



A co-pluralidade de delinquentes

E' circumstancia aggravante :

Ter precedido ajuste entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime. — Cod. Crim. de 1830, art. 16, § 17.

Ter sido o crime ajustado entre dous ou mais individuos. — Cod. Pen. de 1890, art. 39, § 13 :

Haverem concorrido para o facto, mediante ajuste, dous ou mais individuos. — Projecto de 1893, art. 32, § 17.

I

O assumpto que nos serve de epigraphe para tratar apenas de um ponto, embora essencial, porque é o nucleo da theoria scientifica da codelinquencia, nos revela uma das tantas originalidades do nosso direito penal e do codigo criminal anterior de 1830, acerca do qual dizia o nosso pranteado mestre Dr. Braz :

« Basta ter feito o estudo comparativo do nosso codigo com os de outros Estados para conhecer-se que não é elle uma obra inteiramente composta de empréstimos legislativos e que pelo contrario tem muita *originalidade* e mesmo disposições *singulares* de que pode servir de exemplo a disposição do art. 65 que rejeita a prescrição de todas as penas sem excepção. » (1)

Já em 1889 tambem o disse : (2)

(1) Dr. Braz, *Lições de direito criminal*, Pernambuco, 1872, pag. 357, n. 43 e not. 3.

(2) Cod. Crim. Braz. *Commentario etc.*, Recife, 1889, pag. 156.

O nosso legislador não se limitou a copiar textos de legislação estrangeira, inspirou-se muita vez em elevadas ideias dos grandes philosophos e particularmente nas de Benthan, como em 1836 o declarava o joven professor de direito criminal na Faculdade de S. Paulo. (3)

Não é de estranhar portanto que o direito brasileiro se avante em alguns pontos a outros embora em geral mais adiantados e perfeitos.

Eis que agora surge um dos casos ou dos exemplos alludidos.

Respondendo á critica sobre a inserção da figura « da associação de malfeteiros » no projecto de 1893, observava eu :

A duvida neste ponto não é hoje mais permittida depois da tão adiantada encyclopedia de Scipio Sighele sobre a *pluralidade* de delinquentes, desde o *par criminoso* até á *multidão criminosa*, passando pelas associações para delinquir, inclusive os terriveis organismos da *maffia* e da *camorra* italianas, a *mão negra* hespanhola, os *bandos* parisienses (*souteneurs et rodeurs*) etc... (4)

O nucleo da disposição estava na aggravante do *ajuste* que era uma das originalidades do cod. de 1830, tão mal interpretada na nossa jurisprudencia por falta de senso juridico mais desenvolvido.

E accrescentava que Scipio Sighele accusava ha pouco a *falta de lei e de theoria* sobre a especie psychologica, quando desde 1884 encarecíamos nós o merito do codigo brasileiro anterior neste ponto.

Tentamos essa justa reivindicação para o nosso direito, apezar de lhe attribuirmos toda gloria da construcção quasi completa da theoria respectiva. (5)

Isto posto, a passagem a que alludo da obra de Sighele é esta :

« Abri qualquer codigo e qualquer tratado de direito,

(3) *O Direito*, vol. 36, pag. 497, discurso do Dr. Francisco Bernardino Ribeiro.

(4) Scipio Sighele, *La foule criminelle*, Paris, 1892; *La coppia criminale*, Torino, 1893; *La teorica positiva della complicità*, Torino 1894.

(5) *O projecto do cod. pen. e a Faculdade de S. Paulo*, Recife, 1895, pag. 52; *Revista Academica*, Recife, 1894, pag. 188, anno IV.

penal, e vós achareis que a associação dos delinquentes, quando seja composta de um determinado numero de pessoas e tenha por escopo commetter uma serie de delictos, é considerada não só como circumstancia aggravante, como tambem como crime por si só, independentemente do facto que os delictos ideados por seus membros tenham sido ou não tenham sido commettidos; — MAS em *nenhum código* e em *nenhum tratado* de direito penal vós achareis que se estabeleçam ou que se reclamem providencias especiaes para todos os outros casos — e são muitissimos — em que o delicto seja obra de criminosos associados.

« Nestes outros casos — que vêm reagrupados nos codigos sob o titulo que trata do concurso de duas ou mais pessoas em um mesmo crime — se tem até agora considerado *sufficientes* as disposições que regulam o delicto commettido por um só individuo, — e a parte tomada por cada um associado no delicto é sempre julgada *abstrahendo-se* do facto que elle tenha tido companheiros na execução da obra criminosa.

« Tenho pois razão affirmando que o principio sobre cuja base a sociedade deve oppôr ao delicto de mais de um delinquente uma defesa mais energica do que aquella que oppõe ao delicto de um só — não tem sido applicado sinão em parte. » (6)

Em geral, assim é, mas ha excepções não raras e dentre estas uma das mais antigas e talvez mais perfeita é justamente a do nosso direito, que ao menos por intuição, seja-nos licito avançar, tinhamos interpretado scientificamente não obstante os desvios da nossa jurisprudencia, restringindo o principio do código.

