉLIO GOMES, *Medicina Legal*, Livraria Freitas Bastos S. A., Rio de Janeiro, 1953.
- HENRIQUE FONSECA DE ARAÚJO, *Revista Forense*, Rio de Janeiro.
- HENRI ROBERT, *Os grandes processos da história*, 1ª série, trad. de J. L. Costa Neves, Livraria Globo, Pôrto Alegre, 1940.
- HO-TCHONG-CHAN, *Code Pénal de la République de Chine*, Librairie du Recueil, Paris, 1935.

- HUMBERTO DE CAMPOS, Os Párias, W. M. Jackson Inc., Rio de Janeiro, 1954; Memórias, Primeira Parte, W. M. Jackson Inc., Editôres, Rio de Janeiro; Crítica, Segunda Série, W. M. Jackson, Inc., Editôres, Rio de Janeiro, 1954; Da Seara de Booz, W. M. Jackson, Inc., Editôres, Rio de Janeiro, 1948.
- IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, Do homicídio, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945.
- J. DE ASSIS RIBEIRO, Revista Forense, Rio de Janeiro.
- J. J. HAUS, Principes Généraux de Droit Pénal Belge, Ernest Thorin, Paris, 1879.
- JOÃO BATISTA PEREIRA, Revista de Jurisprudência, Rio de Janeiro, 1899.
- JOÃO MARCONDES MOURA ROMEIRO, Dicionário de Direito Penal, Rio de Janeiro, 1903.
- JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, Código Penal Interpretado, Imprensa Oficial, Rio de Janeiro, 1901.
- JOSÉ FREDERICO MARQUES, Curso de Direito Penal, Edição Saraiva, São Paulo, 1956.
- JOSÉ INGENIEROS, Multidões místicas e delinqüentes. A vaidade criminal e a piedade homicida, Livraria Progresso Editôra, Cidade de São Salvador, 1954.
- JORGE AMADO, Terras do Sem Fim, Livraria Martins S. A., São Paulo, 7ª edição.
- JORGE SEVERIANO RIBEIRO, Justificativas Penais, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1936; Crimes Passionais — Crimes Emocionais, Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1940; Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1942.
- JUSTITIA, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.
- LEÃO VIEIRA STARLING, Teoria e Prática Penal, Edição Saraiva, São Paulo, 1950.
- LEGRAND DU SAULLE, Traité de Médecine Légale, Adrien Delalave et Emile Lecrosnier, Editeurs, Paris, 1886.
- LEONÍDIO RIBEIRO, O Novo Código Penal e a Medicina Legal, Livraria Jacinto, Editôres, 1942.
- LEON RABINOWISCZ, O Crime Passional, trad. de Fernando de Miranda, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1934.

- L. FRIEDLANDER, A vida urbana na Roma imperial, trad. de Pinto de Aguiar, Livraria Progresso Editôra, Cidade do Salvador, 1954.
- LIMA DRUMOND, Revista de Jurisprudência, Rio de Janeiro, 1899.
- L. MEYNARD, Le suicide, Presses Universitaires de France, Paris, 1954.
- L. THOINOT, Précis de Médecine Légale, Octave Doin et Fils, Editeurs, Paris, 1913.
- LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Códigos Penais Ibero-Americanos, Editorial André Bello, Caracas, 1946; El Criminalista, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1947; Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada S. A., Buenos Aires, 1952; Derecho Penal Soviético, Tipografía Editôra Argentina, Buenos Aires, 1947.
- LUIS CRUZ DE VASCONCELOS, Do infanticídio, Fortaleza — Ceará, 1946.
- MACEDO SOARES, Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Livraria Garnier, Rio de Janeiro, 7ª edição.
- MAGDA SCHROLL ET JEAN ADIGAR DES GAUTRIES, Code Pénal Danois, Librairie Marchal et Billard, Paris, 1935.
- MANUALI HOEPLI, Codice Penale e Codice di Proceduram Penale, Editore Ulrico Hoepli, Milão, 1946.
- MANUEL JOÃO DAPALMA CARLOS, Código Penal Português, Edição "Procural", 1939.
- MARC ANCEL, Les Codes Penaux Européens (Alemanha, Austria, Dinamarca, Groenlândia, Espanha, Finlândia e Itália), publicação do Centro Francês de Direito Comparado, Paris, 1957.
- MARCELO FINZI Y RICARDO C. NUNEZ, Código Penal Aleman, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.
- MATOS SOARES, (Padre), Bíblia Sagrada, Tipografia Albert de Oliveira Ltda., Pôrto, 1951.
- MELO MATOS, Revista de Direito, Rio de Janeiro, 1908.
- MELQUIADES PICANÇO, Revista Forense, Rio de Janeiro.
- M. HORÁCIO DEL CERRO, Código Penal, Cláudio Garcia & Cia., Montevideú, 1941.
- MICHELE LONGO, Comento ao Codice Penale Italiano, Fratelli Bocca, Editori, Milão, 1911.
- NAPOLEÃO TEIXEIRA, O Suicídio, Editôra Guaíra Ltda., Curitiba, 1947.
- NARCÉLIO DE QUEIROZ, Teoria da "actio libera in causa", Livraria Jacinto, Editôra, Rio de Janeiro, 1936.