Mas antes de fazer esta demonstração logica e chronologica, seja-nos permittido citar algumas palavras de Florian, como protesto á affirmativa tão absoluta de Sighele; na justa e honrosa rescensão que faz do precioso livro e ao terminal-a :

« E' digno de nota emfim — ainda que o autor não o indique — que a theoria de Sighele está já acolhida e

(6) Scipio Sighele, *La teorica positiva della complicità cit.* paginas 3-4.

decretada em algum código penal. Eu recorro que a união de dous ou mais individuos é collocada entre as circumstancias aggravantes genericas no código *russo* (art. 129 § 4º) e entre as mesmas circumstancias no código de *Zürich* é collocado o concerto preordenado (§ 59 f).

« Talvez levando além as pesquisas de legislação penal comparada se pudesse pescar algum outro exemplo; mesmo succede realmente achar já elevado a preceito legislativo algum daquelles principios contra os quaes se grita como heterodoxos e inexequíveis! (7)

II

E' precisamente o nosso caso.

Já transcrevemos as disposições dos nossos códigos e do projecto de 1893 sobre a co-pluralidade de delinquentes.

Antes porém de ir adiante convém registrar os factos anteriores e posteriores por um ligeiro estudo de legislação comparada.

Em umas *notas historicas* em que Vatel extracta opiniões de autores allemães sobre o respectivo direito, noto a seguinte passagem:

« A distincção entre os autores principaes e os complices sobretudo se fazia sentir quando o criminoso levava consigo um sequito (*gefolschaft*). Esta circumstancia, que nessa época se reproduzia frequentemente, dava lugar á uma especie de *complicidade particular*. Para que houvesse *gefolschaft* era mister: 1º a assistencia dos complices no lugar do crime; 2º o conhecimento do designio criminoso; 3º o porte de armas; 4º a presença de um *numero determinado* de individuos. Só os homens livres podiam se tornar culpados desta especie de complicidade, os escravos não sendo considerados sinão como instrumentos do senhor. E' o que a lei ripuaria exprime distinguindo os *contuberniales* (pessoas da casa) dos *satellites* (sequazes).

« As leis *escandinavas* consideravam a circumstancia

(7) E. Florian, na *Scuola positiva*, anno IV, 1894, bibliographia, pag. 317, Roma.

da reunião em tropa como *aggravante* e a punição por si mesma independente do facto principal.

« Entre os povos *germanicos* a composição variava arbitrariamente, ora em razão da gravidade do delicto, ora em relação ao numero de sequazes. (8)

Vê-se que as origens do instituto remontam com toda certeza pelo menos da Germania á Escandinavia.

Modernamente o código austriaco de 1803, art. 37 considera circumstancia *aggravante* especial o ter sido o culpado, autor, instigador ou agente principal de um delicto commettido *por mais de uma* pessoa. »

Esta disposição foi reproduzida no código de 1852, § 44, *lettra e.* (9)

No direito das raças latinas, exceptuando a franceza tambem se encontra o principio formulado talvez de modo melhor e mais longamente applicado.

Assim, na Italia, o código napolitano dizia :

« Art. 147. Se reputa acompanhado de *violencia publica* todo crime commettido por *tres* pessoas ao menos, reunidas com um fim criminoso e duas das quaes tragam armas adequadas ao fim proposto.

« Art. 149. Todo crime acompanhado de *violencia publica*, será castigado com a pena *superior* em um gráo á que se houver imposto ao mesmo crime no caso de não haver sido acompanhado da referida *violencia publica*. »

Igualmente o código hespanhol de 1822, diz :

« Art. 106. Em todo delicto ou culpa se consideram circumstancias *aggravantes* :

« 5ª O maior numero de pessoas que concorram no delicto. »

O código hespanhol de 1850, art. 10, n. 14, restringio o sentido da disposição referindo-o á gente armada ou que assegure ou proporcione a impunidade.

E' notavel, porém, que entre os criminalistas hespanhóes não se dê a devida importancia á tal aggra-

(8) Vatel, *Code Pénal du Royaume de Bavière*, Paris, 1852, App. *participation*, pag. 525.

(9) Vid. Boscarolli, *Il codice penale generale* etc... Innsbruck, 1889, pag. 75.

vante, procurando Pacheco relacional-a com a premeditação. (10)

Talvez esse modo de vêr influísse para se reduzir ainda mais a comprehensão da aggravante ao facto de ser commettido o crime em lugar ermo e em quadrilha na reforma de 1870 conforme parece resultar do que diz Rueda. (11)

A jurisprudencia hespanhola a principio indecisa parece que se fixou no sentido de considerar-se a aggravante da pluralidade connexa com a do lugar ermo. (12).

O codigo argentino, art. 84, n. 14, de origem hespanhola, considera a aggravante quando o crime « é commettido em quadrilha, com violação do domicilio ou outra circumstancia semelhante. »

No commentario abaixo do artigo se faz referencia, ao codigo hespanhol, art. 425, francez, art. 381 e bavarez, art. 237. (13)

Os codigos referidos especialisam uma circumstancia do roubo.

O codigo do Uruguay, art. 19, n. 11, repete a mesma circumstancia do velho codigo hespanhol. (14)

Entre os interpretes do direito argentino Rivarola pretende explicar a circumstancia com a presumpção que della se pode induzir da premeditação e aleivosia. (15)

O codigo portuguez de 1852, art. 19, n. 5, contempla a mesma circumstancia que connexa com outras ainda figura nos ns. 3 e 4 do mesmo artigo.

O novo codigo portuguez de 1886 que abusou largamente do systema casuistico e ao mesmo tempo de consi-

(10) Pacheco, *El código penal concordado y commentado*, Madrid, 1888—9, vol. 1º pag. 235.