- NELSON HUNGRIA, Direito Penal, Parte Especial, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1937; Comentários ao Código Penal, vol. 1º, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1940; Comentários ao Código Penal, volume V, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942.
- NICO GUNZBURG, La Trajectoire du crime, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1941.
- NILTON SALES, O Infanticídio na Legislação Brasileira, Rio de Janeiro, 1945.
- O ASSASSINATO DO GENERAL PINHEIRO MACHADO (Discursos de julgamentos), Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1917.
- OLAVO OLIVEIRA, Alegações da Justiça, Tip. Moderna, Carneiro & Cia., Fortaleza, 1920; A tragédia do Acarape, Fortaleza, 1939; O Júri na Terceira República, Livraria Freitas Bastos S. A., Rio de Janeiro, 1949; Homicídio Preterintencional, Justitia, S. Paulo, 1944.
- OLIVEIRA E SILVA, Da perturbação dos sentidos e da inteligência, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1941.
- OSMAN LOUREIRO, Modificativos da Pena no Direito Brasileiro, A. Coelho Branco Filho, Rio de Janeiro, 2ª tiragem.
- P. BROUARDEL, La pendaison, la strangulation, la suffocation, la submersion, Librairie J. B. Vaillière et Fils, Paris, 1897; Les empoisonnements criminels et accidentels, Librairie J. B. Vaillière et Fils, Paris, 1902; Les explosifs et les explosions au point de vue médico-légale, J. B. Baillière et Fils, Paris, 1897.
- PEDRO VERGARA, Dos motivos determinantes no direito penal. Edição de "Direito Aplicado", Rio de Janeiro, 1937; Delito de homicídio, Livraria Jacinto, Editôra, Rio de Janeiro, 1943; Das circunstâncias agravantes, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943; Das circunstâncias atenuantes no direito penal vigente, 1ª ed., Livraria Bofani, 1948 — Rio de Janeiro
- PROJETO DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, de Alcântara Machado, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1938; Projeto (nova redação) do Código Criminal do Brasil, de Alcântara Machado, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1940; Projeto da Comissão Especial da Câmara dos Deputados (Sugestões (Oferecidas) Imprensa Oficial, Rio de Janeiro, 1937.
- QUEIROZ JÚNIOR, O Suicídio de Getúlio através da psicanálise, Editorial "Copac", Rio de Janeiro, 1937.
- RACHEL DE QUEIROZ, Três Romances, Livraria José Olímpio, Editôra, Rio de Janeiro, 1948.