(11) Rueda, *Elementos de Derecho Penal*, Santiago, 1891, vol. 1º pag. 273.

(12) Viada y Vilaseca, *Código Penal reformado*, Madrid, 1890, pag. 306.

(13) *Código Penal de la República Argentina*, Buenos-Ayres, 1894, pag. 76, ns. 84 (14).

(14) *Código Penal de la República O. del Uruguay*, Montevideo, 1889, pag. 10.

(15) *Exposicion y critica del código penal*, Buenos-Ayres, 1890, 1º vol. pag. 213, n. 182.

gnar principios especiaes já incluídos em outros principios geraes, estabelece:

« Art. 34. São unicamente circumstancias aggravantes:

« 7^a Ter sido o crime *pactuado* entre duas ou mais pessoas.

« 8^a Ter havido convocação de *outra* ou *outras* pessoas para o commettimento do crime.

« 9^a Ter sido o crime commettido com o auxilio de *pessoas*, que poderiam facilitar ou assegurar a impunidade.

« 10^a Ter sido o crime commettido por *duas* ou *mais* pessoas. »

Em todo caso é a ideia, tanto da codelinquencia, como da simples pluralidade, aggravando de modo geral todos os crimes.

O pensamento do legislador, observa Silva Ferrão, foi abstrahindo da differença penal relativa á complicitade, assemelhar a força, que resulta do *numero* dos delinquentes, á que resulta da fragilidade da victima, em razão do sexo ou da idade. Teve em vista punir o *abuso* da mesma força, e assim proteger a fraqueza contra a violencia ou força maior. (16)

Não é exacto como tem supposto algum criminalista europeu que o nosso codigo de 1830 tivesse como fonte o primeiro portuguez que é de 1852 e teve realmente como uma de suas fontes aquelle brasileiro. (17)

Antes de passarmos ao nosso direito é digno de nota o projecto de revisão do codigo penal japonéz, art. 117, que estabelecendo a mesma pena para os co-autores diz: « Salvos os casos em que a lei *aggrava* a pena em razão da *pluralidade* de autores. »

Esta disposição é parallela á do proprio codigo *japonéz*, art. 104.

Boissonade, commentando a disposição, observa que a *pluralidade* de autores, longe de ser uma causa de diminuição de pena ou de divisão desta é algumas vezes, ao

(16) Silva Ferrão, *Theoria do direito penal*, Lisboa, 1856—7; vol. 1^o pag. 110.

(17) Silva Ferrão, *Obr. cit.* vol. 1^o, LXII, nota.

contrario, uma causa de *aggravação*, segundo já se enunciou, « porque ella pode tornar mais difficil áquelles que são ameaçados escapar ao perigo. »

Realmente o projecto faz applicação da *aggravante* no art. 389 *bis*, *infine*; tratando-se de factos violentos contra os bons costumes commettidos por duas ou mais pessoas, agindo de concerto; e no art. 425 *bis*, n. 4, no caso de furto, *aggravando-o*. (18)

Tambem no código annamita, o facto da pluralidade de agentes *aggrava* o crime, ainda que se pareça ligar esta circumstancia á da *premeditação*. (19)

III

Passemos ao nosso direito e antes de tudo consignemos a referencia que em 1884 faziamos á ideia.

Defendendo uma opinião que era pouco seguida entre nós na interpretação do art. 16 § 3º do código anterior quanto ao conceito da *reincidencia* diziamos:

« Emfim a disposição do código (de 1830) art. 16 § 3º combinado com o § 17 do mesmo artigo ainda ministra argumento a favor da opinião que defendemos.

« Effectivamente não ha que estranhar em haver o legislador estabelecido a *aggravação* da penalidade no caso de pluralidade de delictos, ou haja propriamente *reincidencia*, ou simples repetição do crime.

« A pluralidade de crimes, isto é, a *concurrentia* sob a forma de *reincidencia*, ou simples repetição, é mais do que a reproducção objectiva do delicto, porque a reproducção do crime que presuppõe o elemento objectivo e o elemento *subjectivo*.

« Ora nós tivemos occasião de vêr que a *codelinquencia* era a reproducção *subjectiva* do crime.

« E ainda que o código puna por um só crime cada um dos *codelinquentes* que nelle tomáram parte, considera

(18) Vid. Boissonade, *Projet révisé de cod. pen. du Japon etc.* Tokio, 1886, pags. 369, 379, 1013 e 1116.

(19) Vid. Philastre, *Le code annamite*, Paris, 1876, pags. 164 e 209, arts. 251 e 259.

ainda para aggravar a pena correspondente a codelinquencia, como uma circumstancia aggravante que é a do § 17 do art. 16.

« Si pois o codigo *aggrava o facto da pluralidade de agentes*, com maioria de razão deve aggravar o da pluralidade de crimes, pois que esta é muito mais grave do que aquella.

« Portanto a disposição do art. 16 § 3º deve ser applicada quaesquer que sejam as condições da pluralidade de crimes. » (20)

Mas antes de proseguir convém citar as disposições dos nossos codigos e projectos.

O codigo brasileiro de 1830, pode-se dizer foi o projecto do deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos, apresentado na sessão de 4 de Maio de 1827 da camara dos deputados.