- RAIMUNDO DE MENEZES, Crimes e criminosos célebres, Livraria Martins Editôra S. A., S. Paulo, 1950.
- RAUL MACHADO, A culpa no direito penal, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1929.
- REVISTA DE DIREITO, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro.
- REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA, (Raja Gabaglia, Bartholomeu Portella e Tôres Câmara), Tip. Aldina, Rio de Janeiro, 1899.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS, Editôra Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo.
- REVISTA FORENSE, Editôres Revista Forense, Rio de Janeiro.
- R. GAROFALO, Criminologia, versão portuguesa, Livraria Clássica Editôra, Lisboa, 1908.
- R. GARRAUD, Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal Français, Libraire de la Société de Recueil Général des Lois e des arrêts, Paris, 1908.
- RIBEIRO PONTES, Código Penal, Editorial Guaíra Ltda., Curitiba, 1942.
- RIBEIRO DE SOUSA, O Novo Direito Penal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1943.
- RICARDO C. NUNES, La culpabilidad en el Código Penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.
- ROBERTO LYRA, Noções de Direito Criminal, Editôra Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1944; Comentários ao Código Penal, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955; O amor e a responsabilidade criminal, Saraiva & Cia., Editôres, São Paulo, 1932; Direito Penal, parte geral, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, 1936.
- R. SALEILLES, L'individualisation de la peine, Felix Alcan, Editor, Paris, 1909.
- SALGADO MARTINS, Sistema de Direito Penal Brasileiro, José Konfino, Editor, Rio de Janeiro, 1957.
- S. DU MORIEZ, L'avortement, Marchal & Billard, Editôres, Paris, 1912.
- SEBASTIAN SOLER, Derecho Penal Argentino, Tipografia Argentina, Buenos Aires, 1951.
- TELES BARBOSA, A tentativa em face do novo Código Penal, Saraiva & Cia., Editôres, São Paulo, 1946.
- THEODULE RIBOT, La psicología de los sentimientos, trad. de M. H. A., Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1945.
- VALENTIM ALVES DA SILVA, Repertório de Jurisprudência do Código Penal, Max Limonad, São Paulo, 1955.

- V. CEZAR DA SILVEIRA, Tratado da Responsabilidade Criminal, Edição Saraiva, São Paulo, 1955.
- VICENTE PIRAGIBE, Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil, Livraria Editôra Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938; 1^o Suplemento, Saraiva & Cia., Editôres, São Paulo, 1934.
- VICENTE SOARES — BENEDITO SOARES MONTEIRO — Direito de matar, Editor Instituto Biográfico Brasileiro, Rio de Janeiro, 1914.
- VINCENZO MANZINI, Tratado de derecho penal, trad. Santiago Santis Mileno, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1948; Istituzioni di Diritto Penale Italiano, 3^a ed., Cedan — Casa Editrice Antonio Milani, Pádua, 1955.
- VIVEIROS DE CASTRO, Questões de Direito Penal, Jacinto Ribeiro dos Santos, Editor, 1900; Jurisprudência Criminal, H. Garnier, Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1900; Atentados ao Pudor, 2^a ed., Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1932; Sentenças e Decisões, H. Garnier, Livreiro Editor — Rio de Janeiro — 1900.
- WILSON BUSSADA, Legítima defesa interpretada pelos tribunais, Livraria Freitas Bastos, S. A., Rio de Janeiro, 1957.
- V. MELUSSI, Del amor ao delito, versão castelhana, "Centro Editorial de Congorra", Madrid.

ÍNDICE ANALÍTICO

INDICE ANALÍTICO

RAZÃO DE SER

7

HOMICÍDIO

1) — A vida e a morte. 2) — Espécies de morte: I) — natural; II) — provocada: a) — por força física inteligente; b) — por animais selvagens; c) — pela vontade do homem: legal; casual; efetuada por um irresponsável e criminosa. 3) — Sentido ontológico do homicídio. 4) — Sentido jurídico do homicídio — Homicídio criminoso. 5) — Definições. 6) — História. 7) — Direito brasileiro. 8) — Sujeito ativo. 9) — Sujeito passivo. 10) — Causalidade material. 11) — Concausas. 12) — Elementos do crime de homicídio: A) — A morte de alguém; B) — Por ação ou omissão de outrem através de meios: I) — diretos e indiretos; II) — idôneos e inidôneos; III) — materiais e morais; C) — O elemento moral ou intelectual — a vontade homicida — causalidade psíquica: I) — dolo específico; II) — dolo preterintencional; III) — culpa. 13) — Espécies de dolo específico: A) — Dolo de intenção. B) — Dolo de previsão ou eventual. 14) — Homicídio com erro sobre a pessoa. 15) — Homicídio com erro na execução. 16) — A prova da morte