Este projecto dizia *em geral* :

« Art. 20. São circumstancias *aggravantes* dos delictos :

« 9º Quando para commetter o crime houver *ajuste entre dous ou mais* individuos, principalmente sendo os delinquentes armados.

« Suppõe-se armados os delinquentes, quando a terça parte ou mais trazem armas. » (21)

No codigo de 1830 apparece assim modificada a *aggravante geral* no art. 16 :

« § 17. Ter precedido AJUSTE entre *dous ou mais* individuos para o fim de commetter-se o crime. »

O codigo de 1890 reproduz com o mesmo caracter de generalidade a *aggravante* no art. 39 :

« § 13. Ter sido o crime *ajustado* entre *dous ou mais* individuos. »

Finalmente o projecto de 1893, que tive a honra de redigir, já approved em duas discussões, sem emendas até agora na camara dos deputados e cuja commissão

(20) João Vieira de Araujo, *Ensaio de Direito Penal* etc... Pernambuco, 1884, pag. 202.

(21) *Annaes da camara dos deputados*, Rio de Janeiro, 1877, tom. 5º pag. 95, sessão de 1829.

especial actual, está revendo para a terceira discussão, manteve a mesma aggravante no art. 32 :

« § 17. Haverem *concorrido* para o facto, mediante *ajuste, dois ou mais* individuos. »

Vê-se que a ideia está bem encarnada na legislação brasileira desde 1827.

E' certo que quasi a unanimidade de interpretes e annotadores da lei brasileira nunca comprehendeu todo alcance da aggravante restringindo lhe os effeitos na applicação.

A jurisprudencia dos tribunaes tambem influenciando ou influenciada concorreu para isso.

Mas em 1884, como vimos, e especialmente em 1889, como veremos, interpretei a lei no sentido de ter a aggravante o effeito que juridica e psychologicamente se lhe devia attribuir sem forçar a disposição legislativa.

Apreciemos ligeiramente a opinião dos autores brasileiros :

Mendes da Cunha não comprehendeu o valor da circumstancia, o que não admira porque põe em duvida a justiça da aggravação tambem no caso de superioridade em armas de modo que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa, dizendo :

« E' um meio empregado para consumir o delicto com mais segurança, segundo as difficuldades que se lhe oppõem. O *conluio* pode augmentar a força do delinquente ; mas a força é a base fundamental e essencial de todos os crimes, cujos effeitos materiaes seguem-se immediatamente, não se pode por consequencia distinguir esta (§ 17) da circumstancia do § 6º (superioridade em armas com a excepção referida na observação respectiva. » (22)

Ao contrario, Thomaz Alves Junior, embora lhe passe despercebido o verdadeiro sentido da aggravante attinge-a como tendo valor por si, quando diz :

« Não se deve confundir a doutrina deste § 17 com a do § 6: aqui suppõe-se *superioridade em numero de delin-*

(22) Mendes da Cunha, *O codigo penal, Observações, etc.*, Recife, 1851, pag. 209.

quentes, alli superioridade em força do delinquente, *sem pluralidade destes.* » (23)

Em sentido diametralmente opposto Carlos Perdigão, depois de notar que tal circumstancia só pode originar na applicação confusão com outras, que aliás outros autores nossos confundem e o ultimo citado distingue, conclúe:

« Concluimos, pois, estas observações, asseverando com a maior convicção que o haver *precedido ajuste entre dous ou mais individuos, para o fim de commetter o crime,* não pode ser circumstancia aggravante e que neste ponto o nosso codigo penal deve ser reformado. » (24)

Passando agora á jurisprudencia, só conhecemos dous arestos sobre uma mesma causa que restringe de modo a inutilizar a circumstancia de que se trata, mas parece que elles fizeram fortuna na pratica, fixando-se nesse mesmo sentido a jurisprudencia.

O primeiro é a Sentença do antigo e hoje abolido Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Agosto de 1861 proferida em grau de *Revista* e na qual repellindo-se a applicação de diversas circumstancias feita na causa inclusive a do *mandato*, se lê estas palavras:

« ... por isso que sendo o réo considerado *mandante de necessidade* careceu de *alliciar e ajustar* um *mandatario executor*, etc... »

Nota-se na mesma sentença que deixando de votarem 3 juizes por impedidos, a decisão foi tomada por 4 votos contra 4 não votando ainda um destes por *todas* as nullidades arguidas.

Concedida, porém, a *revista*, a Relação Revisora da Bahia por Accordão de 2 de Setembro de 1862, firmou de modo muito positivo como verdade evidente e incontrastavel este principio:

« E' igualmente certo que tendo-se no libello de fl. 142 considerado o Recorrente como *mandante*, não se

(23) Thomaz Alves Junior, *Anotações theoricas e praticas ao Ccd. Crim.*, Rio de Janeiro, 1864—83, vol. 1º pag. 350.

(24) Carlos Perdigão, *Manual do codigo penal brasileiro*, Rio de Janeiro, 1882, 1º vol. pag. 178.

devia nelle mencionar a aggravante do § 17 do art. 16 do código penal, visto que é da natureza do mandato criminal haver ajuste entre o mandante e o mandatario; *entrando* esta circumstancia do *ajuste* na *constituição e essência do delicto*, ella *não pode* ser circumstancia *aggravante*. » (25)

Só tres juizes contra nove votáram vencidos, não se sabendo si contra tal doutrina.