13

HOMICÍDIO DOLOSO

1) — Homicídio doloso: A) — Simples. B) — Privilegiado. C) — Qualificado. 2) — Paga ou promessa de recompensa. 3) — Motivo torpe. 4) — Motivo fútil. 5) — Emprégo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum: A) — Veneno. B) — Fogo. C) — Explosivo. D) — Asfixia. Asfixias homicidas: I) — Enforcamento. II) — Estrangulamento. III) — Esganadura. IV) — Submersão ou afogamento. V) — Sufocação: a) — oclusão direta das narinas e da bôca; b) — oclusão da laringe e da faringe; c) — compressão torácica; d) — confinamento em espaço fechado; e) — soterramento. E) — Tortura ou outro meio insidioso ou cruel. F) — Ou de que possa resultar perigo comum. 6) — A traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido: A) — A traição. B) — De emboscada. C) — Ou mediante dissimulação. D) — Ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. 7) — Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: A) — A execução. B) — A ocultação. C) — A impunidade. D) — A vantagem. 8) — Tentativa

51

HOMICÍDIO PASSIONAL

- 1) — Emoção e paixão e a sua diferença. 2) — A sua classificação: A) — Fisiológicas e patológicas. B) — Ativas ou estênicas e passivas ou astênicas. C) — Morais ou sociais e imorais ou anti-sociais. D) — Emoção: I) — Emoção-choque ou choque emocional. II) — Emoção contínua ou repetida. III) — Emoção contida. IV) — Emoção retardada. E) — Classificação das paixões, segundo a Escola Clássica. F) — Classificação das paixões pela Escola Positiva. G) — Efeitos da paixão na responsabilidade. H) — Paixões patológicas. I) — Paixões fisiológicas e imputabilidade moral: I) — Paixão equivalente da loucura — dirimente ou escusa absoluta. II) — Ações livres na causa. III) — Atenuantes simples e escusas minorativas. IV) — Atenuantes simples. V) — Escusas minorativas. VI) — Homicídio privilegiado: a) — escusa da provocação; b) — escusa da justa dor; c) — sua unificação — escusa da provocação; d) — casos específicos de homicídio privilegiado; e) — regras genéricas sobre homicídio privilegiado. 3) — As paixões fisiológicas e a Escola Positiva. 4) — Homicídio por amor e ofensas graves. 5) — Reação das contingências da vida contra a tirania das leis 103

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

- 1) — As paixões e os Códigos Penais do Império e da República. 2) — O Código vigente e o passionalismo. 3) — O nosso homicídio passional: A) — Impellido por motivo de relevante valor social ou moral. B) — Homicídio eutanásico. C) — . . . Ou sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima: I) — Logo em seguida . . . II) — Injusta provocação da vítima. D) — Natureza jurídica do homicídio privilegiado 141