Infelizmente alliam-se á ella os interpretes de nosso código anterior invocando aquelles arestos como fazem, Carlos Perdigão, já citado e mais Paula Pessoa, Francisco Luiz e Ferreira Tinoco. (26)

IV

A nossa desautorizada opinião já a consignamos como manifestada desde 1884; falta registrar o seu desenvolvimento nos mesmos termos em que o fizemos em 1889, *textualmente*, intercallando apenas o texto do nosso livro com observações opportunas.

Estudando a materia da codelinquencia, objecto dos arts. 4º e 5º do código de 1830, dizíamos :

« 51. Aqui cabe o exame de uma questão que tem sido geralmente resolvida por tribunaes e autores nossos contra a unica intelligencia que admite o código, quando, enumerando no art. 16 diversas circumstancias aggravantes, contempla como tal a seguinte :

— § 17. Ter precedido AJUSTE entre *dous* ou *mais* individuos para o fim de commetter-se o crime. —

« Paula Pessoa, Carlos Perdigão, Francisco Luiz e Ferreira Tinoco, opinam que esta aggravante é inadmis-

(25) Mafra, *Jurisprudencia dos Tribunaes*, Rio de Janeiro, 1868, vol. 1º pag. 49 *infine* e vol. 3º pags. 61 e 65 nota.

(26) Paula Pessoa, *Cod. Crim. annotado*, Rio de Janeiro, 1877, pag. 61, not. 105.

Francisco Luiz, *Cod. Crim. theorica e praticamente annotado*, Maceió, 1885. pag. 64.

Ferreira Tinoco, *Cod. Crim. annotado*, Rio de Janeiro, 1886, pag. 48, not. 40.

sível no *mandato* porque constitúe elemento constitutivo deste, ou acceitam julgados no mesmo sentido.

— A do *ajuste* (art. 16 § 7) não é applicavel ao mandante ou mandatario do crime, visto que é da natureza do mandato haver ajuste, entrando pois o ajuste na constituição e essencia do delicto. —

« Assim tambem têm decidido alguns tribunaes, inclusive o Supremo de Justiça : *Revista* de 21 de Agosto de 1861 e *Accordão Revisor* da Relação da *Bahia* de 2 de Setembro de 1862.

« Tambem se tem pretendido que o *ajuste* presuppõe a *premeditação* (real e não legal na phrase de Francisco Luiz) ; quando não é impossivel um accordo momentaneo ou instantaneo de vontades e isto bastaria talvez em rigor para caracterizar o ajuste nos termos em que o estabeleceu o nosso legislador.

« Uma questão pode-se relacionar com a outra, mas pode tambem deixar de relacionar-se.

« Mas este não é o ponto saliente da duvida, porque convimos que se traduza o *precedido* por um intervallo *apreciavel* entre o *ajuste* e a execução do crime ; mas um intervallo *apreciavel* não quer dizer *premeditação*.

« E já que tocamos neste ponto vem a pello, referindo-nos áquella questão principal, citar a opinião de Alimena que a considera em relação á *premeditação* de que se occupou especialmente. » (27)

« Não ha, diz elle, sinão um só código, que se occupe especialmente da *codelinquencia* nas suas relações com a *premeditação* : o código russo.

« Já o dissemos este código com o art. 1454 pune o homicidio premeditado com a perda dos direitos civis e com os mais graves trabalhos forçados nas minas por 12 a 15 annos.

« Mas no caso (é o mesmo artigo que o diz) em que em identicas circumstancias, o homicidio seja commetido por *mais de uma pessoa*, depois de accordo *precedente*,

(27) João Vieira de Araujo, *Cod. Crim. Brasileiro, Commentario*, etc., Recife, 1889, pag. 153, n. 51.

a pena, do mesmo genero, terá uma duração variavel de 12 a 20 annos.

« E esta é uma verdadeira especialidade daquelle codigo, *especialidade* que leva aos ultimos limites o criterio do *perigo* social.

« Nos *outros* codigos, ao contrario, a pena é *invariavel*, ainda quando os autores e os complices sejam tão numerosos que tornem impossivel ou quasi evitar a morte. (28)

Continúa o nosso *Commentario* :

« Antes de tudo insistimos que o nosso codigo não relaciona o *ajuste* com a *premeditação* necessariamente e sempre, como fez o codigo russo, e melhor veremos com as observações que vão seguir.

Entretanto, diz Thomaz Alves Junior que não ha duvida que a doutrina deste § funda-se na *premeditação*, mas na *premeditação real*, que se não deve confundir com a *premeditação legal*, por que esta só se dá nas condições do art. 16 § 8º.

Ha sem duvida reflexão calma e tranquilla, que calcula os meios de realisar o crime, empregando recursos que não falhem, e, portanto, maior perversidade, que deve aggravar o delicto. (29)

Seguiram-no Carlos Perdigão e Francisco Luiz.

Em todo caso proseguimos.

« Depois não é exacto que só o codigo russo fizesse do *ajuste* um motivo de aggravação, pois que elle tambem figura no art. 16 § 17 do nosso codigo e de modo independente da *premeditação*.

« Mas a citação do codigo russo serve-nos para mostrar que não foi só o codigo brasileiro que aggravou o crime em que figuram co-autores e complices.

« E isto mesmo mostra que a interpretação á que acima alludimos, é simplesmente absurda, porque si a circumstancia do *ajuste* não tem applicação ao *mandato*, não terá a caso mais algum. »

Isto sob pena de incoherencia da opinião adversa.

(28) Alimena, *La Premeditazione*, Torino, 1887, pag. 272.

(29) *Obr. cit.* pag. 350, 1º vol.

« Effectivamente pode-se, com os escrúpulos costumados a favor dos criminosos, deixar de applical-a, como se pretende, quando não houver certo intervallo de tempo entre o ajuste e a execução, ou mesmo na ausencia da *premeditação*, condição esta ultima em que aliás não convivimos; mas com certeza fôra absurdo applical-a no caso de *constrangimento* (arts. 4º e 10º § 3º) em suas diversas formas chamadas *absolutas*; de modo que, só será applicada tal circumstancia na forma de codelinquencia que mais devia repugnar á opinião que combatemos, isto é, na *co-autoria* propriamente dita (*societas sceleris*) quando dous ou mais individuos se *ajustam* para juntos realizarem o crime, figurando ao mesmo tempo de autores *moraes e materiaes*.

« Consequencia: a circumstancia do art. 16 § 17 não é applicavel a caso algum de codelinquencia, *igual* ou desigual e por tal interpretação ficará letra morta a disposição, porque não tem sido entendida com criterios racionais, passando incolume, sem a mais ligeira critica, a intelligencia esteril e extravagante que repellimos.

« *Ajuste* quer dizer *pacto*, *convenção*, *accordo*, *estipulação*, etc.; e, assim, quer no *mandato*, quer na *co-autoria* simples, conforme a figuramos, ha os mesmos elementos subjectivos de criminalidade, a *conscientia sceleris* nos co-operadores, e, tambem a paridade de condições, tanto em uma forma, como em outra da codelinquencia, conforme o art. 4º do nosso codigo, que considera igualmente os autores e pois tanto o *pactum sceleris*, como a *societas sceleris*.

« Isto posto, o que pune o legislador *mais gravemente*, conforme o art. 16 § 17?

« Simplesmente a PLURALIDADE de *delinquentes*, do mesmo modo que aggravou a PLURALIDADE de *crimes* no mesmo art. 16 § 3º, como já uma vez dissemos. (30)

« Pois bem. O nosso legislador sem fazer distincção alguma considerou como *motivo de aggravação* um facto que si *facilita* a realisação do crime, *difficulta* os meios

(30) Nosso *Ensaio*, etc., 1884, pags. 169 e 202, na passagem já citada.

de impedil-o, ou da victima *se defender* e assim revela *temibilidade* nos delinquentes pelo *perigo* que causa. » (31)

Benthan considera a facilidade ou difficuldade de impedir os delictos como a quinta circumstancia que inflúe sobre o alarma.

O espirito antes de tudo, diz elle, trata de comparar os meios de ataque e de defesa e conforme se julga o crime mais ou menos facil, a inquietação é mais ou menos viva. Eis aqui uma das razões que eleva o mal de um acto de *banditismo* muito acima do mal de um acto de *gatunice*. A *força* attinge bem cousas que estariam ao abrigo da astucia. (32)

Em outra passagem do nosso livro diziamos :

« Finalmente o § 17 deste art. 16 considera *aggravante* a circumstancia de ter precedido *ajuste* entre dous ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.

« Ella é *tambem* QUALIFICATIVA no art. 192 (*homicidio*).

« Apenas additaremos com Benthan para reforçar a intelligencia que ali demos á essa circumstancia :

— Que, como elle diz, tratando da influencia do character do delinquente sobre o alarma, que o *numero de complices* (codelinquentes) é uma outra nota da sua depravação.

Este concerto suppõe reflexão, reflexão longo tempo e particularmente sustentada. A *reunião* de muitas pessoas contra um só innocente revela a mais uma cobardia cruel. Sexto indicio de um character *perigoso*, o *conluio*. — (33)

« O codigo de Zürich, § 59, letra —f, manda augmentar *particularmente* a pena, tanto, quanto mais difficil era o defender-se do crime, devendo considerar-se, *porém*, como uma *circumstancia especial* o haver sido commettido um crime por *mais de um* co-réo, precisamente com previo accordo.

(31) Nosso *Commentario*, etc., 1889, pags. 155—6.

(32) Benthan, *Législation civile et penale*, Paris, 1830, 2º vol. pag. 33.

(33) Benthan, *Obr. cit.*, 2º vol. pag. 40, n. 6.

Entretanto, Brusa na nota a este artigo refere-se á opinião de Orelli quando observando que o *conluio* do código precedente de 1835 não é mais punido no actual põe um ponto de admiração ao vê-lo aqui como constituindo uma causa de aggravação, accrescentando Brusa que todos sabem que o *conluio* não é mais admittido nos outros melhores codigos porque induzia os juizes a sentenças perigosas.

E' uma vista toda pessoal.

« Rejeito pois *in limine* a opinião de Carlos Perdigão. » (34)

Manda a justiça que se faça especial menção da opinião de Dias de Toledo, illustre professor da Faculdade de S. Paulo, que attinge o sentido da disposição, alludindo a Benthan, distinguindo a circumstancia de outras que outros confundiram.