HOMICÍDIO CULPOSO

- 1) — Tipos de legislação. 2) — História. 3) — Direito brasileiro. 4) — Homicídios doloso, culposo e casual. 5) — Homicídio culposo. 6) — O conteúdo da culpa. 7) — As formas de culpa. 8) — Unificação da culpa. 9) — Classificação do homicídio culposo. 10) — Causas voluntárias do homicídio culposo: A) — A imprudência. B) — A negligência. C) — A Imperícia. 11) — Culpa consciente e culpa inconsciente. 12) — Culpa consciente na imprudência, na negligência e na imperícia: A) — Homicídio com imprudência consciente. B) — Homicídio com negligência consciente. C) — Homicídio com imperícia consciente. 13) — A mensuração da culpa — Teorias subjetiva, objetiva e mista. 14) — Homicídio culposo e as ações livres na causa. 15) — Compensação de culpas. 16) — Agravantes e atenuantes. 17) — Co-autoria no homicídio culposo. 18) — Concurso de homicídios culposos. 19) — Tentativa nos crimes culposos, propriamente ditos. 20) — Justificação putativa nos homicídios culposos, imprópriamente ditos. 21) — Descriminantes putativas. 22) — Excesso culposo nas discriminantes reais. 23) — Agravantes e atenuantes no homicídio culposo, imprópriamente dito. 24) — Tentativa no homicídio culposo, imprópriamente dito. 173

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO A SUICÍDIO

- 1) — Homicídio — Suicídio — Homicídio Consensual. 2) — Natureza do suicídio. 3) — Punição do suicídio e da sua tentativa. 4) — Tentativa de suicídio. 5) — Auxílio ou ajuda a suicídio de outro. 6) — Impugnação de Ferri. 7) — Auxílio ou ajuda a suicídio alheio no direito brasileiro: A) — Auxílio ou ajuda moral a suicídio alheio. B) — Auxílio ou ajuda material a suicídio alheio. 8) — Elemento material. 9) — Elemento psíquico. 10) — Forma culposa da participação no autocídio alheio. 11) — Condição de punibilidade. 12) — Tentativa de participação no suicídio de outro. 13) — Duelo americano. 14) — Ambicídio. 15) — Aumento de pena 221

INFANTICÍDIO

- 1) — Prolegômenos — Duração da gravidez — Abôrto — Homicídio — Infanticídio. 2) — Conceito vigente. 3) — Evolução jurídico-penal do crime de infanticídio. 4) — Diferença de tipicidade criminal da morte de infante. 5) — Direito brasileiro. 6) — As três correntes sôbre o crime de infanticídio no Código Penal de 1940: A) — A oficial. B) — A material. C) — A judiciária. 7) — Apreciações sôbre as três correntes. Qual a preferível: A) — Estado puerperal. B) — Influência do estado puerperal. Loucura puerperal de Marcé. C) — Crise emotiva: I) — A corrente oficial. II) — A corrente material. III) — A corrente judiciária. 8) — Infanticídio patológico. 9) — Sujeito passivo. 10) — Sujeito ativo e sua pluralidade. 11) — Dolo e culpa. 12) — Tentativa. 13) — Agravantes. 14) — Atenuantes. 15) — Perícias médico-legais 259

ABÔRTO

- 1) — Fecundação. 2) — Gravidez. 3) — Abôrto e parto prematuro, em obstetria. 4) — Acepção vulgar do abôrto. 5) — As espécies de abôrto. 6) — Legitimidade e incriminação do abôrto; objetividade jurídica do abôrto. 7) — História. 8) — Conceito juridico-penal do abôrto. 9) — Abôrto para a ocultação da desonra. 10) — Abôrto no direito brasileiro. 11) — Figuras vigentes do abôrto: A) — Abôrto procurado. B) — Abôrto sofrido. C) — Abôrto consentido. 12) — Abôrto qualificado. 13) — Elementos do crime de abôrto: A) — A gravidez da mulher. B) — A ação interruptora desse estado fisiológico. C) — A morte do feto. D) — O dolo. 14) — Tentativa. 15) — Abôrto necessário: A) — Seus fundamentos jurídicos. B) — Projecção do abôrto necessário na lei penal. C) — Exercício do abôrto necessário. D) — Modalidade do abôrto necessário. E) — Abôrto necessário cometido por leigo. 16) — Abôrto sentimental ou abôrto da estuproada. 17) — Abôrto eugênico. 18) — Exames médico-legais 311

O DELITO DE MATAR

..... 363

BIBLIOGRAFIA

..... 371



Impressão e acabamento no Departamento Editorial e Gráfico
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, maio de 2018.