Cousa digna de nota é que o livro contém prelecções de 1860. (35)

Eis a conclusão a que chegavamos no estudo que fizemos:

« O legislador considerando mais *temivel* a *pluralidade* de criminosos, porque offerencia maior *perigo* social, considerou circumstancia *aggravante* a *pluralidade* (*ajuste*) do mesmo modo que a *reincidencia*, considerando aquella circumstancia *qualificativa* até do *homicidio*, conforme o art. 192. (36)

« E portanto, em *todos* os casos da chamada codelinquencia *facultativa*, o *ajuste* será AGGRAVANTE e no *homicidio* QUALIFICATIVA.

« Ao contrario, não sêl o-ha nos de codelinquencia *necessaria* que exigem o concurso de dous ou mais individuos, como por exemplo, nas figuras dos arts. 107, 110, 111, 130, 133 (conspiração, rebellião, sedição, peita, suborno, etc.) e outros semelhantes. » (37)

(34) Nosso *Commentario*, etc., de 1889, pag. 373, n. 117.

(35) Dias de Toledo, *Lições academicas sobre artigos do Cod. Crim.*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1878, pag. 285.

(36) O mesmo fez o código penal vigente de 1890, art. 294 § 1º que pune o *homicidio qualificado*.

(37) Nosso *Commentario cit.* de 1889, pags. 156 e 157.

Eis o nosso direito e a nossa opinião sobre elle emit-tida antes da notavel monographia de Sighele sobre a in-teressantissima especie.

V

A vista do que fica dito, convém ainda referir-nos ao ponto em que a opinião da quasi unanimidade dos inter-pretres do codigo anterior restringia-lhe o sentido sem fundamento procedente, parecendo que por influencia reciproca a jurisprudencia tambem se transviou.

E' sabida a divisão, á que acabamos de alludir, da codelinquencia *facultativa* e *necessaria*, conforme o crime, considerado em abstracto, possa ser o producto da acti-vidade de um ou de mais agentes, como por exemplo, o *homicidio*, o *roubo*, etc., ou inevitavelmente da de dous ou mais agentes como a conspiração, suborno, peita, adul-terio e outros. (38)

Dias de Toledo, Thomaz Alves, Paula Pessoa, Car-los Perdigão e Francisco Luiz, reconhecem que em cer-tos crimes, os de codelinquencia necessaria, a aggravante não é applicavel ; mas os tres ultimos acceitaram a juris-prudencia que combatemos.

A jurisprudencia fundada nos arestos que acima cita-mos não tem vislumbre de razão em que se funde.

A *Revista* e o *accordão Revisor* laboram equivocamente em um falso supposto que a mais ligeira reflexão, guiada pelos principios elementares da materia e pelos termos da questão disvela logo para condemnar ambos *in limine*.

A *Revista* diz apenas :

« por isso que sendo o réo considerado mandante, de

(38) Nosso *Commentario cit.* pag. 152 *in fine*.

Vêr o resumo da theoria no nosso *Ensaio cit.* pags. 165 a 167, n. 55.

Ainda que Tobias Barreto, nos seus interessantes estudos fra-gmentados sobre o direito criminal, não tivesse tratado da questão que nos occupa, incidentemente se referio á divisão da codelinquen-cia que agora lembramos : *Estudos allemães*, Recife, 1883, pag. 184 n. II — “ Sobre a *codelinquencia* e seus *effeitos na praxe processual*. ”

necessidade careceu de alliciar e ajustar um mandatario executor. »

Destas simples palavras nada se pode deduzir a favor do julgado, porque a *necessidade* do mandante que *careceu* de alliciar um mandatario se refere exclusivamente á tal forma de codelinquencia, isto é, sómente ao *mandato* e nada mais e é isto justamente o que está em questão.

O accordão *Revisor*, porém, não foi mais feliz.

Embora que tivesse sido mais explicito, o seu pensamento não fez mais do que conceituar tambem e simplesmente o *mandato* para fundado exclusivamente no conceito deste excluir a applicação da circumstancia. Assim diz :

« E' igualmente certo que tendo-se... considerado o recorrente como mandante, não se devia nelle mencionar a aggravante do § 17 do art. 16 do codigo criminal, visto que é da *natureza* do *mandato* (sic) criminal haver *ajuste* entre o mandante e o mandatario ; entrando esta circumstancia do ajuste na *constituição* e *essencia* do *delicto* (? já não é aqui *mandato* e sim *delicto*?) ella não pode ser circumstancia aggravante. »

E' tal a confusão de ideias que as palavras transcritas revelam que basta lê-las com attenção ordinaria e bastaria os griphos e parenthesis para *julgar o julgado*.

Si analysamol-o ante a logica não poderíamos abonar as faculdades syllogisticas dos seus autores, porque estabelecendo que o ajuste é da natureza e essencia do *mandato*, a conclusão deveria ser que si não ha ajuste, não ha *mandato* porque faltava a este a sua essencia e natureza.

Mas não ; a conclusão é que entrando o ajuste na constituição (ou essencia e natureza) do *delicto* não pode ser circumstancia aggravante delle.

Acode naturalmente ao espirito a questão de saber, si o *mandato* é um *delicto*.

O *mandato* é uma das formas da codelinquencia e quasi que toda ella e mediante a qual mais de um agente realisa o crime.

No caso, o crime era o de *homicidio*, que o aresto não

teria a coragem de declinar que por natureza e essencia exigisse sempre o ajuste.

Não é o mandato que é o crime, mas o objecto sobre que versa, si é criminoso.

Ora, não é absolutamente da essencia ou natureza do *homicidio* que o seu autor de necessidade careça sempre de um co-autor ou complice, caso unico em que os arestos seriam fundados.

Ao contrario, a experiencia diurna nos mostra que o *homicidio* tanto pode ser commettido por um como por mais de um individuo.

Sendo assim, é simplesmente deploravel a confusão que fazem os citados arestos entre os elementos ou condições da codelinquencia scb a forma do *mandato* e as condições em que se pode realisar um crime vulgar como é o *homicidio*.

Só ha que admirar a acceitação expressa ou tacita que tiveram taes arestos entre os nossos autores e tribunaes, não me constando um só protesto contra a praxe extravagante e esteril que elles inauguráram, não só porque destróe doutrina irrecusavel, como tambem enerva a applicação da lei penal em casos nos quaes a circumstancia do *ajuste* é da maior *gravidade* porque subentende justamente a *temibilidade* do criminoso e o maior *perigo* social.

E' o caso aqui da applicação da theoria que acima lembramos e a que se refere Tobias Barreto na seguinte passagem cujo principio, não acredito que tivesse no seu espirito lucido, o sentido de excluir o conceito legal do ajuste, porque o que se segue seria uma contradicção injustificavel. Diz elle :

« Segundo o conceito do crime em geral, é indifferente que elle seja praticado por um, ou por muitos sujeitos. A circumstancia da unidade ou pluralidade, em relação ao agente, é uma circumstancia de facto, que não altera a comprehensão da ideia do delicto. Porquanto, o maior numero de crimes podem ser commettidos por um só individuo, e sem que outras pessoas tomem parte na empreza, quer por uma cooperação actual, quer diri-

gindo ou apoiando o executor, hypothese esta que constitue o chamado *concursum facultativum*.

Ha crimes, porém, e estes formam a excepção da regra, cujo conceito legal presuppõe uma pluralidade de sujeitos participantes da acção criminosa, e nos quaes por conseguinte uma tal pluralidade é elemento *essencial* e *characteristico* desses mesmos delictos (*concursum necessarium*). Exemplo: a peita, suborno, o adulterio, a insurreiçāo, a sedição, a rebellião — todos crimes, em cuja ideia está comprehendido o *concursum plurium ad delictum*, como subjectiva e objectivamente indispensavel para sua existencia. (39)

A vista desta distincção classica, só por um *equivoco*, poderia a *Revista* fallar do mandante que *de necessidade careceu* do mandatario, e o *accordão Revisor* que é da essencia do *mandato* o ajuste, o que não se nega aliás, e depois referir-se a crime, como si o *mandato* fosse crime não sendo o escopo criminoso; tratando-se do homicidio *qualificado* pelo ajuste, isto é, pelo *mandato*.

Arestos de tal ordem nos levaram a inserir no projecto de 1893, em terceira discussão na camara dos deputados, a disposição seguinte:

« Art. 30. As circumstancias aggravantes e attenuantes influirão para o augmento ou diminuição das penas applicaveis aos factos previstos neste codigo, excepto:

« II. Quando a circumstancia do *concurso de delinquentes* occorrer no caso de *codelinquencia necessaria*. »

A digressão indispensavel nos desviou do nosso principal objectivo.

VI

E' tempo de colher as velas.

Ao contrario da affirmativa do illustre Sighele, muitos codigos e autores nacionaes e estrangeiros têm exprimido o conceito theorico e pratico da *codelinquencia* como aggravante ou qualificativa por si só, isto é, no caso do *concurso facultativo* que é justamente o que caracteriza a especie controvertida.

(39) Tobias Barreto, *Estudos allemães cit.* pag. 184.

Este simples schema mostrará á primeira vista os codigos e autores a que alludimos, sendo de crer que muitos outros, seria impossivel consultar todos, tenham seguido a mesma trilha.

Codigos :	Artigos :	Autores :
Russo	129 § 4	Alimena.
Zurichense	59 f	Brusa.
Austriacos	37	Boscarolli.
De 1803 e 1852	§ 44	Vatel
Napolitano	147 e 149	Pacheco
Hespanhões de	106 e 10	Viada y Vilaseca.
1822, 30 e 70	nº 4	Rueda.
Argentino	44 nº 14	Rivarola.
Oriental	19 nº 11	
Portuguezes de	19 nº 5	Silva Ferrão.
1852 e 1886	e 34	Philastre.
Japonez	104	Boissonade
Brazileiros de	16 § 17	Mendes da Cunha.
1830 e 1890	39 § 13	Dias de Toledo.
		Thomaz Alves.
		Paula Pessoa.
		Francisco Luiz.
		Carlos Perdigão.

Salienta-se o nosso paiz na questão não só porque os seus codigos admittiram a co-pluralidade de agentes, como aggravante *geral* de *todos* os crimes e *qualificativa* no homicidio, mas tambem os seus interpretes applicando a lei ou formando a doutrina têm todos tomado parte na interessante controversia, theorica e praticamente fecunda, si bem ou mal orientados, dando ou não a melhor ou peor solução, não é a questão.

Eu respondo á affirmativa de Sighele com os codigos citados, especialmente os nossos e com os nossos autores e a nossa jurisprudencia, inclusive o projecto doCodigo Penal de 1893, art. 30 n. II que teve por fim fixar na pratica o sentido genuino do valor juridico da co-pluralidade de delinquentes conforme a theoria scientifica do instituto.

DR. JOÃO VIEIRA DE ARAUJO.